ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

26 de Março de 2009 *

No processo C-113/07 P,

que tem por objecto um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, interposto em 23 de Fevereiro de 2007,

SELEX Sistemi Integrati SpA, com sede em Roma (Itália), representada por F. Sciaudone, R. Sciaudone e D. Fioretti, avvocati,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por V. Di Bucci e F. Amato, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

* Língua do processo: italiano.

Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea (Eurocontrol), representada por F. Montag e T. Wessely, Rechtsanwälte,

interveniente em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: C. W. A. Timmermans, presidente de secção, K. Schiemann, P. Kūris (relator), L. Bay Larsen e C. Toader, juízes,

advogada-geral: V. Trstenjak,
secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 8 de Maio de 2008,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 3 de Julho de 2008,

profere o presente

Acórdão

1 Com o seu recurso, a SELEX Sistemi Integrati SpA (a seguir «Selex») pede a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 12 de Dezembro de 2006, SELEX Sistemi Integrati/Comissão (T-155/04, Colect., p. II-4797, a seguir «acórdão recorrido»), através do qual foi julgado improcedente o recurso de anulação ou de alteração da decisão da Comissão das Comunidades Europeias de 12 de Fevereiro de 2004 que rejeitou a denúncia da recorrente relativa à alegada violação pela Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea (Eurocontrol) das disposições do Tratado CE em matéria de concorrência (a seguir «decisão controvertida»).

I — Antecedentes do litígio

2 A Selex opera desde 1961 no sector dos sistemas de gestão do tráfego aéreo. Em 28 de Outubro de 1997, apresentou uma denúncia à Comissão nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), na qual denunciava um abuso de posição dominante e distorções de concorrência de que o Eurocontrol teria sido responsável.

3 A referida denúncia expunha que o regime dos direitos de propriedade intelectual relativos aos contratos de desenvolvimento e de aquisição de protótipos dos novos sistemas e equipamentos destinados a aplicações no domínio da gestão do tráfego aéreo, celebrados pelo Eurocontrol, era de molde a criar monopólios de facto na produção dos sistemas que são, em seguida, objecto de normalização por essa organização. Indicava que essa situação ainda era mais grave dado que os princípios da transparência, da abertura e da não discriminação, no quadro da aquisição desses protótipos, não eram observados pelo Eurocontrol. Além disso, a denúncia expunha

que, devido às actividades de prestação de assistência às administrações nacionais, exercidas pelo Eurocontrol a pedido destas, as empresas que forneceram protótipos estavam numa situação particularmente vantajosa em relação aos seus concorrentes nos processos de concursos promovidos pelas autoridades nacionais com vista à aquisição de equipamentos.

4 Pela decisão controvertida, a Comissão rejeitou a denúncia. Após ter considerado que as regras comunitárias de concorrência se aplicavam, em princípio, às organizações internacionais na condição de as actividades visadas poderem ser qualificadas de actividades económicas, afirmou, em primeiro lugar, que as actividades que são objecto da denúncia não revestiam tal natureza, de forma que o Eurocontrol não podia ser qualificado de empresa na acepção do artigo 82.º CE e que, de qualquer forma, essas actividades não eram contrárias às disposições desse artigo. Precisou, em seguida, que as actividades de regulamentação, de normalização e de validação exercidas pelo Eurocontrol não constituíam «actividades de empresa», que não estava demonstrada nenhuma violação das regras de concorrência no que respeita às actividades dessa organização ligadas à aquisição de protótipos e à gestão dos direitos de propriedade intelectual e, por último, que as actividades de prestação de assistência às administrações nacionais não eram de natureza económica.

II — Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

A — *Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância*

5 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 23 de Abril de 2004, a Selex interpôs recurso de anulação ou de alteração da decisão controvertida.

6 Em aplicação do artigo 116.º, n.º 6, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, o Eurocontrol foi admitido, por despacho de 25 de Outubro de 2004, a intervir em apoio dos pedidos da Comissão, apresentando as suas observações na fase oral do processo.

7 Em 5 de Abril de 2005, o Eurocontrol foi convidado, nos termos do disposto no artigo 64.º do mesmo Regulamento de Processo, a apresentar um articulado de intervenção. Em 4 de Maio de 2005, foi autorizado, além disso, a receber cópia dos actos de processo.

8 Na sequência de um pedido da recorrente com vista a que a recorrida, no quadro de medidas de organização do processo, apresentasse, nomeadamente, uma carta de 3 de Novembro de 1998 pela qual convidou o Eurocontrol a apresentar as suas observações sobre a denúncia (a seguir «carta de 3 de Novembro de 1998»), a Comissão apresentou a referida carta e indicou que não dispunha de outros documentos úteis. A recorrente, por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 27 de Abril de 2005, apresentou então, por um lado, um pedido de medidas de instrução que tem por objecto a audição de testemunhas e a produção de documentos pela Comissão e, por outro, invocou novos fundamentos.

B — *Acórdão recorrido*

9 Através do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso.

10 O Tribunal de Primeira Instância, antes de mais, nos n.os 28 e 29 do acórdão recorrido, declarou inadmissível o pedido da Selex com vista a uma alteração da decisão controvertida. Nos n.os 33 a 40 desse acórdão, declarou igualmente inadmissíveis, com fundamento no disposto no artigo 48.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, os fundamentos novos invocados pela Selex, rejeitando, a esse propósito, o seu argumento segundo o qual a carta de

3 de Novembro de 1998 constituía um elemento novo revelado no decurso da instância através de uma carta do director do Eurocontrol com data de 2 de Julho de 1999 anexada à contestação.

11 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 41 a 44 do acórdão recorrido, declarou inadmissível o fundamento invocado pelo Eurocontrol pelo qual este pretendia que fosse decidido que as regras da União Europeia não lhe eram aplicáveis em razão da imunidade de que beneficia por força do direito internacional público, porque, em virtude do artigo 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, aplicável ao Tribunal de Primeira Instância, e do artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, o interveniente não tinha qualidade para invocar esse fundamento que não tinha sido avançado pela Comissão.

12 Quanto ao mérito, para negar provimento ao recurso, o Tribunal de Primeira Instância, em seguida, rejeitou os três fundamentos apresentados pela Selex, relativos, respectivamente, a um erro manifesto de apreciação quanto à aplicabilidade das disposições comunitárias em matéria de concorrência ao Eurocontrol, a um erro manifesto de apreciação quanto à existência de uma violação das disposições comunitárias em matéria de concorrência e à violação das formalidades essenciais, e isto pelos motivos a seguir resumidos.

13 A título preliminar, o Tribunal de Primeira Instância declarou que a anulação da decisão controvertida pressupunha que fossem acolhidos os dois primeiros fundamentos da recorrente. Salientou, a este propósito, nos n.os 47 a 49 do acórdão recorrido, por um lado, que, «uma vez que o dispositivo de uma decisão da Comissão se baseia em vários pilares de raciocínio sendo cada um deles, por si só, suficiente para fundamentar esse dispositivo, só há, em princípio, que anular esse acto se cada um desses pilares estiver viciado de ilegalidade» e, por outro, que a decisão controvertida se baseava na dupla conclusão de que o Eurocontrol não é uma empresa e de que os comportamentos postos em causa não eram contrários ao disposto no artigo 82.º CE.

14 Examinando o primeiro fundamento, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 50 a 55 do acórdão recorrido, recordou a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos conceitos de empresa e de actividade económica e rejeitou a argumentação da Comissão que, referindo-se ao acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Janeiro de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Colect., p. I-43), alegara que o Eurocontrol não podia

em caso algum ser qualificado de empresa na acepção do direito comunitário da concorrência. Salientou, com efeito, que, sendo as disposições do Tratado nessa matéria aplicáveis às actividades de um organismo que são destacáveis das que exerce enquanto autoridade pública, as diferentes actividades de uma entidade deviam ser examinadas individualmente e que, por isso, o acórdão invocado não excluía que o Eurocontrol fosse qualificado, no que respeita a outras actividades que não as visadas nesse acórdão, de empresa na acepção do artigo 82.º CE.

15 Portanto, o Tribunal de Primeira Instância, no quadro do exame desse fundamento, distinguiu as diferentes actividades em causa no presente processo, concretamente, a actividade de normalização técnica, a actividade de investigação e de desenvolvimento e a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais.

16 Quanto, em primeiro lugar, à actividade de normalização técnica, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 59 a 62 do acórdão recorrido, considerou que, enquanto a adopção de normas pelo conselho do Eurocontrol era do domínio legislativo e, portanto, da missão pública dessa organização, a preparação ou elaboração das normas técnicas podia ser dissociada da missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea, mas não podia, no entanto, ser qualificada de actividade económica, não tendo a recorrente demonstrado que essa actividade consistia em propor bens ou serviços num dado mercado.

17 Neste contexto, foi rejeitada, nos n.os 63 a 68 do acórdão recorrido, a argumentação da recorrente segundo a qual, por um lado, o carácter económico da actividade de normalização técnica se deduzia do carácter económico da actividade de aquisição de protótipos e, por outro, a solução do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Março de 2003, FENIN/Comissão (T-319/99, Colect., p. II-357), não era transponível para o presente processo. Citando esse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância salientou, no essencial, que o carácter económico ou não da actividade de compra dependia da utilização ulterior do produto adquirido, de forma que, no caso em apreço, o carácter não económico da actividade de normalização técnica implicava o carácter não económico da aquisição dos protótipos efectuada no quadro dessa actividade.

18 No que respeita, em segundo lugar, à actividade de investigação e de desenvolvimento, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 74 do acórdão recorrido, começou por salientar que a afirmação da recorrente segundo a qual o seu carácter económico não tinha sido contestado pela Comissão não estava fundamentada na decisão controvertida. Em seguida, considerou, nos n.os 75 a 77 do acórdão recorrido, nomeadamente, que a aquisição de protótipos e a gestão dos direitos de propriedade intelectual que com eles se relacionam não eram de molde a conferir a essa actividade um carácter económico, dado que a referida aquisição não implicava a proposta de bens ou serviços num dado mercado. Salientando, a esse propósito, que a referida actividade consistia em conceder subvenções públicas às empresas do sector em causa e em adquirir a propriedade dos protótipos e os direitos de propriedade resultantes das investigações subvencionadas para pôr gratuitamente os resultados dessas investigações à disposição do sector interessado, considerou que se tratava de «de uma actividade acessória à promoção do desenvolvimento técnico, que se insere no âmbito do objectivo de interesse geral da missão do Eurocontrol e não é prosseguida no interesse próprio da organização que é dissociável do referido objectivo».

19 No que se refere, em terceiro lugar, à actividade de prestação de assistência às administrações nacionais, o Tribunal de Primeira Instância considerou, em contrapartida, no n.º 86 do acórdão recorrido, que era dissociável da missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea do Eurocontrol pela razão de que apresentava uma relação muito indirecta com a segurança da navegação aérea, salientando, a este propósito, que a prestação de assistência do Eurocontrol cobria apenas as especificações técnicas nos processos de concursos, que era proposta só a pedido das administrações nacionais e que não se tratava de forma alguma de uma actividade essencial ou indispensável para a garantia da segurança da navegação aérea.

20 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância considerou, no n.º 87 do acórdão recorrido, a propósito dessa actividade de prestação de assistência às administrações nacionais, que se tratava de uma proposta de serviços no mercado dos conselhos, em que poderiam também realmente actuar empresas privadas especializadas. Neste contexto, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 88 a 91 desse acórdão, declarou que o facto de uma actividade poder ser exercida por uma empresa privada constitui um indício suplementar que permite qualificar a actividade em causa de actividade de empresa, que a circunstância de as actividades serem normalmente confiadas a serviços públicos não pode necessariamente afectar a natureza económica dessas actividades, que o facto de a referida actividade de prestação de assistência não ser remunerada pode constituir um indício da existência de uma actividade de carácter não económico, mas

não é, em si, decisivo, da mesma maneira que o facto de essa actividade ser prosseguida com uma finalidade de interesse geral. O Tribunal de Primeira Instância considerou, por isso, que essa actividade constituía uma actividade económica e que o Eurocontrol era, dado que a exercia, uma empresa na acepção do artigo 82.º CE.

21 No entanto, examinando à luz dessa actividade o segundo fundamento invocado pela recorrente, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou-o salientando, antes de mais, no n.º 104 do acórdão recorrido, que só as administrações nacionais são entidades adjudicantes e são, portanto, responsáveis pelo cumprimento das disposições pertinentes respeitantes aos processos de adjudicação de contratos, não sendo a intervenção do Eurocontrol nem obrigatória nem sistemática. Salientou, em seguida, nos n.os 105 a 108 desse acórdão, que a recorrente não aduzira qualquer elemento respeitante à definição do mercado pertinente e à posição dominante nem demonstrara a existência de um comportamento que correspondesse aos critérios de uma exploração abusiva de tal posição. Finalmente, nos n.os 111 e 112 do referido acórdão, rejeitou as alegações da recorrente segundo as quais a carta de 3 de Novembro de 1998 prova que a própria Comissão estava persuadida de que o Eurocontrol tinha cometido um abuso de posição dominante.

22 Finalmente, após ter rejeitado, nos n.os 117 a 120 e 124 a 127 do acórdão recorrido, as alegações relativas à falta de fundamentação e à violação dos direitos de defesa formuladas pela recorrente no quadro do terceiro fundamento, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 132 e 133 desse acórdão, indeferiu igualmente os pedidos de medidas de instrução apresentados pela recorrente.

III — Pedidos das partes

23 A Selex pede ao Tribunal que:

— declare inadmissível a excepção de imunidade suscitada pelo Eurocontrol;

— indeferira os pedidos de substituição de fundamentos formulados pela Comissão;

— anule o acórdão recorrido e remeta o processo ao Tribunal de Primeira Instância; e

— condene a Comissão nas despesas da presente instância, bem como nas efectuadas em primeira instância.

24 A Comissão pede ao Tribunal que:

— negue integralmente provimento ao recurso, eventualmente procedendo a uma substituição parcial dos fundamentos expostos pelo Tribunal de Primeira Instância; e

— condene a recorrente nas despesas.

25 O Eurocontrol pede ao Tribunal que:

— negue provimento ao recurso; e

— condene a recorrente nas despesas, incluindo as relativas à sua intervenção.

IV — Quanto ao presente recurso

26 Em apoio do seu recurso, a Selex avança quatro fundamentos relativos à tramitação processual perante o Tribunal de Primeira Instância e doze fundamentos relativos ao mérito. Estes são relativos a erros de direito que o Tribunal de Primeira Instância terá cometido no que diz respeito, por um lado, à aplicabilidade do artigo 82.º CE às actividades do Eurocontrol em causa no presente processo, concretamente, as actividades de prestação de assistência às administrações nacionais, de normalização técnica assim como de investigação e de desenvolvimento, e, por outro, à violação por essa organização desse artigo.

27 A Comissão pede que seja negado provimento ao recurso, mas solicita a substituição dos fundamentos pelos quais o acórdão recorrido rejeitou as alegações da recorrente que incidem sobre a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais e sobre a actividade de normalização técnica.

28 Embora também pedindo que seja negado provimento ao recurso, o Eurocontrol critica o acórdão recorrido por ter declarado inadmissível o fundamento relativo à imunidade de que beneficia por força do direito internacional público. Sustenta que essa imunidade, que exclui a aplicação do direito comunitário da concorrência às actividades em causa, constitui uma excepção que deve ser examinada oficiosamente pelo juiz comunitário e que deve ser aceite pelo Tribunal de Justiça para negar provimento ao recurso.

A — *Quanto aos fundamentos relativos à tramitação processual perante o Tribunal de Primeira Instância*

29 Os quatro fundamentos relativos à tramitação processual perante o Tribunal de Primeira Instância, invocados pela Selex, são relativos, respectivamente, à violação do artigo 116.º, n.º 6, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira instância, do artigo 48.º, n.º 2, desse regulamento (segundo e terceiro fundamentos) e do artigo 66.º, n.º 1, do mesmo regulamento.

1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 116.º, n.º 6, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância

30 Através deste fundamento, a Selex alega que o Tribunal de Primeira Instância, ao autorizar o Eurocontrol a apresentar um articulado e a receber cópia dos actos de processo quando reconheceu que o pedido de intervenção foi apresentado fora do prazo de seis semanas previsto no artigo 115.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, violou o artigo 116.º, n.º 6, do mesmo regulamento. Sustenta que o Tribunal de Primeira Instância não podia utilizar as disposições do artigo 64.º do seu Regulamento de Processo para «contornar as preclusões ligadas à extinção dos prazos processuais».

31 A Comissão e o Eurocontrol alegam, em resposta, que o Tribunal de Primeira Instância dispõe de uma ampla margem de manobra no exercício do poder conferido pelo artigo 64.º do seu Regulamento de Processo, cujas disposições são independentes das do artigo cuja violação é alegada, e que a recorrente não demonstrou que esse poder tinha sido exercido, no caso em apreço, com uma finalidade diferente da prevista no n.º 2 desse artigo 64.º nem, tendo presente o disposto no artigo 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, que a irregularidade de processo alegada tivesse concretamente prejudicado os seus interesses. Sublinham que não foi demonstrado, em particular, que essa irregularidade, da mesma forma que as outras irregularidades alegadas, podia ter tido influência no desfecho do processo.

32 Deve recordar-se, a este propósito, que, nos termos do artigo 115.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira instância, o pedido de intervenção deve ser apresentado o mais tardar no prazo de seis semanas a contar da publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* da comunicação relativa à interposição do recurso, ou, sem prejuízo do disposto no artigo 116.º, n.º 6, desse regulamento, antes da decisão de dar início à fase oral do processo.

33 O artigo 116.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância prevê que, se for admitida uma intervenção cujo pedido tenha sido apresentado no prazo de seis semanas previsto no artigo 115.º, n.º 1, desse regulamento, o interveniente recebe comunicação de todos os actos notificados às partes.

34 O artigo 116.º, n.º 4, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância especifica que, nos casos previstos no n.º 2, o presidente fixa prazo ao interveniente para apresentar por escrito as suas alegações que devem conter uma exposição em que o interveniente declare as razões por que entende que os pedidos de uma das partes deveriam ser deferidos ou indeferidos, no todo ou em parte, os fundamentos e argumentos invocados pelo interveniente, bem como, se for caso disso, as provas oferecidas.

35 Por força do n.º 6 do mesmo artigo, se o pedido de intervenção for apresentado depois de terminar o prazo de seis semanas previsto no artigo 115.º, n.º 1 do mesmo regulamento, o interveniente pode, com base no relatório para audiência que lhe é comunicado, apresentar as suas observações na fase oral.

36 Resulta dessas disposições que os direitos processuais do interveniente são diferentes consoante este tenha apresentado o seu pedido de intervenção antes do termo do prazo de seis semanas previsto no artigo 115.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância ou após o termo desse prazo, mas antes de ser iniciada a fase oral do processo. Com efeito, quando o interveniente tiver apresentado o seu pedido antes do termo desse prazo, tem o direito de participar tanto na fase escrita do processo como na fase oral, de receber comunicação dos actos de processo e de apresentar um articulado de intervenção. Em contrapartida, quando o interveniente tiver apresentado o seu pedido após o termo do referido prazo, tem unicamente o direito de participar na fase oral do processo, de receber comunicação do relatório para audiência e de apresentar as suas observações com base nesse relatório na audiência.

37 No caso em apreço, resulta do acórdão recorrido e dos autos que, embora o Eurocontrol tenha sido admitido, por despacho de 25 de Outubro de 2004, a intervir perante o Tribunal de Primeira Instância em apoio dos pedidos da Comissão, em aplicação do artigo 116.º, n.º 6, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, e que só tenha, assim, sido autorizado a apresentar as suas observações na fase oral do processo tendo em conta o relatório para audiência, foi, em seguida, convidado, por decisão de 5 de Abril de 2005, tomada com fundamento nos artigos 49.º e 64.º desse regulamento, a apresentar um articulado de intervenção. Por decisão de 4 de Maio de 2005, foi, além disso, autorizado a receber comunicação da petição, da contestação, da réplica e da tréplica. Afigura-se, portanto, que, não obstante o facto de o Eurocontrol ter intervindo no processo perante o Tribunal de Primeira Instância após o termo do

prazo de seis semanas previsto no artigo 115.º, n.º 1, do referido regulamento, foi admitido concretamente a participar tanto na fase escrita do processo como na fase oral.

38 Ora, embora, nos termos do artigo 64.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, este possa, no quadro de medidas de organização do processo, convidar as partes, incluindo o interveniente, a pronunciar-se por escrito sobre certos aspectos do litígio, essa disposição não contempla de forma alguma a possibilidade de convidar um interveniente, que interveio posteriormente ao prazo supramencionado, a apresentar um articulado de intervenção e de lhe dar acesso aos elementos do processo, não correspondendo tais medidas ao objectivo das medidas de organização do processo, como é indicado no n.º 2 desse artigo.

39 Assim, ao convidar o Eurocontrol a apresentar um articulado de intervenção e ao autorizá-lo a receber comunicação dos elementos do processo, o Tribunal de Primeira Instância não observou as disposições do artigo 116.º, n.º 6, do seu Regulamento de Processo e o acórdão recorrido está, assim, afectado por uma irregularidade.

40 Todavia, por força do artigo 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, o recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância só pode proceder se a irregularidade processual cometida pelo Tribunal de Primeira Instância tiver prejudicado os interesses do recorrente. Ora, no caso em apreço, a Selex não demonstrou que a irregularidade por ela invocada prejudicou os seus interesses. Não resulta, aliás, de forma alguma que essa irregularidade pudesse ter tido qualquer influência no desfecho do processo.

41 Por consequência, este fundamento não procede.

2. Quanto ao segundo e terceiro fundamentos, relativos à violação do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância

42 Com o seu segundo fundamento, a Selex sustenta que o Tribunal de Primeira Instância infringiu o disposto no artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, ao desvirtuar grave e manifestamente os elementos de facto que o conduziram a declarar inadmissíveis os fundamentos novos por ela apresentados, assentes no teor da carta de 3 de Novembro de 1998 apresentada pela Comissão no decurso do processo. O Tribunal de Primeira Instância terá, com efeito, nos n.os 12, 35 e 38 do acórdão recorrido, desvirtuado o conteúdo de uma carta de 12 de Novembro de 1998 dirigida pela Comissão à recorrente, que não faz de forma alguma referência à carta de 3 de Novembro de 1998, para afirmar que não tinha fundamento para sustentar que só a leitura da carta do director do Eurocontrol de 2 de Julho de 1999 anexada à contestação lhe tinha permitido saber que a carta de 3 de Novembro de 1998 não era uma simples nota de transmissão da sua denúncia, mas continha igualmente uma análise desta, assinada por dois directores-gerais.

43 Através do seu terceiro fundamento, a Selex critica o Tribunal de Primeira Instância por ter rejeitado esses fundamentos novos sem tomar em consideração o comportamento que teve a Comissão no procedimento administrativo e no processo contencioso quando a apresentação de fundamentos novos era a consequência da sua recusa de produzir lealmente todos os documentos pertinentes, em particular, a carta de 3 de Novembro de 1998. O Tribunal de Primeira Instância fez, assim, uma interpretação e uma aplicação restritivas do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

44 No entanto, afigura-se, pela leitura da referida carta de 12 de Novembro de 1998, que a Comissão informou a recorrente de que, na sequência da denúncia e de uma carta de 29 de Setembro de 1998 da recorrente, os serviços da Comissão tinham procedido a um exame dos aspectos jurídicos e económicos invocados na denúncia e que, sem prejuízo da aplicação das regras comunitárias em matéria de concorrência, tinham sido estabelecidos contactos com o Eurocontrol para o convidar a apresentar as suas observações quanto aos factos e às alegações expostos na referida denúncia. Essa carta especificava que, por carta assinada por dois directores-gerais, respectivamente o da Direcção-Geral «Concorrência» e o da Direcção-Geral «Transportes», a Comissão tinha chamado a atenção do Eurocontrol para certos aspectos da sua política de

normalização e que o Eurocontrol tinha sido convidado a definir aos serviços da Comissão a abordagem neutra e coerente das suas relações com as empresas.

45 Embora a carta de 12 de Novembro de 1998 não especifique a data da carta dirigida ao Eurocontrol e dos contactos com ele estabelecidos, de forma que a recorrente não podia saber ao lê-la que se tratava de uma carta de 3 de Novembro de 1998, e embora a referida carta de 12 de Novembro de 1998 vise apenas a actividade de normalização técnica do Eurocontrol, resulta, todavia, claramente desta última carta que a Comissão, após ter procedido a um exame da denúncia, tinha convidado o Eurocontrol a apresentar as suas observações sobre todos os elementos nela contidos e tinha-lhe comunicado, por carta, certos elementos de análise.

46 Por isso, foi sem desvirtuar o conteúdo da carta de 12 de Novembro de 1998 nem qualquer outro elemento de facto que o Tribunal de Primeira Instância, após ter dado conta dos diferentes elementos enunciados nos n.os 35 a 37 do acórdão recorrido, considerou que a recorrente não tinha fundamento para sustentar que a leitura da referida carta de 2 de Julho de 1999, por si só, lhe tinha permitido saber que a carta dirigida pela Comissão ao Eurocontrol não era uma simples nota de transmissão da sua denúncia, mas continha igualmente uma análise desta, assinada por dois directores-gerais.

47 Na ausência de elementos de direito ou de facto revelados durante o processo, foi, portanto, com boas razões que o Tribunal de Primeira Instância declarou inadmissíveis, em aplicação do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, os fundamentos invocados pela recorrente no requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 27 de Abril de 2005, isto é, posteriormente ao encerramento da fase escrita do processo.

48 Além disso, na ausência de tais elementos, não pode sustentar-se que a alegação de fundamentos novos no decurso da instância era a consequência de uma recusa ou de uma omissão da Comissão de comunicar anteriormente as cartas de 2 de Julho de 1999 e de 3 de Novembro de 1998 ou qualquer outro documento. Também não pode ser alegado que o Tribunal de Primeira Instância fez uma aplicação estrita do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, tendo as regras de processo carácter imperativo.

49 Portanto, há que rejeitar o segundo e terceiro fundamentos.

3. Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação do artigo 66.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância

50 A Selex sustenta, no quadro deste quarto fundamento, que, ao pronunciar-se, não mediante despacho, mas somente pelo acórdão recorrido, sobre as medidas de instrução por ela pedidas na petição e pelo requerimento apresentado em 27 de Abril de 2005, o Tribunal de Primeira Instância violou o disposto no artigo 66.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

51 A esse propósito, basta recordar que essa disposição exige a prolação de um despacho para fixar as medidas de instrução que o Tribunal julgue úteis, mas não para indeferir os pedidos tendentes a que sejam ordenadas essas medidas, sobre as quais o Tribunal pode, portanto, decidir neste caso no acórdão que põe termo ao litígio (v., neste sentido, despacho de 12 de Janeiro de 2006, Entorn/Comissão, C-162/05 P, n.os 54 e 55).

52 Assim, o quarto e último fundamento relativo à tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância deve igualmente ser rejeitado.

B — *Quanto à excepção de imunidade do Eurocontrol*

1. Quanto à inadmissibilidade da excepção de imunidade

53 O Eurocontrol sustenta que, contrariamente à apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância, a excepção de imunidade que suscitou não constitui um fundamento novo que altere o quadro do litígio e que cumpre, portanto, os artigos 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça e 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Indica, antes de mais, que tinha já suscitado essa excepção nas suas observações de 2 de Julho de 1999 sobre a denúncia e que a própria Comissão se referiu ao princípio da imunidade na decisão controvertida. Em seguida, alega, no essencial, que a excepção de imunidade e a discussão sobre a sua qualidade de empresa têm o mesmo objecto e baseiam-se nos mesmos elementos de facto e de direito, sendo a sua imunidade apenas um argumento jurídico que acresce aos avançados pela Comissão para sustentar que o artigo 82.º CE não se aplica às actividades em questão e para concluir pela negação de provimento ao recurso.

54 Mas, como recordou o Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido, o interveniente deve, por força do artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, aceitar o processo no estado em que este se encontra no momento da sua intervenção e os pedidos do seu requerimento, por virtude do disposto no artigo 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, devem limitar-se a sustentar os pedidos de uma das partes. Como resulta de jurisprudência constante, essas disposições não se opõem a que um interveniente apresente argumentos novos ou diferentes dos da parte que apoia, desde que vise sustentar os pedidos dessa parte (v. acórdãos de 23 de Fevereiro de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/ /Alta Autoridade, 30/59, Colect. 1954-1961, pp. 551, 558, e de 8 de Julho de 1999, Chemie Linz/Comissão, C-245/92 P, Colect., p. I-4643, n.º 32).

55 A este propósito, deve recordar-se, por um lado, que os pedidos da Comissão perante o Tribunal de Primeira Instância eram no sentido de ser negado provimento ao recurso da Selex. Por outro lado, a decisão controvertida pronunciou-se, nos pontos 21 e 24, a favor da aplicabilidade do direito comunitário ao Eurocontrol e rejeitou a denúncia pela razão, principalmente, de que as actividades que são objecto da denúncia não eram de natureza económica de forma que o Eurocontrol não podia ser considerado uma empresa na acepção do artigo 82.º CE. Os fundamentos avançados pela Comissão para

pedir que o Tribunal de Primeira Instância negasse provimento ao recurso interposto pela Selex dessa decisão assentavam na mesma consideração.

56 Nestas condições, impõe-se reconhecer que a excepção de imunidade suscitada pelo Eurocontrol não pode ser considerada no sentido de sustentar os pedidos da Comissão, dado que, na realidade, tal excepção tem por objectivo que seja declarado que as actividades do Eurocontrol não estão submetidas ao direito comunitário e que essa organização internacional beneficia, em particular, de imunidade em relação aos inquéritos instaurados pela Comissão em matéria de concorrência. Ora, como salientou a advogada-geral no n.º 30 das suas conclusões, daí resulta que, se a excepção fosse acolhida, a decisão controvertida seria ilegal, o que era susceptível de conduzir à sua anulação, mas não à improcedência do recurso pedida pela Comissão no Tribunal de Primeira Instância.

57 As razões que precedem bastam para justificar a solução do Tribunal de Primeira Instância no n.º 44 do acórdão recorrido e que consiste em declarar o fundamento invocado pelo Eurocontrol inadmissível à luz do disposto nos artigos 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça e 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

2. Quanto aos pedidos do Eurocontrol segundo os quais a sua imunidade constitui uma excepção que deve ser examinada oficiosamente pelo juiz comunitário e que deve ser aceite pelo Tribunal de Justiça para negar provimento ao recurso

58 O Eurocontrol considera que a denúncia da recorrente devia de qualquer forma ser rejeitada, pois, por força do direito internacional público, as suas actividades não estão submetidas ao direito comunitário e beneficiam, em particular, de imunidade em relação aos inquéritos levados a cabo por qualquer parte contratante em matéria de concorrência. Sublinha que a Comunidade Europeia e ele próprio são organizações internacionais, que têm por membros Estados em parte diferentes e que operam no seio

de duas ordens jurídicas autónomas e distintas, de forma que, por virtude do princípio geral *par in parem non habet imperium*, não é possível à Comunidade submetê-lo às suas próprias regras.

59 A Comunidade, que aprovou o protocolo de adesão ao Eurocontrol pela Decisão 2004/636/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à conclusão pela Comunidade Europeia do protocolo de adesão da Comunidade Europeia à Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea (JO L 304, p. 209), e que acordou com as outras partes contratantes em aplicar a título provisório os artigos 1.º a 7.º do protocolo de adesão, deve, por força do princípio geral da boa fé reconhecido pelo artigo 18.º da Convenção de Viena de 13 de Maio de 1969 sobre o Direito dos Tratados, abster-se de qualquer acto que possa privar a Convenção Internacional de Cooperação para a Segurança da Navegação Aérea (Eurocontrol), assinada em Bruxelas, em 13 de Dezembro de 1960, conforme revista e coordenada pelo Protocolo de 27 de Junho de 1997 (a seguir «Convenção para a Segurança da Navegação Aérea»), do seu objecto e do seu fim. Além disso, a Comunidade só pode exercer as suas competências dentro dos limites fixados pelo direito internacional público.

60 O Eurocontrol alega que a mesma conclusão decorre da norma consuetudinária de direito internacional que prevê a imunidade das organizações intergovernamentais, que o protege de forma absoluta e que protege, pelo menos, as actividades em causa no presente processo, constituindo essas actividades elementos essenciais dos objectivos institucionais do Eurocontrol e não, de qualquer forma, actos de natureza comercial. Sublinha que, se a Comunidade tivesse o direito de instaurar inquéritos em matéria de concorrência a propósito do exercício das funções públicas do Eurocontrol, poderia de facto determinar unilateralmente a forma como o Eurocontrol exerce as suas actividades institucionais, eludir os princípios fixados pela Convenção para a Segurança da Navegação Aérea em matéria de decisão e ignorar os direitos das outras partes contratantes.

61 O Eurocontrol considera que a questão da sua imunidade, assim exposta, faz parte da mesma categoria que a das questões fundamentais de ordem pública que devem ser suscitadas oficiosamente pelo juiz comunitário. Na audiência, apresentou explicitamente essa questão pela óptica de uma falta de competência da Comissão para se pronunciar quanto ao mérito sobre as medidas pedidas pela recorrente.

62 A este propósito, deve recordar-se que, no acórdão SAT Fluggesellschaft, já referido, o Tribunal de Justiça declarou-se incompetente para se pronunciar sobre a interpretação das disposições do Tratado, ao abrigo do artigo 234.º CE, num processo relativo a um litígio que opunha perante o órgão jurisdicional nacional uma sociedade privada ao Eurocontrol e respeitante, nomeadamente, à aplicação das regras comunitárias de concorrência. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça julgou no sentido de que a questão de saber se as regras do direito comunitário podem opor-se ao Eurocontrol está ligada ao mérito da causa e é irrelevante quanto à competência do Tribunal de Justiça.

63 Estando a Comissão encarregada, de harmonia com o disposto no artigo 211.º CE, de velar pela aplicação das disposições do Tratado, foi também no quadro das suas competências que examinou a denúncia e a rejeitou, considerando que o artigo 82.º CE não era aplicável ao Eurocontrol.

64 Nestas condições, o Tribunal de Justiça considera que não há que examinar oficiosamente os pedidos do Eurocontrol relativos à sua imunidade.

C — *Quanto aos fundamentos relativos ao mérito*

65 A Selex invoca quanto ao mérito uma série de fundamentos relativos a erros de direito que o Tribunal de Primeira Instância terá cometido, atinentes à aplicabilidade do artigo 82.º CE às actividades do Eurocontrol em causa, concretamente, as actividades de prestação de assistência às administrações nacionais, de normalização técnica assim como de investigação e de desenvolvimento, ou à violação desse artigo. A Comissão pede que seja negado provimento ao recurso, mas solicita uma substituição dos fundamentos do acórdão recorrido no que respeita às duas primeiras actividades.

1. Quanto aos fundamentos relativos à aplicabilidade do artigo 82.º CE à actividade de prestação de assistência às administrações nacionais e à violação desse artigo

66 A Selex alega, no que se refere à actividade de prestação de assistência às administrações nacionais exercida pelo Eurocontrol, cinco fundamentos em apoio do seu recurso, relativos, o primeiro, à desvirtuação do conteúdo da decisão controvertida, o segundo e terceiro, ao carácter contraditório da fundamentação, o quarto, à violação da jurisprudência comunitária relativa aos limites da fiscalização jurisdicional e, o quinto, a um erro manifesto de apreciação quanto à violação do artigo 82.º CE. Considerando que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao qualificar essa actividade de actividade económica, a Comissão solicita a título principal uma substituição de fundamentos do acórdão recorrido, tornando inútil o exame dos fundamentos do recurso para o Tribunal de Justiça, e pede, a título subsidiário, que os referidos fundamentos sejam rejeitados.

67 Deve reconhecer-se que, mesmo verificado tal erro de direito, não teria sentido a própria premissa em que se baseia a argumentação do acórdão recorrido, exposta no quadro dos cinco fundamentos do recurso para o Tribunal de Justiça. Nesse caso, a argumentação careceria de qualquer razão e os referidos cinco fundamentos não teriam objecto.

68 Nestas condições, o Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se sobre os referidos cinco fundamentos abstraindo do carácter eventualmente errado da fundamentação no termo da qual o Tribunal de Primeira Instância considerou que a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais exercida pelo Eurocontrol devia ser qualificada de actividade económica.

69 Importa recordar, a este propósito, que, como declarou o Tribunal de Primeira Instância no n.º 87 do acórdão recorrido, constitui actividade económica qualquer actividade que consista em propor bens ou serviços num dado mercado (acórdãos de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália, 118/85, Colect., p. 2599, n.º 7; de 12 de Setembro de 2000, Pavlov e o., C-180/98 a C-184/98, Colect., p. I-6451, n.º 75; e de 1 de Julho de 2008, MOTOE, C-49/07, Colect., p. I-4863, n.º 22).

70 Cumpre recordar igualmente que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não têm carácter económico, que justifique a aplicação das regras de concorrência do Tratado, as actividades ligadas ao exercício de prerrogativas de poder público (v., neste sentido, acórdãos de 11 de Julho de 1985, Comissão/Alemanha, 107/84, Recueil, p. 2655, n.os 14 e 15; SAT Fluggesellschaft, já referido, n.º 30; e MOTOE, já referido, n.º 24).

71 No acórdão SAT Fluggesellschaft, já referido, o Tribunal de Justiça, sem se pronunciar especialmente sobre a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais exercida pelo Eurocontrol, afirmou, no n.º 30, que, consideradas no seu todo, as actividades do Eurocontrol, pela sua natureza, pelo seu objecto e pelas regras às quais estão sujeitas, estão ligadas ao exercício de prerrogativas, relativas ao controlo e ao policiamento do espaço aéreo, que são tipicamente prerrogativas de poder público e que não têm carácter económico. Por consequência, o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 86.º e 90.º do Tratado (actuais artigos 82.º CE e 86.º CE) devem ser interpretados no sentido de que uma organização internacional como o Eurocontrol não é uma empresa na acepção desses artigos.

72 Contrariamente ao que sustenta a Selex, essa conclusão vale igualmente para a actividade de prestação de assistência que o Eurocontrol exerce em benefício das administrações nacionais, quando a solicitem, nos concursos por elas abertos para a aquisição, nomeadamente, de equipamentos e de sistemas no domínio da gestão do tráfego aéreo.

73 Com efeito, resulta do artigo 1.º da Convenção para a Segurança da Navegação Aérea que o Eurocontrol tem por objectivo, a fim de realizar a harmonização e a integração necessárias à criação de um sistema uniforme de gestão do tráfego aéreo, reforçar a cooperação das partes contratantes e desenvolver as suas actividades comuns no domínio da navegação aérea, tomando devidamente em conta as necessidades em matéria de defesa, garantindo a todos os utilizadores do espaço aéreo a máxima liberdade compatível com o nível de segurança exigido.

74 Para esse efeito, o Eurocontrol tem por vocação, entre outras, segundo o artigo 1.º, alíneas e), f) e h), adoptar e aplicar normas e especificações comuns, harmonizar as regulamentações aplicáveis aos serviços do tráfego aéreo e encorajar a aquisição em comum de sistemas e de instalações do tráfego aéreo.

75 O artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Convenção para a Segurança da Navegação Aérea prevê que o Eurocontrol pode, a pedido de uma ou de mais partes contratantes, e com base num ou em vários acordos especiais concluídos entre ele e as partes contratantes interessadas, prestar assistência às referidas partes contratantes em matéria de planificação, especificação e criação de sistemas e serviços do tráfego aéreo.

76 Infere-se da Convenção para a Segurança da Navegação Aérea que essa actividade de assistência é um dos instrumentos de cooperação confiados por essa Convenção ao Eurocontrol e participa directamente na realização do objectivo de harmonização e de integração técnicas no domínio do tráfego aéreo que é prosseguido para contribuir para a manutenção e para a melhoria da segurança da navegação aérea. Assumindo, nomeadamente, a forma de prestação de assistência proposta às administrações nacionais no momento da abertura dos processos de concursos para a aquisição de equipamentos ou de sistemas de gestão do tráfego aéreo, a referida actividade visa integrar nos cadernos de encargos relativos a esses concursos as normas e especificações técnicas comuns elaboradas e adoptadas pelo Eurocontrol para efeitos da realização de um sistema europeu harmonizado de gestão do tráfego aéreo. Está assim estreitamente ligada à missão de normalização técnica confiada pelas partes contratantes ao Eurocontrol no quadro de uma cooperação entre Estados que visa a manutenção e o desenvolvimento da segurança da navegação aérea, de forma que está ligada ao exercício de prerrogativas de poder público.

77 Assim, ao proceder a uma apreciação errada do direito, o Tribunal de Primeira Instância julgou no sentido de que a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais era dissociável da missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea do Eurocontrol, considerando que a relação entre a referida actividade de prestação de assistência e a segurança da navegação aérea era indirecta, fundamento baseado no facto de a prestação de assistência proposta pelo

Eurocontrol só cobrir as especificações técnicas no momento da abertura dos processos de concursos e só se repercutir, portanto, na segurança da navegação aérea através desses processos.

78 Os outros fundamentos do acórdão recorrido expostos a esse propósito, segundo os quais o Eurocontrol propõe a sua prestação de assistência às administrações nacionais apenas a pedido destas e de que não se trata, portanto, de uma actividade essencial ou indispensável para a garantia da segurança da navegação aérea, não demonstram que a actividade em causa não está ligada ao exercício de prerrogativas de poder público.

79 Com efeito, o facto de a assistência do Eurocontrol ser opcional e de, sendo esse o caso, somente certos Estados-Membros a ela recorrerem não permite excluir tal ligação nem modifica a natureza dessa actividade. Além disso, a ligação ao exercício de prerrogativas de poder público não requer que a actividade em causa seja essencial ou indispensável à garantia da navegação aérea, o importante é que esteja ligada à manutenção e ao desenvolvimento da segurança da navegação aérea que constituem prerrogativas de poder público.

80 Resulta de todas as considerações precedentes que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao qualificar a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais do Eurocontrol de actividade económica e que, por consequência, mediante fundamentos errados quanto ao direito, considerou que o Eurocontrol, no exercício da referida actividade, era uma empresa na acepção do artigo 82.º CE. Por conseguinte, foi sem razão que acolheu, nessa medida, o primeiro fundamento desenvolvido pela recorrente e relativo a um erro manifesto de apreciação quanto à aplicabilidade do artigo 82.º CE ao Eurocontrol.

81 Cumpre, no entanto, recordar que, se os fundamentos de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância revelarem uma violação do direito comunitário, mas o seu dispositivo for fundado por outras razões de direito, deve negar-se provimento ao recurso para o Tribunal de Justiça (v. acórdãos de 9 de Junho de 1992, Lestelle/ /Comissão, C-30/91 P, Colect., p. I-3755, n.º 28; de 13 de Julho de 2000, Salzgitter/ /Comissão, C-210/98 P, Colect., p. I-5843, n.º 58; e de 10 de Dezembro de 2002, Comissão/Camar e Tico, C-312/00 P, Colect., p. I-11355, n.º 57).

82 No caso em apreço, decorre dos fundamentos expostos nos n.os 72 a 79 do presente acórdão que a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais do Eurocontrol está ligada ao exercício de prerrogativas de poder público e que, de qualquer forma, não é, em si mesma, de natureza económica, de forma que essa organização, no exercício dessa actividade, não é uma empresa na acepção do artigo 82.º CE. A decisão controvertida não está, por isso, afectada por qualquer erro direito nesse aspecto.

83 Assim, o dispositivo do acórdão recorrido, que nega provimento ao recurso, continua fundado quanto ao direito e, portanto, o erro de direito cometido na fundamentação do acórdão recorrido não acarreta a sua anulação.

84 Quanto aos cinco fundamentos invocados pela Selex, deve reconhecer-se que estes visam os fundamentos do acórdão recorrido pelos quais o Tribunal de Primeira Instância, após ter considerado que a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais do Eurocontrol constituía uma actividade económica e que, por conseguinte, o Eurocontrol, no exercício desta, era uma empresa na acepção do artigo 82.º CE, rejeitou o segundo fundamento invocado pela recorrente em apoio do seu recurso, relativo a um erro manifesto de apreciação cometido pela Comissão quanto à existência de uma violação do artigo 82.º CE.

85 Ora, resulta dos fundamentos enunciados anteriormente que, não sendo o Eurocontrol, no exercício da sua actividade de prestação de assistência às administrações nacionais, uma empresa na acepção do artigo 82.º CE, esse artigo não é aplicável à referida actividade. Por isso, devem ser rejeitados como sendo desprovidos de objecto os cinco fundamentos avançados pela Selex que criticam os fundamentos do acórdão recorrido relativos à alegada violação do artigo 82.º CE.

2. Quanto aos fundamentos relativos à aplicabilidade do artigo 82.º CE à actividade de normalização técnica

86 A Selex, no que respeita à actividade de normalização técnica exercida pelo Eurocontrol, avança quatro fundamentos em apoio do seu recurso para o Tribunal de Justiça, relativos à desvirtuação do conteúdo da decisão controvertida, à adopção de um conceito de actividade económica contrário ao estabelecido pela jurisprudência comunitária, à aplicação errada da jurisprudência em matéria de prestações sociais e à violação do dever de fornecer uma fundamentação suficiente. Considerando que é errada a distinção feita pelo acórdão recorrido entre a actividade de adopção de normas técnicas, que faz parte da missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea, e a de preparação e de elaboração de tais normas, que não faz parte dessa missão, a Comissão solicita uma substituição dos fundamentos quanto a este aspecto e pede, quanto ao resto, que sejam rejeitados os fundamentos do recurso para o Tribunal de Justiça.

87 Impõe-se reconhecer que, mesmo que verificado tal erro, não teria sentido a premissa em que se baseia a argumentação do acórdão recorrido, exposta no quadro do fundamento relativo à adopção de um conceito de actividade económica contrário ao estabelecido pela jurisprudência comunitária. Nesse caso, a argumentação careceria de qualquer razão e o fundamento em causa não teria objecto.

88 Nestas condições, e como é salientado no n.º 68 do presente acórdão, o Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se sobre o referido fundamento abstraindo do carácter eventualmente errado da fundamentação no termo da qual o Tribunal de Primeira Instância considerou, no essencial, que, diferentemente da actividade de adopção das normas técnicas, a actividade de preparação e de elaboração de tais normas era dissociável da missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea, de forma que era susceptível de ser qualificada de actividade económica.

89 A este propósito, para efectuar a distinção criticada, o Tribunal de Primeira Instância declarou, antes de mais, no n.º 59 do acórdão recorrido, que a adopção, pelo conselho do Eurocontrol, das normas estabelecidas pelo órgão executivo dessa organização é do domínio legislativo, sendo o referido conselho composto pelos directores da

administração da aviação civil de cada Estado contratante, mandatados pelos seus respectivos Estados para adoptar especificações técnicas que vinculam todos esses Estados. Essa actividade faz parte directamente, segundo os fundamentos do acórdão recorrido, do exercício, por esses Estados, das suas prerrogativas de poder público, aparentando-se o papel do Eurocontrol ao de um ministério que, a nível nacional, prepara as medidas legislativas ou regulamentares que serão em seguida aprovadas pelo governo. Trata-se, portanto, de uma actividade que faz parte da missão pública do Eurocontrol.

90 O Tribunal de Primeira Instância declarou, em seguida, no n.º 60 do acórdão recorrido, que a actividade de preparação e de elaboração das normas técnicas pelo Eurocontrol, podia, em contrapartida, ser dissociada da sua missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea. Para fundar essa apreciação, considerou que os argumentos invocados pela Comissão para demonstrar que a actividade de normalização do Eurocontrol estava ligada à missão de serviço público dessa organização se referiam, de facto, apenas à adopção dessas normas e não à sua elaboração, não implicando a necessidade de adopção de normas no plano internacional necessariamente que a entidade que elabora essas normas deva ser também aquela que, em seguida, as adopta.

91 Todavia, deve observar-se que o artigo 2.º, n.º 1, alínea f), da Convenção para a Segurança da Navegação Aérea prevê que o Eurocontrol está encarregado de elaborar, de adoptar e de estudar normas, especificações e práticas comuns para os sistemas e serviços de gestão do tráfego aéreo. Por isso, há que reconhecer que os Estados contratantes confiaram ao Eurocontrol tanto a preparação e a elaboração das normas como a sua adopção, sem dissociar essas funções.

92 Além disso, a preparação e a elaboração de normas técnicas participam directamente na realização do objectivo do Eurocontrol, definido no artigo 1.º da Convenção para a Segurança da Navegação Aérea e lembrado no n.º 73 do presente acórdão, que é realizar a harmonização e a integração necessárias com vista à criação de um sistema europeu uniforme de gestão do tráfego aéreo. São inerentes à missão de normalização técnica confiada pelas partes contratantes ao Eurocontrol no quadro de uma cooperação entre Estados com vista à manutenção e ao desenvolvimento da segurança da navegação aérea, que constituem prerrogativas de poder público.

93 Por conseguinte, o acórdão recorrido está afectado por um erro de direito na medida em que afirma que a actividade de preparação ou de elaboração das normas técnicas pelo Eurocontrol pode ser dissociada da sua missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea. Esse erro não afecta, no entanto, a conclusão do Tribunal de Primeira Instância, baseada noutros fundamentos, segundo a qual a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que as actividades de normalização técnica do Eurocontrol não eram actividades económicas e que as regras de concorrência do Tratado não eram, portanto, aplicáveis às mesmas. Deve, portanto, ainda declarar-se que o erro de direito cometido na fundamentação do acórdão recorrido não implica a sua anulação.

a) Quanto ao fundamento relativo à adopção de um conceito de actividade económica contrário ao estabelecido pela jurisprudência comunitária

94 A Selex afirma, em apoio deste fundamento, que a apreciação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual não demonstrara a existência de um mercado para os serviços de normalização técnica não está relacionada com a apreciação da natureza económica dessa actividade e não é exacta, tendo a definição do mercado em causa por ela proposta sido acolhida pela Comissão na decisão controvertida. Sustenta que, contrariamente à apreciação do Tribunal de Primeira Instância, o Eurocontrol propõe realmente aos Estados um serviço autónomo que consiste na elaboração de normas técnicas. De qualquer forma, a circunstância de a actividade em causa não dar origem a uma proposta de bens ou de serviços num dado mercado não é pertinente à luz da jurisprudência e da prática da Comissão. O que importa é que essa actividade possa intrínseca e objectivamente ser qualificada de actividade económica.

95 Por outro lado, os fundamentos expostos no n.º 61 do acórdão recorrido, em que o Tribunal de Primeira Instância excluiu a natureza económica da actividade de elaboração das normas devido ao facto de essas normas serem, em seguida, adoptadas pelo conselho do Eurocontrol, são contraditórios com os enunciados nos n.os 59 e 60 desse acórdão, em que o Tribunal de Primeira Instância distinguiu a elaboração das normas técnicas da sua adopção.

96 A este propósito, cumpre salientar que resulta dos fundamentos expostos nos n.os 91 e 92 do presente acórdão que a actividade de normalização técnica do Eurocontrol, no seu todo, está ligada ao exercício de prerrogativas de poder público e, por conseguinte, não tem carácter económico.

97 Por conseguinte, é desprovida de objecto a presente alegação pela qual a Selex critica os fundamentos do acórdão recorrido que conduziram o Tribunal de Primeira Instância a considerar que a recorrente não demonstrara que a actividade de normalização técnica consistia em propor bens ou serviços num dado mercado.

b) Quanto ao fundamento relativo à desvirtuação do conteúdo da decisão controvertida

98 A Selex sustenta, através deste fundamento, que o Tribunal de Primeira Instância, ao afirmar, nos n.os 15 e 48 do acórdão recorrido, que a decisão controvertida assentava na dupla conclusão de que o Eurocontrol não era uma empresa e de que, de qualquer forma, os comportamentos postos em causa não eram contrários ao disposto no artigo 82.º CE, desvirtuou o conteúdo da referida decisão que é baseada exclusivamente na apreciação da natureza económica da actividade considerada e não faz parte de qualquer apreciação quanto à existência de um abuso de posição dominante. O Tribunal de Primeira Instância terá, na realidade, reproduzido uma fórmula de estilo utilizada pela Comissão sem examinar se esta estava fundamentada, mesmo de forma mínima, e substituiu a fundamentação que a Comissão realmente desenvolveu pela sua própria fundamentação.

99 Basta reconhecer, a este propósito, que esse fundamento é inoperante, dado que o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso com o fundamento de que as regras de concorrência do Tratado não eram aplicáveis à actividade de normalização técnica do Eurocontrol e, por isso, não examinou o segundo fundamento avançado pela recorrente, relativo a um erro manifesto de apreciação quanto à existência de uma violação do artigo 82.º CE pelo Eurocontrol.

100 Há, por consequência, que rejeitar este fundamento.

c) Quanto ao fundamento relativo à aplicação errada da jurisprudência comunitária em matéria de prestações sociais

101 A Selex sustenta, através deste fundamento, que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou sem razão a sua argumentação segundo a qual o raciocínio seguido no acórdão FENIN/Comissão, já referido, não podia ser transposto para o presente processo em que nenhum elemento de solidariedade caracteriza a actividade em causa. Resulta, contudo, da jurisprudência que esse elemento é, consoante o seu grau, determinante para afirmar ou negar que a actividade em causa é a de uma empresa.

102 Mas foi sem cometer um erro de direito que o Tribunal de Primeira Instância declarou, no n.º 65 do acórdão recorrido, referindo-se ao acórdão FENIN/ Comissão, já referido, que, para apreciar se uma actividade tem ou não carácter económico, não há que dissociar a actividade de compra do produto da utilização ulterior que dele é feita e que o carácter económico ou não da utilização ulterior do produto determina necessariamente o carácter da actividade de compra (v. acórdão de 11 de Julho de 2006, FENIN/Comissão, C-205/03 P, Colect., p. I-6295, n.º 26). O Tribunal de Primeira Instância, no caso em apreço, tirou justamente disso a consequência de que o carácter não económico da actividade de normalização técnica implicava o carácter não económico da aquisição de protótipos no quadro da referida normalização.

103 Foi igualmente com razão que o acórdão recorrido rejeitou o argumento da recorrente segundo o qual esse raciocínio não era transponível para o caso em apreço. Com efeito, o mesmo raciocínio pode evidentemente aplicar-se a outras actividades que não as que têm carácter social ou baseadas na solidariedade, não constituindo esses elementos uma condição do carácter não económico de uma actividade, mas somente dados a tomar em consideração, tal sendo o caso, para qualificar uma actividade em conformidade com a jurisprudência recordada nos n.os 69 e 70 do presente acórdão.

104 Assim, este fundamento deve ser rejeitado.

d) Quanto ao fundamento relativo à violação do dever de fornecer uma fundamentação suficiente

105 A Selex alega que o acórdão recorrido não está suficientemente fundamentado, nos n.os 59 a 62, no que diz respeito à determinação do mercado da normalização. Observa que, perante a definição do mercado em causa por ela proposta e não contestada pela Comissão na decisão controvertida, o Tribunal de Primeira Instância afastou-se dessa definição sem fornecer argumentos em apoio da sua apreciação divergente e sem fazer referência aos elementos de carácter técnico e jurídico expostos pelas partes.

106 A este propósito, há que salientar que, contrariamente ao que sustenta a Selex, a Comissão não se pronunciou de forma alguma, na decisão controvertida, sobre a definição do mercado que é pertinente, mas considerou, como sustentou igualmente, em seguida, perante o Tribunal de Primeira Instância, que a actividade de normalização técnica não era de natureza económica. Chegando à mesma conclusão, o Tribunal de Primeira Instância expôs, nos n.os 59 a 62 do acórdão recorrido, os fundamentos que o conduziram a considerar que a recorrente não tinha demonstrado que a actividade de normalização técnica consistia em propor bens ou serviços num dado mercado.

107 Agindo assim, o Tribunal de Primeira Instância, sem que seja necessário retomar todos os elementos técnicos e os argumentos avançados pelas partes, fez acompanhar a sua conclusão de uma fundamentação suficiente, que permite às partes conhecer as razões e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização, donde resulta que o fundamento deve ser rejeitado.

3. Quanto aos fundamentos relativos à aplicabilidade do artigo 82.º CE à actividade de investigação e de desenvolvimento

108 A Selex, no que diz respeito à actividade de investigação e de desenvolvimento exercida pelo Eurocontrol, alega três fundamentos em apoio do seu recurso para o Tribunal de Justiça, relativos à desvirtuação do conteúdo da decisão controvertida, à adopção de um conceito de actividade económica contrário ao estabelecido pela jurisprudência comunitária e à desvirtuação dos elementos de prova por ela produzidos no que diz respeito à natureza económica da gestão do regime de propriedade intelectual.

a) Quanto ao fundamento relativo à desvirtuação do conteúdo da decisão controvertida

109 A Selex sustenta, através deste fundamento, que o acórdão recorrido desvirtua o conteúdo da decisão controvertida na medida em que nela é salientado que a afirmação segundo a qual a Comissão não contestou a natureza económica da actividade de aquisição de protótipos e de gestão dos direitos de propriedade intelectual não tem fundamento na referida decisão, quando a sua simples leitura mostra que a Comissão nunca contestou este ponto, mas contestou unicamente a existência de um abuso de posição dominante. Assim, o Tribunal de Primeira Instância atribuiu à decisão controvertida um conteúdo diferente e substituiu a fundamentação da referida decisão pela sua fundamentação.

110 Basta reconhecer, a este propósito, que essa alegação é desprovida de fundamento, dado que a Comissão indicou expressamente, nos pontos 28 e 29 da decisão controvertida, que considerava que as actividades do Eurocontrol que são objecto da denúncia não eram de natureza económica. Essa apreciação ressalta igualmente do ponto 32 da decisão controvertida relativo à gestão dos direitos de propriedade intelectual.

111 Partindo do princípio que este fundamento se refere, na realidade, à falta de fundamentação da decisão controvertida, como observa a Comissão, este fundamento é inadmissível por ter sido invocado pela primeira vez na fase de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância.

112 Por consequência, há que rejeitar este fundamento.

b) Quanto ao fundamento relativo à adopção de um conceito de actividade económica contrário ao estabelecido pela jurisprudência comunitária

113 Através deste fundamento, a Selex critica, antes de mais, as afirmações do n.º 76 do acórdão recorrido segundo as quais a aquisição de protótipos é uma actividade conexa com o seu desenvolvimento exercido por terceiros. Sublinha que a actividade que está em causa é, na realidade, a da aquisição de protótipos, que se situa a montante da definição de especificações técnicas, e que importa pouco, portanto, que o desenvolvimento dos protótipos seja exercido por terceiros.

114 A este propósito, impõe-se reconhecer que não foi por este último fundamento que o Tribunal de Primeira Instância julgou no sentido de que a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que a actividade de investigação e de desenvolvimento financiada pelo Eurocontrol não constituía uma actividade económica e que as regras de concorrência não lhe eram aplicáveis. Com efeito, resulta do n.º 75 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a aquisição de protótipos efectuada no quadro dessa actividade e a gestão dos direitos de propriedade intelectual a ela ligadas não lhe conferiam um carácter económico, dado que a referida aquisição não implicava a proposta de bens ou de serviços num dado mercado. Tal análise está, de resto, pelos fundamentos expostos no n.º 102 do presente acórdão, isenta de erro de direito.

115 A Selex censura, em seguida, o acórdão recorrido por ter salientado, no n.º 77, que a aquisição dos direitos de propriedade intelectual não era destinada à sua exploração comercial e que as licenças eram concedidas a título gratuito. Essas conclusões, pressupondo-as exactas, estão em contradição com a jurisprudência segundo a qual o facto de uma entidade não prosseguir um fim lucrativo não é um elemento pertinente para a qualificar ou não de empresa.

116 Contrariamente ao que é assim sustentado, resulta da jurisprudência que a ausência de fim lucrativo é um critério pertinente para apreciar se uma actividade tem ou não carácter económico, mas não é suficiente (v., designadamente, neste sentido, acórdãos de 16 de Novembro de 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e o., C-244/94, Colect., p. I-4013, n.º 21; de 21 de Setembro de 1999, Albany, C-67/96, Colect., p. I-5751, n.º 85; e de 23 de Março de 2006, Enirisorse, C-237/04, Colect., p. I-2843, n.º 31).

117 Assim, foi sem cometer erro de direito que o Tribunal de Primeira Instância, após ter recordado que, no quadro do exame do carácter económico de uma actividade, o critério da ausência de remuneração constitui apenas um indício entre outros e não pode, por si, excluir o carácter económico dessa actividade, tomou em consideração o facto de que o Eurocontrol concedia gratuitamente as licenças sobre os protótipos como um indício do carácter não económico da actividade de gestão dos direitos de propriedade intelectual, acrescendo esse indício a outros elementos.

118 Finalmente, segundo a Selex, é contrário à jurisprudência o exposto no n.º 77 do acórdão recorrido segundo o qual a gestão dos direitos de propriedade intelectual é acessória da promoção do desenvolvimento técnico, que se insere no quadro do objectivo de interesse geral da missão do Eurocontrol e que não prossegue um interesse próprio da organização que é dissociável do referido objectivo, o que exclui o carácter económico de uma actividade. A Selex alega, por um lado, referindo-se ao acórdão Enirisorse, já referido, que já foi julgado no sentido de que a tarefa de desenvolver novas tecnologias pode ser de natureza económica e, por outro, referindo-se a esse acórdão e ao acórdão de 25 de Outubro de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Colect., p. I-8089, n.º 21), que a circunstância de as obrigações de serviço público incumbirem a um operador não pode impedir que a actividade em causa seja considerada actividade económica.

119 Quanto a este ponto, deve observar-se que os fundamentos criticados do acórdão recorrido não excluem de forma alguma que uma actividade de desenvolvimento tecnológico possa ter carácter económico, da mesma forma que não excluem que uma entidade submetida a obrigações de serviço público possa exercer uma actividade com esse carácter. O Tribunal de Primeira Instância procedeu apenas a uma apreciação dos elementos próprios do caso em apreço e deduziu, sem cometer erro de direito nem contrariar a jurisprudência invocada, do carácter gratuito da actividade de gestão dos direitos de propriedade intelectual e da finalidade de interesse geral exclusivamente

prosseguida pela missão do Eurocontrol em que ela se insere, exercida acessoriamente à de promoção do desenvolvimento técnico, que a referida actividade não tinha carácter económico.

120 Não sendo procedente nenhum dos argumentos avançados, há que rejeitar igualmente este fundamento.

c) Quanto ao fundamento relativo à desvirtuação dos elementos de prova apresentados pela recorrente no que diz respeito à natureza económica da gestão do regime de propriedade intelectual

121 A Selex, através deste fundamento, alega que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou, no n.º 79 do acórdão recorrido, manifestações que teve na audiência relativamente às remunerações do Eurocontrol ao afirmar que essas manifestações se baseavam num documento interno do mesmo, intitulado «ARTAS Intellectual Property Rights and Industrial Policy» (Direitos de Propriedade Intelectual e Política Industrial no âmbito do Sistema ARTAS), com data de 23 de Abril de 1997, e tendiam a demonstrar que o Eurocontrol recebia uma remuneração pela gestão das licenças. Só invocou, na realidade, o referido documento na sua petição para sublinhar a variedade de papéis assumidos pelo Eurocontrol e a contradição existente entre o sistema de gestão dos direitos de propriedade intelectual desenvolvido pelo Eurocontrol e o conteúdo do referido documento. Em contrapartida, na audiência, apresentou a última versão pública desse documento, intitulado «ARTAS Industrial Policy» (Política Industrial ARTAS) para sublinhar somente que o carácter económico da actividade em questão se tinha tornado manifesto. Assim, o Tribunal de Primeira Instância atribuiu à petição um conteúdo que não tinha.

122 Basta observar, a este propósito, que, embora o Tribunal de Primeira Instância tenha compreendido que a afirmação da recorrente segundo a qual as licenças concedidas pelo Eurocontrol não eram gratuitas era baseada no documento invocado na petição e não no mencionado pela primeira vez na audiência, isso não põe de forma alguma em causa a apreciação que fez do carácter gratuito das referidas licenças nem, em última análise, a conclusão que tirou do exame de todos os elementos respeitantes à actividade de investigação e de desenvolvimento.

123 Este fundamento deve, por isso, ser rejeitado.

124 Por consequência, tendo em conta todas as considerações precedentes, há que negar provimento ao recurso.

V — Quanto às despesas

125 Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, aplicável ao processo de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 118.º desse regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Selex sido vencida no seu recurso para o Tribunal de Justiça, suportará as suas próprias despesas e as efectuadas pela Comissão em conformidade com os pedidos desta.

126 Segundo o artigo 69.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do mesmo regulamento, igualmente aplicável ao processo de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, se cada parte obtiver vencimento parcial, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes, ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas. O Tribunal de Justiça decide, no caso em apreço, que a Selex suportará metade das despesas efectuadas pelo Eurocontrol, que suportará, portanto, metade das suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) **A SELEX Sistemi Integrati SpA suportará, além das suas próprias despesas, as efectuadas pela Comissão das Comunidades Europeias e metade das efectuadas pela Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea (Eurocontrol).**

3) **A Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea suportará metade das despesas que efectuou.**

Assinaturas