

DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
20 de Dezembro de 2001 *

No processo T-213/01 R,

Österreichische Postsparkasse AG, com sede em Viena (Áustria), representada por M. Klusmann, F. Wiemer e A. Reidlinger, advogados,

requerente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por S. Rating, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

requerida,

que tem por objecto o pedido, a título principal, de suspensão da execução da decisão COMP/D-1/36.571, de 9 de Agosto de 2001, e, a título subsidiário, de que seja ordenada à Comissão a não transmissão da comunicação de acusações

* Língua do processo: alemão.

de 10 de Setembro de 1999 e a comunicação de acusações complementar de 21 de Novembro de 2000, no processo COMP/36.571, ao Freiheitliche Partei Österreichs,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

profere o presente

Despacho

Factos e tramitação processual

- 1 A requerente é uma instituição de crédito austríaco que gere as suas filiais por intermédio de agências situadas em estações de correios na Áustria e que, desde o fim do ano de 2000, faz parte do grupo BAWAG.
- 2 Em 6 de Maio de 1997, a Comissão teve conhecimento de um documento intitulado «Lombard 8.5» e, à luz desse documento, instaurou oficiosamente um processo de infracção ao artigo 81.º CE contra a requerente e sete outros bancos austríacos, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 3.º 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).

- 3 Por carta de 24 de Junho de 1997, o Freiheitliche Partei Österreichs (a seguir «FPÖ») transmitiu à Comissão o documento «Lombard 8.5» e solicitou a abertura de um processo de infracção ao artigo 81.º CE contra oito bancos, entre os quais não figura a requerente.
- 4 Por carta de 26 de Fevereiro de 1998, a Comissão informou o FPÖ, no quadro do processo COMP/36.571 e em conformidade com o disposto no artigo 6.º do Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), da sua intenção de indeferir o seu pedido. A Comissão fundamentou a sua posição indicando que só as pessoas ou as associações de pessoas que tenham interesse legítimo, na acepção do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, estão habilitadas a apresentar um pedido para que seja posto termo a uma infracção.
- 5 O FPÖ respondeu, por carta de 2 de Junho de 1998, que ele próprio e os seus membros participam na vida económica e que são, por isso, financeiramente afectados. Indicou que efectua quotidianamente inúmeras operações bancárias. Por essas razões, pediu de novo para participar no processo de infracção e para ter, assim, conhecimento das acusações.
- 6 Em 16 de Dezembro de 1998, os bancos em causa entregaram à Comissão, no quadro do processo COMP/36.571, uma exposição comum dos factos, acompanhada de 40 000 páginas de documentos comprovativos. Numa nota preliminar, pediam à Comissão que reservasse tratamento confidencial a essa exposição. Nessa nota, estava escrito:

«A exposição dos factos junta pode ser consultada pela totalidade dos bancos em causa no quadro do processo IV/36.571. Solicita-se à Comissão, nos termos do artigo 20.º do Regulamento n.º 17/62, a sua não revelação a terceiros.»

- 7 Por carta de 13 de Setembro de 1999, a Comissão transmitiu à requerente a comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999, em que censurava à requerente ter concluído acordos anti-concorrenciais com outros bancos austríacos relativamente aos custos e às condições aplicáveis à clientela — particulares e empresas — e ter, por isso, infringido o artigo 81.º CE.
- 8 Em 6 de Outubro de 1999, foi concedida à requerente a possibilidade de examinar os elementos do processo. Nessa ocasião, a Comissão informou oralmente a requerente da sua intenção de transmitir ao FPÖ a totalidade das acusações formuladas no quadro do processo, em conformidade com o disposto no artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos baseados nos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO L 354, p. 18).
- 9 A requerente dirigiu, no mesmo dia, uma carta à Comissão indicando-lhe que transmitir ao FPÖ uma cópia das acusações era, em sua opinião, inadmissível. Alegou que o FPÖ não podia prevalecer-se de qualquer interesse legítimo e não podia, por isso, ser considerado requerente para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17.
- 10 A Comissão respondeu por carta de 5 de Novembro de 1999. Indicou que o FPÖ, enquanto cliente de um banco, tinha interesse legítimo em que lhe fossem comunicadas as acusações em conformidade com o disposto no artigo 7.º do Regulamento n.º 2842/98. Ao mesmo tempo, fez chegar à requerente uma lista das passagens que não deviam ser comunicadas ao FPÖ.
- 11 A requerente respondeu por carta de 17 de Novembro de 1999 e protestou de novo contra a transmissão de uma cópia da comunicação de acusações ao FPÖ e, em particular, contra o envio de uma versão integral da referida comunicação, com excepção, como a Comissão aceitara na sua carta de 5 de Novembro de 1999, da ocultação dos nomes próprios de certas pessoas singulares nomeadas nessa comunicação de acusações ou a substituição do seu nome próprio pela

descrição da sua função. Na sequência disso, o pedido do FPÖ, a princípio, não foi satisfeito.

- 12 Em 18 e 19 de Janeiro de 2000, foi organizada uma audição sobre os comportamentos censurados na comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999. O FPÖ não participou nessa audição.
- 13 A Comissão notificou uma comunicação de acusações complementar à requerente em 21 de Novembro de 2000, censurando-lhe ter concluído acordos anti-concorrenciais com outros bancos austríacos relativamente aos custos bancários aplicáveis à troca entre divisas e euros.
- 14 Uma segunda audição teve lugar em 27 de Fevereiro de 2001, a que também não assistiu o FPÖ.
- 15 Por carta de 27 de Março de 2001, o auditor comunicou à requerente que o FPÖ tinha reiterado o seu pedido de transmissão de uma cópia não confidencial das comunicações de acusações e que tinha a intenção de responder favoravelmente a esse pedido. Em anexo à sua carta, o auditor juntou uma lista que, em sua opinião, devia garantir a protecção do sigilo de negócios e que previa a supressão de diversos nomes e descrições de funções de pessoas singulares. O auditor indicava, além disso, que só o anexo A da comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999, que contém uma lista com referências a todos os documentos juntos a essa comunicação de acusações, e não estes últimos documentos, deveria ser transmitido.
- 16 Por carta de 24 de Abril de 2001, a requerente opôs-se de novo à transmissão das comunicações de acusações.

- 17 Por carta de 5 de Junho de 2001, o auditor confirmou a sua tese de que as duas comunicações de acusações deviam ser transmitidas ao FPÖ, à excepção de certas informações que figuram nas listas 1 e 2 juntas em anexos a essa carta e julgadas por ele confidenciais. Acrescentou que o reconhecimento da qualidade de requerente ao FPÖ não podia constituir objecto de recurso autónomo.
- 18 A requerente, por carta de 25 de Junho de 2001, solicitou à Comissão a tomada de uma decisão susceptível de recurso.
- 19 Por carta de 9 de Agosto de 2001, a decisão no processo COMP/36.571 (a seguir «decisão controvertida») foi, portanto, comunicada à requerente. Nela indica-se, nomeadamente, o que se segue:

«Após novo exame dos factos e das questões de direito, decidimos resolver as questões em que a mandante de V. Ex.^{as} e a Comissão estão em desacordo no mesmo sentido que na nossa carta de 5 de Janeiro de 2001. A nossa decisão assenta nos seguintes fundamentos:

1. Não é o auditor que julga da qualidade de requerente, para efeitos do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, de uma pessoa ou de uma associação de pessoas, mas, em nome da Comissão, o membro competente para as questões de concorrência. A decisão favorável ao FPÖ tinha já sido tomada por K. Van Miert no decurso do ano de 1999 e foi, em seguida, confirmada por M. Monti [...]
2. O reconhecimento ao FPÖ da qualidade de ‘denunciante’ no processo COMP/36.571 constitui um acto jurídico de processo que não pode constituir objecto de recurso autónomo. As objecções contra esse acto

podem ser formuladas apenas no quadro de um recurso da decisão da Comissão que põe termo ao processo. O reconhecimento do direito de apresentar um pedido para efeitos do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 tem por consequência, em conformidade com o disposto no artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 2842/98 [...], que uma versão não confidencial de acusações deve ser transmitida à requerente. O facto de o processo ter sido instaurado oficiosamente ou na sequência de pedido apresentado nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 não tem qualquer importância. O artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 2842/98, contrariamente aos dizeres de V. Ex.^{as}, tem carácter coercivo [...]

3. [...]

4. Tendo em conta o que precede, coloca-se ainda a questão de saber que informações devem ser retiradas do texto da comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999 bem como da comunicação de acusações complementar de 21 de Novembro de 2000 a fim de tomar em conta o interesse legítimo da mandante de V. Ex.^{as} no tratamento confidencial dos seus sigilos de negócios e outras informações confidenciais.

a) V. Ex.^{as} sugeriram que sejam retirados dos textos antes mencionados os nomes dos bancos austríacos em causa. Deve notar-se, a esse respeito, que a identidade de uma empresa participante numa infracção presumida não constitui um sigilo de negócios coberto pelo direito comunitário nem uma informação confidencial susceptível de ser protegida. O facto de ocultar o nome dos bancos em causa ser-lhes-ia, além disso, de pouca utilidade no momento actual, dado que a sua identidade será, de qualquer maneira, revelada na decisão da Comissão que põe termo ao processo. [...]

b) Devem retirar-se da versão das acusações destinada ao FPÖ todas as informações internas susceptíveis de dar indicações sobre a política comercial actual ou futura da mandante de V. Ex.^{as} Há, no entanto, que

aplicar, a esse propósito, uma medida mais rigorosa uma vez que se trata de informações que remontam a vários anos. Por esta razão, não é necessário apagar qualquer dado numérico das duas comunicações de acusações. No interesse da protecção da pessoa, devem retirar-se da cópia que deve ser transmitida todos os dados que permitam identificar as pessoas singulares em causa. Isso significa que os nomes e as funções dessas pessoas devem tornar-se incognoscíveis.

Com vista ao estabelecimento de uma versão não confidencial das acusações de 10 de Setembro de 1999 bem como das acusações complementares de 21 de Novembro de 2000, destinada a ser transmitida ao FPÖ, devem retirar-se dos textos originais em causa as informações que figuram nas listas 1 e 2 juntas em anexos. Deduzimos da carta de V. Ex.^{as} no presente processo que V. Ex.^{as} aceitam as indicações contidas nessas listas, abstraindo da questão do anonimato da primeira comunicação de acusações.

Em resumo, concluímos, por isso, que há que transmitir ao FPÖ, com vista a uma tomada de posição no processo em curso COMP/36.571 — Bancos austríacos, a versão actual adaptada da comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999, bem como da comunicação complementar de acusações de 21 de Novembro de 2000.

Essa decisão é tomada com base no disposto no n.º 2 do artigo 9.º da Decisão 2001/462/CE, CECA da Comissão, de 23 de Maio de 2001, relativa às funções do auditor em determinados processos de concorrência (JO L 162, p. 21).

Solicitamos a V. Ex.^{as} que nos comuniquem, num prazo de uma semana após a notificação da presente decisão, se a mandante de V. Ex.^{as} tem a intenção de interpor recurso da presente decisão para o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, bem como de pedir uma medida provisória contra a

execução da mesma decisão. A Comissão não transmitirá ao FPÖ as comunicações de acusações antes da extinção desse prazo de uma semana.»

- 20 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 19 de Setembro de 2001, a requerente interpôs recurso de anulação da decisão controvertida.
- 21 Por acto separado apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no mesmo dia, a requerente apresentou o presente requerimento de medidas provisórias pedindo, a título principal, a suspensão da execução da decisão controvertida e, a título subsidiário, que seja ordenado à Comissão que não transmita a comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999 e a comunicação de acusações complementar de 21 de Novembro de 2000, no processo COMP/36.571, ao FPÖ.
- 22 Em 5 de Outubro de 2001, a Comissão apresentou as suas observações sobre o presente pedido de medidas provisórias.
- 23 As partes foram ouvidas em 8 de Novembro de 2001. No termo da audição, o Tribunal convidou a Comissão a indicar se estava disposta a aceitar uma resolução amigável renunciando à transmissão das comunicações de acusações ao FPÖ até ser proferido acórdão no processo principal, na condição de a requerente, em contrapartida, acelerar o processo renunciando a apresentar réplica e pedindo tratamento prioritário do processo no Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal fixou um prazo à Comissão para tomar posição, até 15 de Novembro de 2001.
- 24 Por carta de 15 de Novembro de 2001, a Comissão comunicou que não podia aceitar o acordo proposto. Em compensação, a Comissão anunciou, quanto às alegadas informações confidenciais, que modificará as referências respeitantes a

um empregado de alto nível da requerente e que figura nos considerandos 193 e 215 da comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999 da mesma forma que o foram nas passagens mencionadas na lista 1 do anexo da carta do auditor de 5 de Junho de 2001.

- 25 Por fax de 27 de Novembro de 2001, a requerente apresentou as suas observações sobre a carta da Comissão de 15 de Outubro de 2001.

Questão de direito

- 26 Por força das disposições conjugadas dos artigos 242.º CE e 243.º CE e do artigo 4.º da Decisão 88/591/CECA, CEE, Euratom do Conselho, de 24 de Outubro de 1988, que institui o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, (JO L 319, p. 1), com as alterações da Decisão 93/350/Euratom, CECA, CEE do Conselho, de 8 de Junho de 1993 (JO L 144, p. 21), o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução do acto impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem, ou ordenar as medidas provisórias necessárias.
- 27 Nos termos do disposto no n.º 1, primeiro parágrafo, do artigo 104.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, um pedido de suspensão da execução de um acto só é admissível se o requerente tiver impugnado esse acto mediante recurso para o Tribunal. Esta regra não é uma simples formalidade, mas pressupõe que o recurso quanto ao fundo, em que se enxerta o pedido de medidas provisórias, possa ser apreciado pelo Tribunal.
- 28 O n.º 2 do artigo 104.º do Regulamento de Processo prevê que os pedidos de medidas provisórias devem especificar as razões da urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista (*fumus boni juris*), justificam a adopção da medida requerida. Estas condições são cumulativas, de

modo que um pedido de suspensão da execução deve ser indeferido quando uma delas não estiver preenchida [despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1996, SCK e FNK/Comissão, C-268/96 P(R), Colect., p. I-4971, n.º 30]. O juiz das medidas provisórias procede também, se necessário, à ponderação dos interesses em presença (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1999, Itália/Comissão, C-107/99 R, Colect., p. I-4011, n.º 59).

Quanto à admissibilidade

Argumentos das partes

- 29 A Comissão alega que cabe ao juiz das medidas provisórias verificar se, à primeira vista, a petição no processo principal apresenta elementos que permitam concluir, com uma certa probabilidade, pela sua admissibilidade. Ora, no caso em apreço, o recurso no processo principal é manifestamente inadmissível.
- 30 A esse propósito, a Comissão salienta que o pedido no processo principal tem em vista a anulação da decisão controvertida. Ora, o único acto da decisão controvertida é a resposta negativa à questão de saber se devem suprimir-se das versões não confidenciais das comunicações de acusações a transmitir ao FPÖ outras indicações além das enumeradas nos anexos 1 e 2 da referida decisão controvertida, reconhecendo-se que tais indicações não são de molde a beneficiar da garantia de tratamento confidencial assegurada pelo direito comunitário.
- 31 Para contestar essa decisão, a requerente limitou-se, na sua petição no processo principal e no pedido de medidas provisórias, a uma enumeração de princípios de direito, sem indicar os factos e tão-pouco os relacionar com uma norma. Essa

exposição não satisfaz as condições do n.º 1, alínea c), do artigo 44.º e do n.º 2 do artigo 104.º do Regulamento de Processo do Tribunal.

- 32 O recurso é igualmente inadmissível na medida em que a requerente pretende impedir qualquer transmissão das comunicações de acusações ao FPÖ antes da decisão quanto ao fundo, independentemente da supressão dos nomes dos organismos de crédito em causa. A transmissão de versões não confidenciais das comunicações de acusações às «requerentes» resulta, todavia, obrigatoriamente do artigo 7.º do Regulamento n.º 2842/98. Ela não pressupõe decisão e não é, portanto, recorrível.
- 33 Por outro lado, a Comissão prevenira já a requerente, por carta de 5 de Novembro de 1999, de que procederia em conformidade com essa disposição. Ora, o presente pedido não visa a anulação de uma decisão adoptada à época.
- 34 Finalmente, a supor que a Comissão tenha tomado uma decisão respeitante à «admissão» do FPÖ como «requerente», trata-se somente de uma medida de organização do processo. Essa decisão não tem qualquer efeito jurídico susceptível de afectar os interesses da requerente modificando de forma caracterizada a sua situação jurídica, de forma que não pode ser objecto de recurso autónomo. Na sua carta de 27 de Março de 2001, o auditor limitara-se a confirmar à requerente que o interesse do FPÖ em apresentar um pedido fora reconhecido e reiterara a sua explicação a esse propósito. No que respeita ao reconhecimento do interesse do FPÖ, essa carta não constitui uma nova decisão, mas uma simples confirmação irrecorrível.
- 35 A requerente alega que o pedido de suspensão da execução da decisão controvertida é admissível. Em primeiro lugar, contesta que tenha sido tomada uma decisão pela Comissão, na sua carta de 5 de Novembro de 1999, quanto à qualidade de requerente do FPÖ. A esse propósito, a requerente sustenta que essa

carta é assinada por um director e não por um membro da Comissão. Além disso, na carta de 27 de Março de 2001 do auditor, era indicado que novas evoluções no processo levaram a Comissão a pronunciar-se de novo sobre um problema discutido no decurso da segunda metade do ano de 1999, problema para o qual não foi encontrada solução definitiva. O problema consistia em saber se o FPÖ deve ser considerado requerente para efeitos do disposto no artigo 3.º do Regulamento n.º 17. Ora, esse problema não foi resolvido definitivamente em 1999.

- 36 A decisão controvertida pode muito particularmente ser objecto de recurso autónomo do recurso da decisão final da Comissão porque produz efeitos jurídicos obrigatórios e causa prejuízo aos interesses da requerente. O interesse da requerente em pedir a suspensão da execução da decisão controvertida e, subsidiariamente, uma injunção de não transmissão das comunicações de acusações está demonstrado.
- 37 A transmissão a terceiros de documentos apresentados à Comissão no processo de inquérito pode ser objecto de recurso autónomo do recurso da decisão final da Comissão porque a empresa afectada pela referida transmissão pode ver o seu direito ao tratamento confidencial dos seus sigilos de negócios afectado de maneira definitiva e irreversível. A transmissão da comunicação de acusações a terceiros não constitui uma simples medida preparatória da decisão que põe termo ao processo. Isto ressalta particularmente do acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie/Comissão (53/85, Colect., p. 1965, n.º 20), bem como do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Dezembro de 1994, Postbank/Comissão (T-353/94 R, Colect., p. II-1141, n.º 25).
- 38 A decisão controvertida produz efeitos jurídicos que podem afectar, de maneira definitiva e irreversível, os direitos da requerente à confidencialidade das informações constantes das comunicações de acusações. A possibilidade de interpor recurso autónomo da decisão controvertida é, por isso, necessária para defesa dos direitos da requerente. Uma protecção jurídica mediante recurso da decisão que põe termo ao processo é tardia.

Apreciação do juiz das medidas provisórias

- 39 No que respeita ao argumento da Comissão de desrespeito pela requerente, no pedido de medidas provisórias, das condições expressas no n.º 1, alínea c), do artigo 44.º e no n.º 2 do artigo 104.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a Comissão limita-se a alegar que, contra o único acto contido na decisão controvertida, isto é, a resposta negativa à questão de saber se devem suprimir-se das versões não confidenciais das comunicações de acusações informações além das enumeradas nos anexos 1 e 2 da referida decisão controvertida, a requerente, no pedido de medidas provisórias, se limitou à enumeração de princípios de direito, sem indicar os factos e tão-pouco os relacionar com qualquer norma.
- 40 Resulta, no entanto, de uma leitura simples e coerente do pedido de medidas provisórias, nomeadamente do ponto 18 lido conjuntamente com o ponto 29, que a requerente contestou a recusa da Comissão em considerar as indicações relativas ao nome e ao endereço das empresas participantes no processo como sigilos de negócios que merecem tratamento confidencial e o facto de a Comissão se ter limitado a suprimir diversos nomes próprios e descrições de funções dos particulares visados.
- 41 Daí resulta que o pedido de medidas provisórias satisfaz as exigências do n.º 1, alínea c), do artigo 44.º e do n.º 2 do artigo 104.º do Regulamento de Processo para que um pedido de medidas provisórias seja formalmente admissível.
- 42 No que diz respeito à falta do pressuposto processual consistente na pretensa inadmissibilidade do recurso no processo principal, resulta de jurisprudência constante que esse problema não deve, em princípio, ser examinado no âmbito de um processo de medidas provisórias, sob pena de se julgar antecipadamente quanto ao fundo da causa. Pode, todavia, afigurar-se necessário, quando, como

no caso em apreço, a inadmissibilidade manifesta do recurso no processo principal em que se enxerta o pedido de medidas provisórias é suscitada, demonstrar a existência de determinados elementos que permitam concluir, à primeira vista, pela admissibilidade desse recurso [despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1988, Distriwet/Conselho, 376/87 R, Colect., p. 209, n.º 21, e de 12 de Outubro de 2000, Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa e o./Conselho, C-300/00 P(R), Colect., p. I-8797, n.º 34; despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Junho de 1999, Pfizer Animal Health/Conselho, T-13/99 R, Colect., p. II-1961, n.º 121].

43 No caso em apreço, o juiz das medidas provisórias considera, face aos argumentos avançados pela Comissão, que há que verificar se o recurso de anulação é manifestamente inadmissível.

44 Em primeiro lugar, no que respeita ao argumento da Comissão de inadmissibilidade manifesta do recurso principal decorrente do desrespeito, no pedido de anulação, das exigências do n.º 1, alínea c), do artigo 44.º do Regulamento de Processo, resulta da leitura dos pontos 18 e 29 desse pedido que a requerente invocou os mesmos fundamentos contidos no pedido de medidas provisórias, expostos no n.º 40, *supra*. Segue-se que, por razões idênticas às que presidiram à declaração da admissibilidade do pedido de medidas provisórias, o recurso de anulação não se afigura manifestamente inadmissível à luz do disposto no n.º 1, alínea c), do artigo 44.º do Regulamento de Processo.

45 Em seguida, no que respeita ao argumento da Comissão de inadmissibilidade manifesta do recurso principal na medida em que visa impedir toda a transmissão das comunicações de acusações, mesmo não confidenciais, ao FPÖ, deve sublinhar-se, a título preliminar, que esse argumento assenta essencialmente na pretensão de que a decisão de reconhecer o interesse legítimo, para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, a uma pessoa singular ou colectiva, não produz efeitos jurídicos autónomos e que a transmissão da comunicação de acusações a tal pessoa não constitui uma decisão recorrível, decorrendo directa e automaticamente do artigo 7.º do Regulamento n.º 2842/98.

- 46 Deve verificar-se se, como o Tribunal de Justiça exigiu no acórdão de 11 de Novembro de 1981 (IBM/Comissão, 60/81, Recueil, p. 2639, n.º 9), a decisão controvertida constitui uma medida que produz efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses do requerente, modificando de forma caracterizada a sua situação jurídica, ou se constitui uma simples medida preparatória contra cuja eventual ilegalidade o recurso da decisão que põe termo ao processo assegura protecção suficiente.
- 47 A esse propósito, a decisão de transmitir as comunicações de acusações ao FPÖ constitui formalmente um acto. Esse acto pressupõe uma decisão anterior pela qual a Comissão julgou que o FPÖ tinha a qualidade de requerente para efeitos do disposto no n.º 2, alínea b), do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e que este tinha, portanto, em conformidade com o disposto no artigo 7.º do Regulamento n.º 2842/98, o direito de receber cópia da versão não confidencial das comunicações de acusações.
- 48 Ora, no que respeita à decisão que fixa a posição processual do FPÖ, a Comissão, nas suas observações escritas, apenas está em condições de indicar que essa decisão foi adoptada em 1999. Na sua carta de 27 de Março de 2001, o auditor indica que novas evoluções no processo o levaram a debruçar-se de novo sobre um problema que foi discutido no decurso da segunda metade do ano de 1999, problema para o qual não fora encontrada uma solução definitiva. Tratava-se do pedido do FPÖ de ser considerado requerente para efeitos do disposto no artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e, portanto, de poder participar no processo e obter versões não confidenciais das comunicações de acusações. Daí resulta, à primeira vista, que foi, portanto, apenas na decisão controvertida que foi materializada a decisão que fixa a situação processual do FPÖ.
- 49 No que respeita às cartas dirigidas pela Comissão e pelo auditor à requerente antes da decisão controvertida, nenhuma delas anunciava que a Comissão ia proceder automaticamente à transmissão das versões não confidenciais das comunicações de acusações ao FPÖ. Pelo contrário, todas concediam à requerente a possibilidade de apresentar as suas observações sobre eventuais versões das referidas comunicações a transmitir. Daí resulta que essas cartas parecem constituir actos preparatórios, enquanto a decisão controvertida

contém, à primeira vista, a posição definitiva da Comissão quanto à transmissão das versões não confidenciais, segundo a Comissão, das comunicações de acusações ao FPÖ (v., neste sentido, despacho do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Maio de 1997, Peugeot/Comissão, T-90/96, Colect., p. II-663, n.ºs 34 e 36).

50 Estas circunstâncias confortam a conclusão *prima facie* de que foi apenas com a adopção da decisão controvertida que a situação jurídica da requerente pôde ser modificada de forma caracterizada e que os seus interesses puderam ser afectados.

51 É seguramente exacto que a eventual transmissão dos documentos se destina a facilitar a instrução do processo. A este respeito e para além do facto de não poder excluir-se que a decisão controvertida revista um carácter definitivo, deve, todavia, considerar-se que esta é independente da decisão que deve ocorrer sobre a existência da infracção ao artigo 81.º CE. A possibilidade de que dispõe a requerente de interpor recurso de uma decisão final que declare uma infracção às regras de concorrência não é de molde a dar-lhe uma protecção adequada dos seus direitos nessa matéria (v., neste sentido, acórdão AKZO Chemie/Comissão, já referido, n.º 20). Por um lado, o processo administrativo pode não acabar por uma decisão que declare a existência de uma infracção. Por outro, o recurso desta decisão, caso ocorra, não fornece, de qualquer forma, à requerente o meio de prevenir os efeitos que acarretaria uma transmissão irregular das comunicações de acusações em causa.

52 Nestas circunstâncias, não se exclui que a decisão controvertida, na medida em que incide igualmente sobre a transmissão ao FPÖ das versões não confidenciais das comunicações de acusações, constitua um acto recorrível e, portanto, que a requerente possa pedir a sua anulação nos termos do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE. Por conseguinte, a admissibilidade do presente pedido de medidas provisórias não poderá ser excluída.

53 Nestas circunstâncias, o juiz das medidas provisórias considera que há que examinar se as condições relativas à urgência e à ponderação dos interesses estão preenchidas.

Quanto à urgência e à ponderação de interesses

Argumentos das partes

- 54 A requerente alega que a execução imediata da decisão controvertida lhe causará danos materiais e imateriais graves que não poderão ser reparados, mesmo após a anulação da decisão controvertida.
- 55 As versões não confidenciais das comunicações de acusações que a Comissão desejaria transmitir ao FPÖ contêm informações em relação às quais a requerente tem o direito de exigir confidencialidade. O facto de o auditor encarar a hipótese de apagar diversos nomes e descrições de funções de pessoas singulares não basta para garantir essa confidencialidade. Na audição, a requerente especificou que outras informações deveriam ser consideradas confidenciais. A esse propósito, fez, nomeadamente, referência aos nomes dos destinatários das comunicações de acusações. A requerente considera, com efeito, que o facto de o FPÖ não a visar, especificamente, na sua denúncia de 24 de Junho de 1997 permite pensar que o FPÖ ignora que ela é posta em causa pela Comissão nessas comunicações de acusações. A requerente faz igualmente referência aos pontos 216, 218 e 219 da comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999, que contêm referências directas às funções das pessoas que assistiram a certas reuniões. No caso em apreço, essas referências permitem a identificação directa das pessoas visadas. O ponto 219 contém, além disso, informações relativas a certas condições praticadas pelos bancos, que a requerente considera sigilos de negócios.
- 56 Por outro lado, o facto de a Comissão ter decidido não transmitir uma parte dos documentos anexados às comunicações de acusações não impede que um prejuízo grave e irreparável seja causado à requerente, na medida em que a Comissão cita documentos de maneira literal e extensiva nessas comunicações.

- 57 O interesse da requerente no tratamento confidencial das informações que figuram nas comunicações de acusações resulta fundamentalmente do facto de estas terem sido formuladas no termo de um processo contraditório. As comunicações de acusações não exprimem em que medida a requerente se defendeu das críticas formuladas a seu respeito. O carácter unilateral do conteúdo das comunicações de acusações e a possibilidade de poderem ser infundadas não pode transparecer directamente para um terceiro e podem levar este a tirar conclusões injustificadas e desfavoráveis à requerente, ou mesmo a condenar esta antecipadamente.
- 58 Esse risco é particularmente pertinente no contexto de uma acção conjunta pendente nos órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos da América. Com efeito, no quadro de tal acção, as acusações podem ser dissecadas pelas requerentes sem ter em consideração o seu carácter provisório e unilateral, e sem que a requerente disponha de recurso jurisdicional em relação a esse aspecto. A Comissão, da mesma forma que a requerente, não dispõe de meios jurídicos que permitam evitar que as comunicações de acusações, uma vez transmitidas ao FPÖ, sejam dadas ou vendidas às referidas requerentes.
- 59 Nestas circunstâncias, a requerente alega que a execução imediata da decisão controvertida lhe causará danos materiais e imateriais graves e irreparáveis. Será mais que provável que o FPÖ torne públicas as comunicações de acusações ou o seu conteúdo e desacredite a requerente aos olhos dos seus clientes e empregados e junto do público em geral. Essa condenação antecipada acarretaria a perda de clientela em proveito de outros bancos.
- 60 A execução da decisão controvertida antes do acórdão no processo principal privaria de efeito a eventual anulação dessa decisão por esse acórdão, pois seria então impossível anular a transmissão das comunicações de acusações. O FPÖ — tal como o público — teria conhecimento das acusações.

- 61 A urgência também não pode ser negada com o fundamento de que a requerente, como afirmou a Comissão, podia escolher a via de uma acção judicial nos órgãos jurisdicionais nacionais. A Comissão não pode transferir a fiscalização da legalidade para os órgãos jurisdicionais nacionais. Como no caso concreto, por se tratar da interpretação do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e do artigo 7.º do Regulamento n.º 2842/98, os órgãos jurisdicionais nacionais seriam de qualquer forma obrigados a solicitar a intervenção do Tribunal de Justiça para decisão a título prejudicial.
- 62 As consequências, acima descritas, da execução imediata da decisão controvertida conferem à requerente um interesse preponderante em que seja provisoriamente suspensa essa execução e ordenada uma medida provisória que proíba a transmissão das comunicações de acusações ao FPÖ.
- 63 No caso em apreço, o interesse da Comissão numa conclusão rápida do processo de instrução não merece protecção, dado que, até ao presente, tem descurado resolver definitivamente o diferendo existente entre as partes quanto à legalidade da transmissão, que subsiste desde 1997 ou, pelo menos, desde Outubro de 1999. Não pode em caso algum ser imputado à requerente que a Comissão só agora queira transmitir as comunicações de acusações, quando a instrução atinge o seu termo. Nestas condições, deve reconhecer-se prevalência ao interesse da requerente em que danos irreversíveis sejam evitados e preservado o *statu quo*.
- 64 A Comissão alega que a argumentação da requerente quanto à pretensa urgência do seu pedido de medidas provisórias assenta num circulo vicioso. A requerente só poderia opor-se à transmissão das comunicações de acusações ao FPÖ se essa transmissão acarretasse os «prejuízos morais irreversíveis» que a requerente alega. Segundo os próprios dizeres desta, tal só poderia acontecer se as versões das comunicações transmitidas contivessem indicações confidenciais. Ora, as únicas indicações confidenciais que figuram nas versões cuja transmissão é invocada na decisão controvertida são, segundo as declarações da requerente por

ocasião da audição que precedeu a adopção da decisão controvertida e no quadro do seu pedido de medidas provisórias, os nomes dos organismos de crédito em causa. A requerente fundamentou essa alegação invocando apenas o eventual uso abusivo desses nomes pelo FPÖ para fins políticos.

- 65 Todavia, os nomes dos organismos de crédito austríacos em causa não são confidenciais. O seu eventual uso pelo FPÖ é, por isso, sem pertinência no quadro do presente processo.

Apreciação do juiz das medidas provisórias

— Quanto à urgência

- 66 Decorre de jurisprudência constante que o carácter urgente de um pedido de medidas provisórias deve ser apreciado por referência à necessidade de decidir a título provisório, a fim de evitar um prejuízo grave e irreparável à parte que solicita a medida provisória. É a esta última que incumbe provar que não poderá esperar o desfecho do processo principal, sem suportar um prejuízo dessa natureza (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2000, Grécia/Comissão, C-278/00 R, Colect., p. I-8787, n.º 14; despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Julho de 1998, Prayon-Rupel/Comissão, T-73/98 R, Colect., p. II-2769, n.º 36, e de 20 de Julho de 2000, Esedra/Comissão, T-169/00 R, Colect., p. II-2951, n.º 43).

- 67 Embora seja exacto que para provar a existência de um prejuízo grave e irreparável não é necessário demonstrar a ocorrência do prejuízo com um grau de

certeza absoluta e que basta que este seja previsível com um grau de probabilidade suficiente, não é menos verdade que a requerente é obrigada a provar os factos que são supostos fundamentar a possibilidade de tal prejuízo grave e irreparável [despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1999, HFB e o./Comissão, C-335/99 P(R), Colect., p. I-8705, n.º 67, e Grécia/Comissão, já referido, n.º 15].

- 68 Para a apreciação dos prejuízos alegados devem distinguir-se os provocados pela revelação das informações que a requerente considera confidenciais dos provocados pela simples transmissão das comunicações de acusações ao FPÖ, independentemente das informações pretensamente confidenciais.

— Quanto à revelação ao FPÖ das informações pretensamente confidenciais

- 69 Deve, em primeiro lugar, recordar-se que as informações de que se trata estão contidas nas versões não confidenciais, segundo a Comissão, das comunicações de acusações, versões que a Comissão se propõe elaborar e transmitir ao FPÖ. A requerente alega que essas informações, e, em particular, o seu nome, deveriam ser suprimidas das referidas versões. Todavia, há que reconhecer que a requerente não demonstrou que a transmissão ao FPÖ de versões das comunicações de acusações contendo a referência ao seu nome possa causar-lhe um prejuízo grave e irreparável. Aliás, esse risco é tanto menos real quanto a requerente é já citada, especificamente, como uma das demandadas na acção conjunta actualmente pendente nos órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos da América. Por outro lado, por ocasião da audição, a requerente não contestou que o seu nome fosse já mencionado pela imprensa, em ligação com o processo COMP/36.571. Finalmente, embora seja verdade, como alega a requerente, que o seu nome não aparecia na denúncia apresentada pelo FPÖ à Comissão em 24 de Junho de 1997, esse facto não basta para fazer do seu nome uma informação confidencial.

- 70 Na audição, a requerente especificou que outras informações contidas na versão não confidencial da comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999 devem ser consideradas confidenciais. A esse propósito, fez referência aos pontos 193, 215, 216, 218 e 219 dessa comunicação de acusações. Como resulta do n.º 24, *supra*, a Comissão, na carta de 15 de Novembro de 2001, aceitou modificar os pontos 193 e 215 no sentido pedido pela requerente. Por isso, deve concentrar-se o presente exame nos pontos 216, 218 e 219 da referida comunicação de acusações.
- 71 No que respeita a esses pontos, que contêm referências directas às funções de pessoas singulares, deve recordar-se que resulta de jurisprudência constante que só os danos susceptíveis de ser causados à requerente podem ser tomados em consideração no quadro do exame da condição da urgência (despacho Pfizer Animal Health/Conselho, já referido, n.º 136). Segue-se que eventuais prejuízos à reputação pessoal de certos empregados da requerente não podem ser tomados em consideração no quadro do exame da referida condição, salvo se a requerente demonstrar que tal atentado é susceptível de causar prejuízo grave à sua própria reputação. Ora, tal não acontece no caso em apreço. Com efeito, a requerente limita-se a afirmações em relação a pretensos prejuízos à reputação dos seus empregados, sem dar esclarecimentos a seu respeito e, por conseguinte, sem demonstrar onexo causal entre esses eventuais prejuízos e o alegado prejuízo à sua própria reputação.
- 72 Por outro lado, no ponto 219 da comunicação de acusações de 10 de Setembro de 1999, a Comissão refere-se a certas condições praticadas pelos bancos que, em sua opinião, tinham sido discutidas numa reunião de 30 de Abril de 1996. A requerente reconheceu implicitamente, na audição, que esses dados, que datam de há cinco anos, já não são de actualidade. Além disso, não demonstrou em que a sua divulgação poderia causar-lhe prejuízo grave e irreparável.

- 73 Deve, por isso, reconhecer-se que a requerente não demonstrou que a divulgação das informações que considera confidenciais possa basear a perspectiva de um dano grave e irreparável.

— Quanto à simples transmissão das comunicações de acusações ao FPÖ, independentemente das informações pretensamente confidenciais

- 74 Os prejuízos graves e irreparáveis alegados pela requerente são constituídos, em primeiro lugar, por danos materiais, isto é, perda de clientela e, em segundo lugar, por danos imateriais, isto é, o prejuízo para a sua reputação. Esses prejuízos decorreriam da condenação antecipada a que a requerente receia estar exposta junto de terceiros, bem como da provável apresentação, segundo a requerente, das comunicações de acusações na acção conjunta em curso nos Estados Unidos da América.

- 75 No tocante aos alegados prejuízos materiais e, mais precisamente, à pretensa perda de clientela, esta reveste carácter financeiro tendo em conta o facto de consistir num lucro cessante. Ora, está assente que um prejuízo de ordem financeira não pode, salvo circunstâncias excepcionais, ser considerado irreparável ou mesmo dificilmente reparável, já que pode ser objecto de compensação financeira posterior (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1991, Abertal e o./Comissão, C-213/91 R, Colect., p. I-5109, n.º 24, e despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Novembro de 1995, Eridania e o./Conselho, T-168/95 R, Colect., p. II-2817, n.º 42).

- 76 Aplicando estes princípios, a suspensão requerida só se justificaria, nas circunstâncias do caso em apreço, se fosse evidente que, na sua falta, a requerente se encontraria numa situação susceptível de pôr em perigo a sua própria existência ou de modificar de maneira irremediável as suas quotas de mercado. Ora, a

requerente não forneceu qualquer prova que permita considerar que, sem a suspensão da execução, se encontraria em tal situação.

- 77 De qualquer forma, deve reconhecer-se que a perda de clientela receada pela requerente constitui um prejuízo de natureza puramente hipotética, porquanto supõe a ocorrência de eventos futuros e incertos, isto é, uma exploração pública das comunicações de acusações pelo FPÖ com o objectivo de a desacreditar (v., neste sentido, despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Julho de 1994, EISA/Comissão, T-239/94 R, Colect., p. II-703, n.º 20, de 2 de Dezembro de 1994, Union Carbide/Comissão, T-322/94 R, Colect., p. II-1159, n.º 31, e de 15 de Janeiro de 2001, Le Canne/Comissão, T-241/00 R, Colect., p. II-37, n.º 37).
- 78 No tocante ao prejuízo grave e irreparável que decorreria, segundo a requerente, da apresentação das comunicações de acusações na acção conjunta em curso nos Estados Unidos da América, deve reconhecer-se que se trata igualmente de um prejuízo de natureza puramente hipotética, porquanto supõe, em primeiro lugar, a transmissão das referidas comunicações de acusações pelo FPÖ às demandantes nessa acção conjunta e, em segundo lugar, a admissão desses documentos como elementos de prova pelos órgãos jurisdicionais americanos.
- 79 Quanto aos alegados prejuízos imateriais, deve reconhecer-se que a requerente não forneceu elementos que possam fundamentar, com um grau de probabilidade suficiente, a perspectiva de um dano grave e irreparável à sua reputação. Por si só, a perspectiva, de resto hipotética, de que o FPÖ utilize as comunicações de acusações para fins políticos ou torne públicas informações não confidenciais relativas à requerente não permite ao juiz das medidas provisórias chegar a outra conclusão. A esse propósito, deve salientar-se que, como o auditor recordou, em substância, à requerente, na carta de 27 de Março de 2001, a transmissão da comunicação de acusações ao denunciante opera-se só no quadro e para efeitos do processo instaurado pela Comissão. Considera-se por isso que o denunciante utiliza as informações contidas nessa comunicação unicamente nesse contexto. A esse propósito, deve reconhecer-se que qualquer utilização imprópria ou desleal das informações contidas nas comunicações de acusações poderá, sendo o caso, ser contestada perante o juiz nacional.

- 80 Decorre do que precede que a requerente não demonstrou que a condição da urgência está preenchida. Tanto basta para o indeferimento do presente pedido de medidas provisórias.

— Quanto à ponderação de interesses

- 81 De qualquer forma, a ponderação, por um lado, do interesse da requerente em obter a suspensão da execução solicitada e, por outro, do interesse público inerente à execução das decisões adoptadas no âmbito dos Regulamentos n.º 17 e n.º 2842/98, e dos interesses de terceiros directamente afectados por uma eventual suspensão da execução da decisão controvertida, conduz ao indeferimento do presente pedido.
- 82 Com efeito, no caso em apreço, o interesse comunitário em que os terceiros aos quais a Comissão reconheceu interesse legítimo em apresentar um pedido para efeitos do disposto no artigo 3.º do Regulamento n.º 17 possam estar em condições de apresentar observações úteis sobre as acusações formuladas pela Comissão deve prevalecer sobre o da requerente em adiar a transmissão das comunicações de acusações.
- 83 Não estando satisfeita a condição relativa à urgência e não pendendo a ponderação de interesses a favor da suspensão da execução da decisão controvertida, há que indeferir o presente pedido, sem necessidade de examinar os outros argumentos invocados pela requerente e relativos ao *fumus boni juris* do seu pedido.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

decide:

- 1) O pedido de medidas provisórias é indeferido.
- 2) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.

Proferido no Luxemburgo, em 20 de Dezembro de 2001.

O secretário

J. Hung

O presidente

B. Vesterdorf