

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTONIO TIZZANO
apresentadas em 8 de Julho de 2004¹

Índice

I —	Quadro normativo	I - 5441
A —	Artigo 81.º CE e Regulamento n.º 17/62	I - 5441
B —	Orientações gerais para o cálculo das coimas	I - 5441
C —	Comunicação da Comissão sobre a cooperação das empresas	I - 5443
II —	Matéria de facto e tramitação processual	I - 5444
A —	Matéria de facto na origem do litígio	I - 5444
B —	Decisão impugnada	I - 5445
C —	Tramitação no Tribunal de Primeira Instância e os acórdãos recorridos	I - 5448
D —	Tramitação no Tribunal de Justiça	I - 5453
III —	Análise jurídica	I - 5454
A —	Fundamentos relativos aos métodos de cálculo e ao montante das coimas	I - 5454
1.	Quanto à excepção da ilegalidade das orientações	I - 5454
a)	Quanto à admissibilidade da excepção	I - 5454
b)	Quanto ao mérito da excepção	I - 5456
c)	Quanto a alguns aspectos específicos da excepção	I - 5459
2.	Quanto aos fundamentos relativos à violação do princípio da proporcionalidade e da igualdade de tratamento	I - 5462

1 — Língua original: italiano.

3.	Fundamentos relativos à violação dos princípios da protecção da confiança legítima e da não retroactividade	I - 5470
a)	Quanto à violação da confiança legítima	I - 5470
b)	Violação do princípio da não retroactividade	I - 5473
4.	Quanto aos fundamentos relativos à violação dos direitos de defesa	I - 5475
5.	Quanto aos fundamentos relativos à violação do dever de fundamentação na fase da determinação do montante da coima	I - 5476
B —	Fundamentos referentes à situação individual das recorrentes	I - 5478
1.	Quanto aos fundamentos relativos à aplicação errada do n.º 1 do artigo 81.º CE, no que respeita à participação de uma empresa num acordo	I - 5478
2.	Quanto aos fundamentos relativos à não tomada em consideração de circunstâncias atenuantes e agravantes	I - 5481
3.	Quanto aos fundamentos relativos à violação das regras processuais	I - 5485
IV —	Quanto às despesas	I - 5487
V —	Conclusão	I - 5487

1. Os presentes processos têm por objecto os recursos interpostos pelas sociedades Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e o. (a seguir «grupo Isoplus»), KE-KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, T-9/99, Isoplus/Comissão,

T-15/99, Brugg/Comissão, T-16/99, Lögstör Rör/Comissão, T-17/99, KE-KELIT/Comissão, T-21/99, Dansk Rørindustri/Comissão, T-23/99, LR AF 1998 A/S/Comissão, T-31/99, ABB/Comissão (a seguir «acórdãos recorridos») ², nos quais foi confirmada, no essencial, a Decisão 1999/60/CE da Comissão, de 21 de Outubro de 1998, «relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE» (a seguir «decisão impugnada») ³.

2 — Respectivamente, Colect., pp. II-1487, II-1613, II-1633, II-1647, II-1681, II-1705 e II-1881.

3 — JO 1999, L 24, p. 1.

I — Quadro normativo

A — Artigo 81.º CE e Regulamento n.º 17/62

2. Como se sabe, o artigo 81.º CE proíbe «todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum».

3. A Comissão pode punir esses comportamentos aplicando coimas às empresas que os tenham posto em prática.

4. O artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17/62 do Conselho (a seguir «Regulamento n.º 17»)⁴ estabelece que:

«A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas

multas de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta, podendo este montante ser superior desde que não exceda dez por cento do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente:

a) Cometam uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º ou no artigo 86.º do Tratado,

b) [...]

Para determinar o montante da multa, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.»

B — Orientações gerais para o cálculo das coimas

5. A fim de assegurar a transparência e o carácter objectivo das próprias decisões na matéria, a Comissão adoptou, em 1998, as

4 — JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22.

orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (a seguir «orientações») ⁵.

6. De acordo com a metodologia contida nas orientações, o montante da coima é, no essencial, determinado através de uma série de fases sucessivas.

7. Num primeiro momento, a Comissão determina o montante de base da coima «em função da gravidade e da duração da infracção» (ponto 1 das orientações). Quanto ao primeiro aspecto, as infracções são classificadas como «pouco graves, graves e muito graves» ⁶ atendendo ao carácter da própria infracção, o seu impacto concreto no mercado e à dimensão do mercado geográfico de referência. No que diz respeito à duração, as infracções estão divididas em infracções de curta duração (inferiores a um ano), de duração média (de 1 a 5 anos) e de longa duração (mais de 5 anos).

5 — JO 1998, C 9, p. 3.

6 — As orientações prevêem, em função da gravidade da infracção, montantes fixos que constituem, juntamente com a avaliação da duração da infracção, o montante de base do cálculo da coima. Para as infracções «pouco graves», a coima aplicável é de 1 000 euros a 1 milhão de euros; para as infracções «graves» de 1 milhão de euros a 20 milhões de euros e para as infracções «muito graves» o montante previsto é superiores a 20 milhões de euros (ponto 1, parte A, das orientações).

8. Uma vez determinado o montante de base da coima, a Comissão aprecia seguidamente se o mesmo deve ser aumentado em função de circunstâncias agravantes ⁷ ou diminuído em função de circunstâncias atenuantes ⁸.

9. O ponto 5, alínea a), das orientações, estatui que:

«É evidente que o resultado final do cálculo da coima de acordo com este método (montante de base corrigido por percentagem de majoração e de diminuição) nunca poderá ultrapassar 10% do volume de

⁷ — O ponto 2 das orientações prevê um «[a]umento do montante de base [da coima] em função de circunstâncias agravantes específicas, como por exemplo:
— reincidência da ou das mesmas empresas relativamente a uma infracção do mesmo tipo;
— recusa de qualquer cooperação, ou mesmo tentativas de obstrução durante o desenrolar da investigação;
— papel de líder ou de instigador da infracção;
— medidas de retaliação em relação a outras empresas para fazer 'respeitar' as decisões ou práticas ilícitas;
— necessidade de majorar a sanção para ultrapassar o montante dos ganhos ilícitos obtidos graças à infracção quando tal estimativa for objectivamente possível;
— outras».

⁸ — Nesse sentido, o ponto 3 das orientações especifica que: «Diminuição do montante de base em função de circunstâncias atenuantes específicas, como por exemplo:
— papel exclusivamente passivo ou 'seguidista' na infracção cometida;
— não aplicação efectiva dos acordos ou práticas ilícitos;
— ter posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão (nomeadamente verificações);
— existência de dúvidas razoáveis da empresa sobre o carácter de infracção do comportamento restritivo;
— infracções cometidas por negligência e não de forma deliberada;
— colaboração efectiva da empresa no processo, fora do âmbito de aplicação da comunicação de 18 de Julho de 1997 sobre a não imposição ou redução do montante das coimas;
— outras».

negócios mundial das empresas nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.»

durante as suas investigações sobre um acordo, decisão ou prática concertada poderão beneficiar da não aplicação ou da redução da coima que, em princípio, lhes seria aplicada» (ponto 3 da comunicação sobre a cooperação).

10. No respeito do limite de 10%, o montante assim calculado pode, pois, ser adaptado ulteriormente nos termos do ponto 5, alínea b), das orientações, com base na apreciação, por parte da Comissão, de «certos dados objectivos, tais como o contexto económico específico, a vantagem económica ou financeira eventualmente obtida pelos autores da infracção [...], as características específicas da empresa em causa, bem como a sua capacidade contributiva real num contexto social determinado».

13. Na referida comunicação, a Comissão especifica que a empresa que pretenda beneficiar do tratamento favorável previsto na comunicação deve «contactar a Direcção-Geral da Concorrência da Comissão» através de uma pessoa com poder para representar a empresa para este efeito.

C — Comunicação da Comissão sobre a cooperação das empresas

11. Com o objectivo de favorecer a cooperação das empresas com os seus serviços, a Comissão adoptou em 1996 a «comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas entre empresas» (a seguir «comunicação sobre a cooperação») ⁹.

14. O comportamento da empresa que queira colaborar é depois apreciado pela Comissão no momento da determinação das coimas a aplicar.

12. Esta comunicação tem por objectivo a definição «[d]as condições com base nas quais as empresas que com ela cooperem

15. Na prática, a colaboração prestada pela empresa pode dar lugar, de acordo com o momento em que ocorreu e da sua particular utilidade para os serviços da Comissão, a) à não aplicação ou a uma redução muito

9 — JO C 207, p. 4.

substancial da coima¹⁰, b) à redução substancial da coima¹¹ ou c) à redução significativa da coima¹².

II — Matéria de facto e tramitação processual

16. A Comissão específica que «a cooperação de uma empresa mais não é do que um dos vários elementos a tomar em conta para a fixação do montante de uma coima» e que a aplicação das disposições da comunicação sobre a cooperação «não retira [...] a possibilidade de conceder uma redução da coima por outras razões».

A — Matéria de facto na origem do litígio

17. Nos acórdãos recorridos¹³, os factos na origem do litígio foram descritos da seguinte forma:

10 — O ponto B da comunicação sobre a cooperação prevê que:

«uma empresa que:

a) Denuncie um acordo, decisão ou prática concertada secretos à Comissão antes desta ter procedido a uma verificação, após ter adoptado a pertinente decisão, nas empresas envolvidas no acordo, decisão ou prática concertada e sem que a Comissão disponha previamente de informações suficientes para provar a existência do acordo, decisão ou prática concertada denunciados;

b) Seja a primeira a produzir elementos determinantes que provem a existência do acordo, decisão ou prática concertada;

c) Ponha termo à sua participação na actividade ilícita o mais tardar no momento em que denuncia o acordo, decisão ou prática concertada;

d) Apresente à Comissão todas as informações úteis, bem como toda a documentação e provas de que dispõe sobre o caso, mantendo uma cooperação permanente e total durante toda a investigação;

e) Não tenha coagido outra empresa a participar no acordo, decisão ou prática concertada nem tenha desempenhado um papel de instigação ou determinante na actividade ilícita, beneficiará de uma redução de, pelo menos, 75% do montante da coima que lhe teria sido aplicada se não se propusesse cooperar, podendo inclusivamente ser totalmente isentada da mesma».

11 — O ponto C da comunicação sobre cooperação específica que:

«Uma empresa que, preenchendo as condições descritas no ponto B, alíneas b) a e) *supra*, denuncie um acordo, decisão ou prática concertada secretos depois de a Comissão ter procedido a uma verificação, após ter adoptado a pertinente decisão, em qualquer das empresas envolvidas no acordo, decisão ou prática concertada sem que essa verificação tenha podido constituir uma base suficiente para justificar o início do processo com vista à tomada de uma decisão, beneficiará de uma redução de 50% a 75% do montante da coima».

12 — O ponto D da comunicação sobre cooperação prevê que: «1.

A partir do momento em que uma empresa se propõe cooperar sem se encontrarem preenchidas todas as condições expostas nos pontos B ou C, a mesma beneficiará de uma redução de 10% a 50% do montante da coima que lhe teria sido aplicada na falta da sua cooperação. 2. Esta situação pode verificar-se, nomeadamente, se:

— uma empresa, antes do envio de uma comunicação de acusações, fornecer à Comissão informações, documentação ou outras provas que contribuam para confirmar a existência da infracção,

— uma empresa, após ter recebido a comunicação de acusações, informar a Comissão de que não contesta a materialidade dos factos em que a Comissão baseia as suas acusações».

«1. [As recorrentes são sociedades que operam no sector do aquecimento urbano].

2. Nos sistemas de aquecimento urbano, a água aquecida numa instalação central é, seguidamente, transportada por condutas subterrâneas para os locais a aquecer. Dado que a temperatura da água (ou do vapor) transportada é muito elevada, as condutas devem ser revestidas termicamente para garantir uma distribuição económica e sem riscos. As condutas utilizadas têm um revestimento térmico e, para esse efeito, são geralmente constituídas por um tubo de aço envolvido num tubo de plástico, com uma camada de espuma isolante entre os dois.

13 — Chamamos a atenção para o facto de que, no que se refere à descrição do quadro factual e às outras citações dos acórdãos recorridos faremos principalmente referência, vista a substancial identidade dos fundamentos dos acórdãos recorridos, unicamente a um dos acórdãos, isto é, o acórdão T-23/99, LR AF 1998/Comissão.

3. As condutas de aquecimento urbano são objecto de importantes trocas comerciais entre os Estados-Membros. Os maiores mercados nacionais da União Europeia são a Alemanha, com 40% do consumo comunitário, e a Dinamarca, com 20%. Com 50% da capacidade de fabrico da União Europeia, a Dinamarca é o principal centro de produção [e] abastece todos os Estados-Membros em que é utilizado o aquecimento urbano.
4. Por denúncia de 18 de Janeiro de 1995, a empresa sueca Powerpipe AB assinou à Comissão que os outros fabricantes e fornecedores de condutas de aquecimento urbano tinham repartido entre si o mercado europeu através de um cartel e tinham adoptado medidas concertadas para prejudicar a sua actividade ou limitar essa actividade ao mercado sueco, ou mesmo suprimi-la pura e simplesmente do sector.»
- adoptou a decisão impugnada, através da qual:
- imputou à Dansk Rørindustri A/S, à Henss/Isoplus Group, à Pan-Isovit GmbH, à KE-KELIT Kunststoffwerk GmbH, à LR AF 1998 A/S, à Brugg Rohrsysteme GmbH, à LR AF 1998 GmbH, à ABB Asea Brown Boveri Ltd, à Sigma Technologie di Rivestimento Srl e à Tarco Energi A/S uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, que consiste na participação «num conjunto de acordos e práticas concertadas no sector dos tubos com revestimento térmico que tiveram início aproximadamente em Novembro/Dezembro de 1990 entre os quatro produtores dinamarqueses e que foi posteriormente alargado a outros mercados nacionais, e aos quais se associaram a Pan-Isovit e a Henss/Isoplus, antes de constituírem, no final de 1994, um cartel global que abrangia o conjunto do mercado comum» (artigo 1.º);

B — Decisão impugnada

18. Na sequência da denúncia da Powerpipe AB, a Comissão instaurou um inquérito administrativo a fim de averiguar da existência de eventuais violações do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE (actual artigo 81.º, n.º 1, CE). No termo do inquérito, a Comissão

- ordenou às referidas empresas que pusessem termo às infracções constatadas e que se abstivessem «no âmbito do seu sector de actividade dos tubos com revestimento térmico, de qualquer acordo e de qualquer prática concertada susceptíveis de terem um objecto ou um efeito idêntico ou semelhante, incluindo qualquer troca de informações comerciais que possam permitir-lhes controlar o cumprimento de qualquer acordo tácito ou expreso relativo à partilha

- de mercados, à fixação de preços ou à apresentação de propostas concertadas na Comunidade Europeia» (artigo 2.º);
- e aplicou:
 - HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft;
 - Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH;
 - a) à ABB Asea Brown Boveri Ltd, uma coima de 70 000 000 euros;
 - Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen;
 - b) à Brugg Rohrsysteme GmbH, uma coima de 925 000 euros;
 - Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH-Stille Gesellschaft;
 - c) à Dansk Rørindustri A/S, uma coima de 1 475 000 euros;
 - Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg;
 - d) ao grupo Henss/Isoplus, uma coima de 4 950 000 euros, relativamente ao qual são solidariamente responsáveis as seguintes empresas:
 - e) à KE-KELIT Kunststoffwerk Ges. mbH, uma coima de 360 000 euros;
 - f) à Oy KWH Tech AB, uma coima de 700 000 euros;
 - HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & CO. KG;
 - g) à Løgstør Rør A/S, uma coima de 8 900 000 euros;

- h) à Pan-Isovit GmbH, uma coima de 1 500 000 euros;
- i) à Sigma Technologie di rivestimento S.r.l., uma coima de 400 000 euros;
- j) à Tarco Energi A/S, uma coima de 3 000 000 euros.

19. Na fundamentação da decisão, a Comissão declarou a existência, a partir de finais de 1990, de uma série de acordos e de práticas concertadas contrários ao artigo 81.º CE, postos em prática pelas recorrentes, inicialmente limitados ao mercado dinamarquês (a seguir «cartel dinamarquês») e posteriormente alargados a todo o mercado europeu (a seguir «cartel europeu») dos tubos para os sistemas de aquecimento urbano, e destinados, essencialmente, a) a repartir o mercado europeu entre os vários produtores através de um sistema de quotas, b) a eliminar o único concorrente directo (Powerpipe AB) que não fazia parte do acordo, c) a fixar os preços dos produtos, d) a atribuir os projectos a produtores designados antecipadamente e e) a manipular os concursos públicos (n.ºs 28 a 127 da decisão).

20. A Comissão sublinhou, além disso, que os cartéis dinamarquês e europeu consti-

tuíam a expressão de um único acordo que, embora com origem na Dinamarca, tinha desde o início como objectivo, a longo prazo, alargar o controlo dos participantes a todo o mercado europeu. Tal comportamento anti-concorrencial tinha prejudicado consideravelmente as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

21. No que se refere ao aspecto mais importante sobre o qual somos chamados a pronunciar-nos nos casos vertentes, ou seja, o cálculo das coimas aplicadas às sociedades, a Comissão considerou que os comportamentos das empresas supramencionadas no mercado europeu das condutas para aquecimento urbano são constitutivos de uma infracção muito grave ao artigo 81.º, n.º 1, CE justificando a aplicação de uma coima de um montante fixo de base de pelo menos 20 milhões de euros (n.º 165 da decisão impugnada) a cada empresa.

22. Uma vez fixado o montante base da coima em razão unicamente da gravidade da infracção censurada, a Comissão apreciou seguidamente o peso específico e, portanto, o impacto real dos comportamentos ilícitos de cada empresa sobre a concorrência, por forma a a) adequar o montante da coima em razão da efectiva capacidade dos autores da infracção de causar um importante prejuízo à concorrência e b) garantir à sanção um efeito suficientemente dissuasivo.

23. Assim, a Comissão subdividiu as empresas em quatro categorias, de acordo com a respectiva dimensão no mercado comunitário relevante. A cada categoria, a Comissão fez corresponder montantes de base diferentes, subdivididos da seguinte forma: ao primeiro grupo, composto pela ABB, foi aplicado um montante fixo de base igual a 20 milhões de euros; ao segundo grupo, composto pela Lögstör, um montante de 10 milhões de euros; ao terceiro grupo, composto pela Tarco, a Starpipe, a Henss/Isoplus e a Pan-Isovit, um montante de 5 milhões de euros; ao quarto grupo, composto pela Brugg, a KWH, a KE-KELIT e a Sigma, um montante de 1 milhão de euros.

24. Seguidamente, para cada uma das empresas consideradas, a Comissão fixou o montante da coima, tendo em conta a) a duração da participação nos acordos e b) eventuais circunstâncias atenuantes ou agravantes. Para o caso do montante da coima assim calculado exceder 10% do volume de negócios mundial da empresa considerada, a Comissão reduziu o montante da coima de modo a não ultrapassar aquele limite (n.º 167 da decisão impugnada).

25. Por último, a Comissão aplicou, caso a caso, as reduções previstas na comunicação sobre a cooperação (n.º 166 da decisão impugnada).

C — Tramitação no Tribunal de Primeira Instância e os acórdãos recorridos

26. Por recursos entrados na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância entre 18 e 25 de Janeiro de 1999, as sociedades Brugg Rohrsysteme, Lögstör Rör, KE-KELIT Kunststoffwerk, Dansk Rörindustri, LR AF 1998, Sigma Technologie di Rivestimento, ABB Asea Brown Boveri, HFB Holding KG, HFB Holding GmbH, Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus GmbH, pediram a anulação da decisão recorrida, ou a título subsidiário, a redução do montante da coima aplicada pela Comissão.

27. Cada uma delas levantou objecções relativas à sua situação específica. No entanto, a vários títulos, todas elas formularam, relativamente ao processo de fixação da coima, uma série de censuras relativas: a) à ilegalidade das orientações; b) à violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento; c) à violação do princípio da não retroactividade e da confiança legítima; d) à violação dos direitos de defesa das recorrentes; e e) à fundamentação da decisão recorrida.

28. Resumimos aqui a resposta do Tribunal a estas acusações, não sem primeiro assinalar que, de acordo com o Tribunal, no caso vertente, é pacífico que a Comissão tinha fixado a coima aplicada às empresas em conformidade com o método geral para o cálculo do montante das coimas enunciado nas orientações.

29. a) Posto isto, lembramos que o Tribunal apreciou, antes de mais, a excepção de ilegalidade das orientações deduzida por algumas empresas recorrentes ao abrigo do artigo 241.º CE.

30. No entender destas últimas, nessas orientações, a Comissão fixou montantes de base para o cálculo das coimas de tal modo elevados que ficou privada do poder discricionário, que lhe é atribuído pelo artigo 15.º do Regulamento n.º 17, de modular essas coimas tendo em consideração todos os factores relevantes, incluindo eventuais circunstâncias atenuantes.

31. A esse respeito, embora reconhecendo que a Comissão tinha adoptado uma metodologia de cálculo das coimas não inteiramente baseada no volume de negócios das empresas interessadas, o Tribunal, contudo, excluiu que se tivesse afastado da interpretação do referido artigo 15.º Isto, em seu entender, porque «a Comissão não é obrigada, ao proceder à determinação do montante das coimas em função da gravidade e da duração da infracção em questão, a efectuar o cálculo da coima a partir de montantes baseados no volume de negócios das empresas envolvidas, nem a assegurar, no caso de as coimas serem impostas a várias empresas implicadas numa mesma infracção, que os montantes finais das coimas a que o seu cálculo conduziu relativamente às empresas envolvidas traduzam toda e qualquer diferença entre elas quanto ao seu volume de negócios global ou quanto ao seu volume de negócios no mercado do produto

em causa. A este respeito, há que recordar a jurisprudência assente, segundo a qual a gravidade das infracções deve ser apreciada em função de um grande número de elementos, tais como, nomeadamente, as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem que tenha sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração [...]. Com efeito, resulta da jurisprudência que a Comissão tem o direito de calcular uma coima em função da gravidade da infracção e sem ter em conta os diversos volumes de negócios das empresas envolvidas»¹⁴.

32. Em segundo lugar, o Tribunal referiu que «[c]ontrariamente ao que [sustentam] a [s] recorrente[s], as orientações não privam a Comissão do poder discricionário que lhe é concedido pelo Regulamento n.º 17 [...]. A este respeito, há que observar que o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, ao dispor que a Comissão pode aplicar coimas de um montante que pode atingir 10% do volume de negócios realizado durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção, exige, com efeito, que a coima que venha finalmente a ser aplicada a uma empresa seja reduzida no caso de ultrapassar 10% do seu volume de negócios, independentemente das operações de cálculo intermédias destinadas a tomar em consideração a gravidade e a duração da infracção. Por conseguinte, o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 não

14 — N.ºs 278 a 281 do acórdão recorrido.

proíbe a Comissão de fazer referência, no decurso do seu cálculo, a um montante intermédio que ultrapasse 10% do volume de negócios da empresa em causa, desde que a coima finalmente imposta a essa empresa não ultrapasse esse limite máximo. As orientações, de resto, vão no mesmo sentido, ao disporem que 'o resultado final do cálculo da coima de acordo com este método (montante de base corrigido por percentagem de majoração e de diminuição) nunca poderá ultrapassar 10% do volume de negócios mundial das empresas nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17'. Num caso em que a Comissão faça referência, ao proceder ao seu cálculo, a um montante intermédio que ultrapassa 10% do volume de negócios da empresa em causa, não lhe pode ser censurado o facto de determinados factores tomados em consideração no âmbito do cálculo não se repercutirem no montante final da coima, dado que isso é a consequência da proibição prevista pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, de não ultrapassar 10% do volume de negócios da empresa em questão»¹⁵.

33. b) O Tribunal excluiu também que, ao fixar a coima, a Comissão tivesse violado os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento.

34. A este propósito, observou que «[ao determinar os pontos de partida para cada uma das categorias], a Comissão explicou, após uma questão colocada pelo Tribunal,

que esses montantes reflectem a importância de cada empresa no sector das condutas com revestimento térmico, tendo em conta a sua dimensão e o seu peso económico em relação à ABB e no contexto do cartel. Para esse efeito, a Comissão teve em conta não apenas os respectivos volumes de negócios no mercado em causa mas também a importância relativa que os membros do cartel atribuíam a cada um deles [...]. Neste contexto, há que considerar, tendo em conta o conjunto dos factores pertinentes tomados em consideração na fixação dos pontos de partida específicos, que a diferença entre o ponto de partida fixado para a[s] recorrente [s], por um lado, e o ponto de partida fixado para a ABB, por outro, está objectivamente justificada. Dado que a Comissão não é obrigada a assegurar que os montantes finais das coimas, a que o seu cálculo conduziu em relação às empresas envolvidas, traduzam toda e qualquer diferença entre estas quanto aos seus volumes de negócios, a[s] recorrente [s] não pode[m] acusar a Comissão de ter considerado um ponto de partida que conduziu a uma coima final superior, em percentagem do seu volume de negócios global, à coima aplicada à ABB»¹⁶.

35. c) O Tribunal também não acolheu a acusação relativa à violação do princípio da não retroactividade feita pelas partes relativamente ao facto de as orientações terem sido aplicadas a comportamentos das empresas anteriores à entrada em vigor dessas mesmas orientações.

15 — N.ºs 286 a 290 do acórdão recorrido.

16 — N.ºs 295 a 298 do acórdão recorrido.

36. Reconheceu que esse princípio, por um lado, faz parte integrante dos princípios gerais cujo respeito deve ser garantido pelo juiz comunitário e, por outro, exige que «as sanções aplicadas a uma empresa por uma infracção às regras da concorrência correspondam às que estavam fixadas na época em que a infracção foi cometida»¹⁷.

37. O Tribunal considerou, contudo, que a aplicação das orientações para o cálculo das coimas não configura uma violação do princípio da não retroactividade desde que as referidas orientações não transcendam o quadro jurídico das sanções, tal como definido no artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

38. Em conformidade com este artigo, ao determinar o montante da coima na sequência de uma infracção às regras da concorrência, a Comissão deve tomar em consideração além da gravidade da infracção a duração da mesma. O montante assim fixado não pode, em qualquer caso, exceder dez por cento do volume de negócios realizado por cada uma das empresas que tenha participado na infracção durante o exercício social anterior.

39. Ora, as orientações em questão impõem igualmente à Comissão a fixação do mon-

tante de base da sanção em função da gravidade e da duração da infracção. Além disso, estabelecem que o montante assim calculado não deve, em caso algum, exceder 10% do volume de negócios mundial das empresas. Daí resulta que, no entender do Tribunal, «seguindo o método enunciado nas orientações, o cálculo das coimas é efectuado em função dos dois critérios mencionados no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, isto é, a gravidade da infracção e a sua duração, respeitando ao mesmo tempo o limite máximo em relação ao volume de negócios de cada empresa, estabelecido pela mesma disposição»¹⁸.

40. Quanto à alegada violação do princípio de confiança legítima, o Tribunal observou que «no que diz respeito à fixação das coimas por infracção às regras da concorrência, a Comissão exerce o seu poder dentro dos limites da margem de apreciação que lhe é concedida pelo Regulamento n.º 17. Ora, é jurisprudência assente que os operadores económicos não podem depositar uma confiança legítima na manutenção de uma situação existente, que pode ser alterada no âmbito do poder de apreciação das instituições comunitárias. Pelo contrário, a Comissão tem o direito de aumentar o nível geral das coimas, dentro dos limites referidos no Regulamento n.º 17, se isso for necessário para assegurar a execução da política comunitária da concorrência. Daqui resulta que as

17 — N.º 221 do acórdão recorrido.

18 — N.º 231 do acórdão recorrido.

empresas implicadas num procedimento administrativo que pode dar origem a uma coima não podem depositar uma confiança legítima no facto de a Comissão não ultrapassar o nível das coimas praticado anteriormente»¹⁹.

41. d) No que toca a uma pretensa violação dos direitos de defesa das empresas recorrentes, o Tribunal declarou que «[na comunicação de acusações] a Comissão expôs [...] as razões pelas quais considerava que a presente infracção era uma infracção muito grave, bem como os elementos que constituíam circunstâncias agravantes, isto é, a manipulação dos processos de apresentação de propostas, a implementação agressiva do cartel a fim de assegurar a obediência de todos os participantes nos acordos e excluir o único concorrente importante que nele participava e a continuação da infracção após as investigações. Nessas mesmas páginas, a Comissão precisou que, na determinação da coima a aplicar a cada empresa, teria em consideração, nomeadamente, o papel desempenhado por cada uma nas práticas anticoncorrenciais, todas as diferenças essenciais no que diz respeito à duração da sua participação, a sua importância na indústria do aquecimento urbano, o seu volume de negócios no sector do aquecimento urbano, o seu volume de negócios global, se for caso disso, para ter em consideração a dimensão e o poder económico da empresa em questão e a fim de

assegurar um efeito suficientemente dissuasivo, e, por último, todas as circunstâncias atenuantes [...]. Assim a Comissão referiu [...] os elementos de facto e de direito nos quais se iria basear para o cálculo da coima a aplicar à[s] recorrente[s], de modo que, a este respeito, o direito de ser ouvido desta[s] última[s] foi devidamente respeitado. Há que observar que a Comissão não era obrigada, uma vez que tinha indicado os elementos de facto e de direito nos quais baseava o seu cálculo das coimas, a precisar o modo como utilizaria cada um desses elementos para a determinação do nível da coima. Com efeito, dar indicações relativas ao nível das coimas que se prevê aplicar, enquanto as empresas não estiverem em situação de apresentar observações sobre as acusações feitas contra elas, equivaleria a antecipar de modo inadequado a decisão da Comissão. Por conseguinte, a Comissão também não era obrigada, no decurso do procedimento administrativo, a comunicar às empresas envolvidas a sua intenção de aplicar um novo método de cálculo das coimas»²⁰.

42. e) Por último, o Tribunal não acolheu a alegação de algumas das empresas recorrentes, segundo a qual na decisão recorrida a Comissão não fundamentou adequadamente o método seguido na fixação dos montantes das coimas.

43. De acordo com uma parte das recorrentes, de facto, a Comissão não forneceu

19 — N.ºs 241 a 243 do acórdão recorrido.

20 — N.ºs 202 a 207 do acórdão recorrido.

explicações quanto ao facto de os montantes de base fixados para as coimas a partir de montantes expressos em montantes absolutos, independentemente do volume de negócios das empresas e superiores ao nível máximo legalmente autorizado.

montante da coima aplicada à Sigma Tecnologia di rivestimento²⁴ e à ABB Asea Brown Boveri²⁵; d) confirmou quanto ao resto a decisão impugnada.

D — Tramitação no Tribunal de Justiça

44. Ao rejeitar esta excepção, o Tribunal observou que a decisão recorrida continha «uma indicação suficiente e pertinente dos elementos de apreciação tomados em consideração para determinar a gravidade e a duração da infracção cometida pela[s] recorrente[s]»²¹ e que, portanto, a Comissão não podia ser «acusada de não ter fundamentado mais precisamente os níveis do montante de base e do montante final da coima aplicada à[s] recorrente[s]»²².

45. Em conclusão desta análise e após ter examinado a situação específica de cada recorrente, o Tribunal, nos acórdãos recorridos, a) confirmou essencialmente a apreciação feita pela Comissão da infracção e que consta da decisão impugnada; b) anulou esta última, na parte relativa à HFB Holding KG e à HFB Holding GmbH²³; c) reduziu o

46. Por recursos interpostos entre 21 de Maio e 7 de Junho de 2002, as sociedades Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, KE-KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd (a seguir cumulativamente indicadas «recorrentes») pediram, no essencial, ao Tribunal de Justiça que anulasse o acórdão do Tribunal de Primeira Instância e pusesse termo ao processo ou, a título subsidiário, que anulasse os acórdãos e remetesse os processos ao Tribunal de Primeira Instância ou, a título mais subsidiário, reduzisse as coimas que lhes tinham sido aplicadas, e que condenasse a Comissão nas despesas no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça.

47. A Comissão pede que o Tribunal de Justiça negue provimento aos recursos e condene as recorrentes nas despesas dos presentes processos.

21 — N.º 383 do acórdão recorrido.

22 — N.º 384 do acórdão recorrido.

23 — O Tribunal declarou que a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & CO. KG e a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft não existiam à época em que a infracção censurada tinha sido posta em prática.

24 — O Tribunal reduziu o montante da coima aplicada à Sigma para 300 000 euros, tendo em conta o facto de a Sigma operar unicamente no mercado italiano e não em todo o mercado comum.

25 — O Tribunal de Primeira Instância reduziu o montante da coima aplicada à ABB Asea Brown Boveri para 65 000 000 euros, porque a ABB admitiu a sua participação no acordo e cooperou com a Comissão fornecendo-lhe provas do mesmo após recepção da comunicação de acusações.

III — Análise jurídica

48. Iniciaremos a análise dos recursos com o exame dos fundamentos de carácter geral suscitados por todas ou parte das recorrentes, relativamente ao método de cálculo das coimas seguido pela Comissão (A), para seguidamente passarmos aos fundamentos de carácter particular referentes a situações próprias das recorrentes individualmente consideradas (B).

A — Fundamentos relativos aos métodos de cálculo e ao montante das coimas

49. Examinaremos tais fundamentos na mesma ordem seguida anteriormente.

1. Quanto à excepção da ilegalidade das orientações

50. Todas as recorrentes suscitaram, a vários títulos, fundamentos criticando as conclusões do Tribunal de Primeira Instância segundo as quais o método de cálculo das coimas seguido pela Comissão não violou os princípios da proporcionalidade e/ou da igualdade de tratamento, nem o n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

51. Em especial, segundo algumas das recorrentes, o Tribunal errou ao considerar que a Comissão, com a adopção das orientações, não se afastou do quadro jurídico definido pelo artigo 15.º do Regulamento n.º 17, tal como interpretado por jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, e que, ao fazê-lo, a Comissão não excedeu os limites do seu poder discricionário.

52. No entender das recorrentes, ao invés, as orientações tinham modificado substancialmente o direito vigente sem que a Comissão estivesse habilitada pelo Conselho a adoptar novas regras.

53. Daí resulta que o Tribunal cometeu um erro de direito ao julgar improcedente a excepção de ilegalidade suscitada contra as orientações, enquanto acto em que se baseou o cálculo das coimas nos casos em análise.

a) Quanto à admissibilidade da excepção

54. Antes de abordar o mérito destas acusações, há que perguntar se um acto formalmente desprovido de força vinculativa, como as orientações, pode ser objecto de uma excepção de ilegalidade, na acepção do artigo 241.º CE.

55. Como é sabido, esta disposição contempla a possibilidade de invocar, a título incidental, a ilegalidade de um acto unicamente no caso «de um litígio que ponha em causa um *regulamento* adoptado conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho ou um regulamento do Conselho, da Comissão ou do BCE».

56. No entanto, a partir do acórdão *Simmenthal*²⁶, o Tribunal de Justiça alargou o âmbito de aplicação das excepções a todos «os actos das instituições que, embora não revestindo a forma de regulamento, produzem todavia efeitos análogos», ou seja, actos de carácter geral, que justamente por esse motivo, não podem ser directamente atacados por particulares com base no artigo 230.º CE.

57. Todavia, o Tribunal esclareceu que deve existir um nexo estreito entre o acto impugnado e aquele cuja ilegalidade se invoca incidentalmente. Este último deve «ser aplicável, directa ou indirectamente, ao caso concreto objecto do recurso»²⁷ e deve existir «um nexo jurídico directo» entre a decisão individual impugnada e o acto geral²⁸.

58. Ora, em nosso entender, as orientações satisfazem esses requisitos.

59. É, com efeito, inegável que as orientações têm alcance geral, dado que se aplicam a situações objectivamente determinadas e que produzem efeitos jurídicos em relação a categorias de pessoas consideradas de forma geral e abstracta²⁹. Por outro lado, embora formalmente desprovidos de força vinculativa, as orientações estabelecem princípios e regras que a Comissão se comprometeu a seguir para efeitos de cálculo das coimas, nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17. Ora, a jurisprudência do Tribunal de Justiça teve já oportunidade de esclarecer que nestes casos a Comissão não pode afastar-se, de modo arbitrário, das regras que ela própria se impôs³⁰. Normas deste tipo, que se destinam a especificar os critérios que uma instituição pretende aplicar no exercício do seu poder discricionário podem, portanto, produzir efeitos jurídicos.

60. Também não se pode objectar que as orientações têm valor meramente interno e, portanto, não são susceptíveis de produzir efeitos jurídicos externos.

26 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1979, *Simmenthal/Comissão* (92/78, Colect., p. 407, n.º 40).

27 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, *Itália/Conselho e Comissão* (32/65, Colect. 1965-1968, p. 483, em especial p. 493).

28 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1965, *Macchiorlatti Dalmas e Figli/Alta Autoridade* (21/64, Colect. 1965-1968, p. 55, em especial, p. 58), e de 10 de Junho de 1986, *Usinor/Comissão* (81/85 e 119/85, Colect., p. 1777, n.º 13).

29 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1975, *Acton e o./Comissão* (44/74, 46/74 e 49/74, Recueil, p. 383, n.º 7, Colect., p. 155), e de 14 de Fevereiro de 1989, *Lefebvre Frère et Soeur/Comissão* (206/87, Colect., p. 275, n.º 13).

30 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1974, *Louwage/Comissão* (148/73, Recueil, p. 81, n.º 12, Colect., p. 59).

61. Com efeito, resulta das próprias orientações, que a Comissão tem o dever de seguir um determinado percurso no procedimento de cálculo das coimas e, em especial, de reconhecer às empresas determinadas circunstâncias atenuantes e agravantes; a esse dever tem de corresponder o direito das empresas interessadas a que a Comissão actue efectiva e concretamente em conformidade com as orientações.

mente a base jurídica das decisões impugnadas (como são, pelo contrário, os artigos 3.º e 15.º do Regulamento n.º 17), existe um nexo directo entre estas últimas e o acto geral objecto da excepção deduzida a título incidental.

62. Tal conclusão inscreve-se plenamente na linha da jurisprudência comunitária que reconheceu que só os actos com valor meramente interno a uma instituição é que não são idóneos a produzir efeitos jurídicos externos. No entanto, não é esse o caso de actos da Comissão, como os «códigos de conduta»³¹ ou as «instruções internas»³², nos quais, às obrigações dos serviços e dos agentes da Comissão correspondem exactamente direitos dos Estados-Membros ou dos operadores económicos.

64. Consideramos, portanto, que a excepção de ilegalidade é admissível.

b) Quanto ao mérito da excepção

63. Dito isto, importa agora observar que é inteiramente pacífico, como justamente observou o Tribunal de Primeira Instância, que a Comissão determinou o montante da coima seguindo fielmente o método de cálculo estabelecido nas orientações. Daí resulta que, embora não constituam formal-

65. Analisando agora o mérito da excepção, lembramos mais uma vez que, segundo algumas recorrentes, o novo método de cálculo instituído nas orientações, dado que se baseia em montante fixos, determinados sem ter em conta o volume de negócios das empresas interessadas e que permite, por outro lado, à Comissão ultrapassar o limite de 10% durante a operação de cálculo da coima, não permite uma correcta «personalização» da sanção em função de todos os factores e circunstâncias relevantes. Em especial, não permite à Comissão ter em conta adequadamente a dimensão das empresas e o papel desempenhado por cada uma no âmbito de um acordo.

31 — Acórdão de 13 de Novembro de 1991, França/Comissão (C-303/90, Colect., p. I-5315).

32 — Acórdão de 9 de Outubro de 1990, França/Comissão (C-366/88, Colect., p. I-3571).

66. A este propósito, devemos, antes de mais, observar que, nem o artigo 15.º do Regulamento n.º 17, nem a jurisprudência do Tribunal de Justiça impõem à Comissão a aplicação de um método específico de cálculo no processo de fixação do montante das coimas. Como esclarecemos anteriormente, o artigo 15.º do Regulamento n.º 17 estabelece simplesmente um limite máximo para a medida da coima, para além de alguns critérios de apreciação da infracção.

67. Trata-se, pois, de estabelecer se as orientações ficam dentro desses limites quando se propõem enquadrar o amplo poder de que goza a Comissão em matéria de sanções.

68. A esse propósito, como o Tribunal de Primeira Instância, admitidos que, mesmo depois da adopção das orientações, o cálculo das coimas continua a ser expressamente efectuado em função dos dois únicos critérios enunciados no artigo 15.º do Regulamento n.º 17, ou seja, a gravidade e a duração da infracção e continua a estar sujeito, quanto ao montante final, ao limite máximo de 10% do volume de negócios global estabelecido pela mesma norma [ponto 5, alínea a)].

69. No que toca ao primeiro aspecto, admitimos igualmente, como o Tribunal de Primeira Instância que, de acordo com

jurisprudência assente, a Comissão dispõe de uma margem de discricionariedade particularmente ampla no que se refere à escolha dos elementos a tomar em consideração para efeitos de aplicação dos ditos critérios. Como observou o Tribunal de Justiça, «a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos tais como, nomeadamente, as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem que tivesse sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração»³³. Entre estes numerosos elementos de apreciação da infracção podem figurar o volume e o valor dos produtos relativamente aos quais foi cometida a infracção, a dimensão e o poder económico das empresas autoras da infracção e a influência que podem exercer no mercado, a conduta de cada empresa, o papel desempenhado por cada uma na prática da infracção, o proveito que tiraram de tais práticas anticoncorrenciais, o contexto económico e jurídico em que se enquadra a infracção, etc.³⁴.

70. Em especial, no que se refere à tomada em consideração do volume de negócios da empresa, o Tribunal de Justiça no importante acórdão *Musique Diffusion française*, abundantemente citado quer pelas recorrentes quer pela Comissão, esclareceu que «é possível, para ajustar a coima ter em conta quer o volume de negócios da empresa [...]

33 — Acórdão de 17 de Julho de 1997, *Ferriere Nord/Comissão* (C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.º 33). O sublinhado é meu.

34 — V., em especial, acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion française/Comissão* (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825) e acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão* (322/81, Recueil, p. 3461).

quer a parte do volume de negócios correspondente às mercadorias relacionadas com a infracção» sem que «se [deva] atribuir a algum destes dois elementos um peso excessivo relativamente aos outros critérios de avaliação»³⁵.

71. O volume de negócios, embora constituindo um útil e relevante indicador do poder económico da empresa (volume de negócios global), bem como do impacto sobre a concorrência dos comportamentos por ela adoptados (volume de negócios no mercado de referência), representa, portanto, «só» um dos vários critérios de apreciação de que dispõe a Comissão.

72. De qualquer modo, como correctamente observaram o Tribunal de Primeira Instância e a Comissão, as orientações não obstam à tomada em consideração, em diversos momentos do processo de cálculo da coima, também do volume de negócios e/ou do volume de negócios realizado no mercado de referência. Em particular, as orientações, estabelecem que, no caso de infracções que envolvem várias empresas «poderá ser conveniente ponderar, em certos casos, os montantes [...] a fim de ter em conta o peso específico e, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa na concorrência, nomeadamente se existir uma dispa-

ridade considerável em termos de dimensão das empresas que cometeram uma infracção da mesma natureza» (ponto 1, parte A, sexto parágrafo).

73. Por outras palavras, se bem que as orientações não prevejam uma tomada em consideração sistemática do volume de negócios das empresas interessadas para o cálculo do montante de base ou num momento subsequente do procedimento de fixação da coima³⁶, tal elemento não é de modo nenhum, excluído *a priori* do cálculo. De resto, isso é precisamente demonstrado pela decisão da Comissão nos processos que constituem objecto dos presentes recursos, nos quais subdividiu os recorrentes em quatro grupos em função das suas dimensões e, por conseguinte, diferenciou substancialmente os montantes de base.

74. Não se pode, portanto, afirmar, como sustentam as recorrentes, que o cálculo das coimas em conformidade com o método constante das orientações se reduz a uma mera operação aritmética pré-determinada. Para além do que dissemos relativamente ao volume de negócios e, em especial, à possibilidade de ponderar o montante das coimas em função da dimensão das empresas interessadas, importa observar que as orien-

36 — Por exemplo, no momento de se considerar o facto de «as empresas de grandes dimensões dispõem geralmente dos conhecimentos e das infra-estruturas jurídico-económicas que lhe permitem melhor apreciar o carácter de infracção do seu comportamento e respectivas consequências do ponto de vista do direito da concorrência» (ponto 1, parte A, quinto parágrafo), ou no momento da eventual tomada em consideração da «vantagem económica ou financeira eventualmente obtida pelos autores da infracção», bem como as «características específicas da situação em causa» [ponto 5, alínea b)].

35 — Acórdão Musique Diffusion française, já referido, n.º 121.

tações, ao contemplarem uma série de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como a eventual tomada em consideração de «certos dados objectivos como o contexto económico específico, a vantagem económica ou financeira eventualmente obtida pelos autores da infracção [...] as características específicas da empresa em causa [...]» [ponto 5, alínea b)], prevêem expressamente que o montante da coima seja fixado, em consonância com jurisprudência assente, atendendo quer às circunstâncias particulares do caso quer ao contexto em que se coloca a infracção³⁷.

75. As orientações contêm, pois, vários elementos de flexibilidade que permitem à Comissão exercer o seu poder discricionário de acordo com o disposto no artigo 15.º do Regulamento n.º 17, como interpretado pela jurisprudência.

76. No que se refere, seguidamente, à ultrapassagem do limite de 10% durante as operações intermédias de cálculo e às consequências alegadamente ilegais que daí resultam, não nos parece que tal possibilidade decorra expressa ou implicitamente do texto das orientações. Estas limitam-se, com efeito, a remeter para o limite máximo fixado no Regulamento n.º 17 especificando, no ponto 5, alínea a), que «é evidente que o resultado final do cálculo da coima de acordo com este método (montante de base corri-

gido por percentagem de majoração e de diminuição) nunca poderá ultrapassar 10% do volume de negócios mundial das empresas»³⁸. Noutros termos, as orientações, no que respeita à ultrapassagem desse valor máximo, nada acrescentam ou retiram ao já previsto no Regulamento n.º 17.

77. Nesta óptica, portanto, não vemos nenhuma razão para nos afastarmos das apreciações do Tribunal de Primeira Instância quanto à legalidade das orientações, não obstante o raciocínio não ser ainda conclusivo, como veremos a seguir, ao examinar as acusações relativas à violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento.

c) Quanto a alguns aspectos específicos da excepção

78. Antes de mais, há, porém, que referir duas acusações referentes a disposições específicas das orientações, feitas pelo grupo Isoplus.

37 — V., por exemplo, acórdão *Musique Diffusion française*, já referido, n.º 106.

38 — O sublinhado é meu.

79. i) Em primeiro lugar, as recorrentes alegam que as orientações, ao prever a possibilidade de «majorar a sanção para ultrapassar o montante dos ganhos ilícitos obtidos graças à infracção» (ponto 2, quinto travessão), introduzem novas circunstâncias agravantes, em violação do artigo 15.º do Regulamento n.º 17. Ao mesmo tempo, essa previsão faz correr o risco de tomar duas vezes em consideração a mesma circunstância, uma vez que, de acordo com o sistema definido nas orientações os ganhos obtidos por violação do direito da concorrência já foram tidos em conta no momento da determinação da gravidade da infracção.

80. Parece-nos, no entanto, que a análise desenvolvida a esse respeito pelo Tribunal de Primeira Instância é inteiramente compartilhável³⁹. Com efeito, como resulta da jurisprudência por ele referida, as vantagens que as empresas retiram da violação do direito da concorrência fazem parte dos factores que a Comissão pode ter em conta, não só para apreciar a gravidade da infracção, mas também para assegurar que a sanção tenha carácter suficientemente dissuasivo, em especial quando se refere, como no caso em apreço, a comportamentos particularmente lesivos do funcionamento do mercado único. Evitar que os autores de uma infracção retirem vantagens da mesma, parece-nos, de resto, um dos objectivos de qualquer sistema de sanções.

81. Parece-nos, pois, que nem o texto do Regulamento n.º 17 nem a jurisprudência comunitária se opõem a que a Comissão, actuando no âmbito do amplo poder discricionário que lhe foi reconhecido também pelo Tribunal de Justiça, possa considerar oportuno aumentar o montante de base a fim de melhor atender ao lucro obtido com a prática anticoncorrencial (e, assim, no caso de o montante de base do cálculo não repercutir suficientemente esse lucro) na condição de, como é justamente especificado nas orientações «a estimativa [ser] objectivamente possível»⁴⁰.

82. Em segundo lugar, as mesmas recorrentes alegam que as orientações são ilegais, porquanto no ponto 2, segundo travessão, obrigam uma empresa a colaborar coactivamente com a Comissão, testemunhando mesmo contra a própria empresa, sob pena de agravamento da coima.

83. Tal constitui, em seu entender, uma violação dos direitos de defesa e, em especial, do direito a não testemunhar contra si mesmo, reconhecido em matéria de concorrência pelo Tribunal de Justiça no célebre acórdão Orkem⁴¹.

40 — Ponto 2, quinto travessão, das orientações.

41 — Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão (374/87, Colect., p. 3283).

39 — V. n.ºs 454 a 458 do acórdão recorrido.

84. A esse respeito devemos, antes de mais, lembrar que o mesmo ponto 2, segundo travessão, das orientações esclarece que a Comissão pode aumentar o montante de base da coima por circunstâncias agravantes tais como a «[...] recusa de qualquer cooperação ou mesmo tentativas de obstrução durante o desenrolar da investigação».

85. Além disso, o Regulamento n.º 17 atribui à Comissão amplos poderes de investigação no âmbito de um procedimento para averiguar a violação das normas do Tratado em matéria de concorrência. O artigo 11.º permite, com efeito, à Comissão obrigar uma empresa a fornecer-lhe todas as informações necessárias relacionadas com os factos de que esta última tenha conhecimento e a enviar-lhe, se for o caso, os documentos em seu poder, quando estes sejam úteis para comprovar se ela ou outra empresa tiveram um comportamento anticoncorrencial.

86. Ora, é verdade que, no referido acórdão Orkem, o Tribunal de Justiça declarou que tais poderes de investigação não podem ser interpretados no sentido de prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa. Em especial, «a Comissão não pode [...] impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão»⁴².

87. Em nosso entender, não é este o caso do ponto 2 das orientações. Parece-nos, pelo contrário, que o seu sentido literal é perfeitamente compatível quer com as disposições do Regulamento n.º 17 quer com o sentido e alcance da jurisprudência Orkem.

88. De facto, as orientações, não impõem de modo algum à empresa que testemunhe contra ela própria ou que apresente provas da sua própria culpabilidade; elas esclarecerem simplesmente que a coima será agravada no caso de a empresa recusar «qualquer cooperação» com os serviços da Comissão ou assumir comportamentos de obstrução.

89. Aliás, esta é também a posição do Tribunal de Justiça no processo Metsä-Serla Sales Oy de 2000⁴³, precisamente citado pelo Tribunal de Primeira Instância no qual se especifica que «a uma empresa que, contestando a posição da Comissão, não prestar mais colaboração do que aquela a que está obrigada nos termos do Regulamento n.º 17 não será, por esse motivo, aplicado um aumento da coima»⁴⁴.

90. Parece-nos portanto que tais acusações não devem ser acolhidas.

43 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Finnboard/Comissão (C-298/98 P, Colect., p. I-10157).

44 — *Ibidem*, n.º 58.

42 — Acórdão Orkem, já referido, n.º 35.

2. Quanto aos fundamentos relativos à violação do princípio da proporcionalidade e da igualdade de tratamento

91. A maior parte das recorrentes critica o acórdão do Tribunal de Primeira Instância também por não ter declarado a existência de uma violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento.

92. Nesta óptica, contestam o automatismo da metodologia de cálculo seguida no caso examinado pela Comissão, automatismo que impediu que se atendesse efectivamente aos elementos e às circunstâncias individuais que caracterizam a situação de cada uma das empresas no âmbito do acordo.

93. Em especial, tendo por base montantes fixos, aquela metodologia impediu que fosse tomado adequadamente em consideração o volume de negócios das empresas, designadamente o volume de negócios no mercado de referência, em que a avaliação da mesma sempre revestiu uma particular importância na jurisprudência do Tribunal de Justiça, como na prática decisória da Comissão, a fim de assegurar o respeito do princípio da proporcionalidade.

94. Com efeito, segundo as mesmas recorrentes, de tal jurisprudência decorre que o

montante de base da coima deve ser calculado por referência ao volume de negócios da empresa considerada a fim de reflectir as suas dimensões e poder económico e, por conseguinte, a influência que pode ter tido no mercado. Trata-se, portanto, de um cálculo que visa «personalizar» a coima relativamente à empresa em questão e «torná-la proporcional» relativamente às outras empresas envolvidas.

95. Pelo contrário, no entender das recorrentes, o método seguido pela Comissão não permitiu proceder correctamente à «personalização» da sanção. Em especial, sempre que o processo de cálculo da Comissão atingiu ou excedeu o limite máximo de 10% do volume de negócios, qualquer modulação do cálculo (em função da duração da infracção, de circunstâncias atenuantes, etc.) efectuada para além desse limite constituía uma operação meramente teórica; não teve, de facto, qualquer incidência no montante final da coima, pois esta última deve, de qualquer modo, ser finalmente rectificadada dentro deste limite. Tudo isto é contrário à jurisprudência do Tribunal de Justiça (designadamente, ao acórdão *Musique Diffusion française*⁴⁵) segundo o qual o montante da coima é determinado tendo em conta todos os factores relevantes.

96. Por fim, algumas recorrentes alegam que, tomando como montante de base um valor fixo determinado independentemente

45 — Acórdão *Musique Diffusion française*, já referido.

do volume de negócios das empresas interessadas e em alguns casos fixado desde o início do cálculo a um nível superior a 10% do volume de negócios, a Comissão discriminou as pequenas e médias empresas, aplicando-lhe coimas excessivamente elevadas relativamente ao seu peso económico. Com efeito, lamentam que as suas coimas sejam relativamente mais pesadas do que a infligida à ABB, empresa não só de maior dimensão, mas também líder do acordo, facto que determinou um tratamento discriminatório injustificado.

97. Sobre este aspecto, é oportuno, a título preliminar, esclarecer, desde já, que a apreciação da adequação de uma coima relativamente à gravidade e à duração da infracção faz parte do poder de fiscalização jurisdicional, incluindo quanto ao mérito, conferido ao Tribunal de Primeira Instância pelo artigo 17.º do Regulamento n.º 17. Só o Tribunal de Primeira Instância é, pois, competente para fiscalizar o modo como a Comissão apreciou caso a caso a gravidade e a duração dos comportamentos ilegais⁴⁶.

98. No âmbito de um recurso, a fiscalização do Tribunal de Justiça tem unicamente por objecto verificar em que medida o Tribunal

de Primeira Instância tomou em consideração, de modo juridicamente correcto, todos os factores essenciais para apreciar a gravidade da infracção e se cometeu erros de direito ao apreciar questões suscitadas pelos recorrentes⁴⁷.

99. Em especial, quanto ao carácter alegadamente desproporcionado e discriminatório das coimas, deve observar-se que não compete ao Tribunal de Justiça substituir, por motivos de equidade, pela sua própria apreciação a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância que se pronunciou, no exercício da sua competência incluindo quanto ao mérito, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas que violaram o direito comunitário⁴⁸.

100. No caso em apreço, portanto, a apreciação do Tribunal de Justiça deverá limitar-se a verificar se, ao confirmar os critérios utilizados pela Comissão para a fixação das coimas, e ao fiscalizar ou mesmo corrigir a sua aplicação, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro manifesto e se respeitou os princípios da proporcionalidade e da igualdade que disciplinam a aplicação das coimas⁴⁹.

47 — Acórdãos, já referidos, Ferriere Nord, n.º 31, e Baustahlgewebe, n.º 128.

48 — Acórdãos, já referidos, Baustahlgewebe, n.º 129, e British Sugar, n.º 48.

49 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 365).

46 — Acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 128), e de 29 de Abril de 2004, British Sugar/Comissão (C-359/01 P, Colect., p. I-4933, n.º 47).

101. É tendo presente tais limites de fiscalização jurisdicional do Tribunal de Justiça que passamos agora à análise das acusações em questão.

102. Para começar, observamos que é incontestável que a Comissão, ao determinar o montante das coimas que decide aplicar por violação do direito da concorrência, deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

103. Na matéria em análise, tal princípio opera antes de mais, por assim dizer, em sentido «absoluto» e exprime-se no respeito do limite de 10% do volume de negócios global realizado, previsto pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Tal limite visa evitar que as coimas sejam desproporcionadas em relação à dimensão da empresa objecto da sanção⁵⁰.

104. Nesta óptica, parece-nos infundada a crítica de algumas recorrentes quanto à não tomada em consideração por parte da Comissão do seu volume de negócios no mercado de referência no momento da

aplicação do limite de 10%. Concordamos, de facto, com a análise do Tribunal de Primeira Instância de acordo com a qual resulta de jurisprudência firmada que tal limite deve ser entendido por referência ao *volume de negócios global* da empresa considerada — o único que pode dar uma indicação aproximativa da importância e da influência das empresas em causa — e que, portanto, no respeito do referido limite, a Comissão goza de um amplo poder discricionário ao decidir em que medida deve ter em conta o volume de negócios global e/ou o volume de negócios no mercado de referência.

105. Por outras palavras, se a coima definitiva não excede 10% do volume de negócios global das recorrentes durante o último ano de infracção, esta não poderá ser considerada desproporcionada só pelo simples facto de superar o volume de negócios realizada no mercado de referência.

106. Por outro lado, também não se pode objectar, como sustentou uma recorrente, que as coimas são discriminatórias pelo simples facto de, enquanto para algumas das empresas em causa o montante teve de ser reduzido o montante para ficar dentro do limite máximo de 10%, o mesmo não se passou com empresas para as quais, durante as operações de cálculo das respectivas

50 — V., por exemplo, acórdão *Musique Diffusion française*, já referido, n.º 119.

coimas, esse limite nunca foi ultrapassado. Como observou o Tribunal de Primeira Instância⁵¹, tal redução representa, de facto, a consequência directa e inevitável do limite taxativo fixado no Regulamento n.º 17. Nessas circunstâncias, uma não redução da coima, por este único motivo não nos parece susceptível de tornar discriminatório o montante de uma coima, aliás, legalmente fixado⁵².

107. Não deixa, no entanto, de ser certo que esse automatismo pode incidir igualmente sobre o princípio da proporcionalidade caso este seja considerado não em sentido absoluto mas em sentido «relativo», a fim de garantir que a sanção é «personalizada» e, portanto, adequada à gravidade da infracção e às outras circunstâncias, subjectivas e objectivas, de cada caso. Nesta perspectiva, o carácter proporcional e não discriminatório do montante não resulta de uma simples relação aritmética com o volume de negócios global do exercício anterior, mas de todos os factores já anteriormente recordados (v., *supra*, n.º 69).

108. Este aspecto «relativo» do teste da proporcionalidade reveste particular importância no caso de infracções colectivas,

porque se uma infracção é cometida por várias empresas, a exigência de proporcionalidade impõe que seja examinada, em sede de fixação da coima, «a gravidade relativa de participação de cada uma»⁵³.

109. Isto é igualmente imposto pelo princípio da igualdade de tratamento, o qual, de acordo com jurisprudência assente, só é violado quando situações comparáveis são tratadas de maneira diferente ou quando situações diferentes são tratadas de forma igual, a menos que tal diferença de tratamento seja objectivamente justificada⁵⁴. Daí resulta que, para efeitos do presente processo, a coima deva ser igual para todas as empresas que se encontram na mesma situação e que comportamentos diferentes não podem ser punidos com a mesma sanção.

110. Posto isto, abordemos os casos em apreço, percorrendo novamente a apreciação do Tribunal de Primeira Instância a este propósito.

51 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Brugg Rohrsysteme GmbH, já referido, n.º 155.

52 — Um problema diferente, que nos propomos abordar adiante (v. n.ºs 113 e segs.), refere-se às consequências que podem resultar da ultrapassagem do limite máximo de 10% na legalidade das coimas em relação às quais Comissão teve de aplicar uma redução para respeitar aquele limite.

53 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.º 110). V., também, acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.º 623), e Aalborg Portland e o., já referido, n.º 92.

54 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 1984, Sermide (106/83, Recueil, p. 4209, n.º 28), e de 28 de Junho de 1990, Hoche (C-174/89, Colect., p. I-2681, n.º 25).

111. Os acórdãos impugnados reconheceram que os critérios utilizados pela Comissão para fixar o montante da coima eram fruto de uma análise atenta e pormenorizada da especial gravidade da infracção e da sua duração⁵⁵, bem como da situação, do papel e do comportamento das empresas punidas; que, para determinar o montante de base da coima, a Comissão considerou, correctamente, a diversidade do peso económico dos participantes no cartel, subdividindo as empresas em quatro categorias, «segundo a importância relativa no mercado comunitário relevante» (n.º 166 da decisão) e aplicando montantes de base diferentes para cada categoria; que, para a determinação de tais categorias «a Comissão teve em conta não apenas os respectivos volumes de negócios no mercado em causa mas também a importância relativa que os membros do cartel atribuíam a cada um deles, como resulta das quotas acordadas no cartel [...], e os resultados obtidos e previstos em 1995 [...]»⁵⁶, com o resultado de que a subdivisão das empresas em quatro categorias e a determinação dos respectivos montantes de base era objectivamente justificada e apresentava uma coerência interna própria⁵⁷.

112. Deste modo, observou o Tribunal, a Comissão aplicou correctamente as orientações, na parte em que prevêem que, no caso de infracções em que participem várias empresas entre as quais existem disparidades consideráveis de dimensão, os montantes de base podem ser ponderados «a fim de ter em conta o peso específico e, portanto, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa» (v., ponto I, parte A, sexto e sétimo parágrafos).

113. As coimas aplicadas pela Comissão e confirmadas pelo Tribunal foram, em suma, o resultado de uma análise atenta e pormenorizada da particular gravidade da infracção, da sua duração, bem como da situação, papel e comportamento de cada uma das empresas sancionadas.

114. Posto isto, devemos, todavia, observar que não é pelo facto de terem sido observados os critérios a que deve obedecer a aplicação das coimas, que se pode dizer que todas as questões relacionadas com o respeito dos princípios da proporcionalidade e de não discriminação se podem considerar superadas.

115. Com efeito, na decisão recorrida, como reconhece a própria Comissão, grande parte das operações de cálculo foram efectuadas excedendo o limite de 10% previsto no

55 — Excepto no que se refere à Dansk Rørindustri em relação à qual o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão tinha cometido um erro de apreciação ao negar à recorrente uma participação no acordo no período compreendido entre Abril e Agosto de 1994. Apesar disso, o Tribunal de Primeira Instância confirmou o montante da coima aplicada pela Comissão.

56 — Acórdão LR AF 1998 A/S/Comissão, já referido, n.º 296.

57 — V., por exemplo, acórdão LR AF 1998 A/S/Comissão, já referido, n.º 304, no qual o Tribunal de Primeira Instância afirma que, no que se refere à fixação do montante de base para as empresas pertencentes à «segunda categoria», «à luz dos critérios adoptados [...] para a apreciação da importância de cada uma das empresas no mercado relevante [...] a Comissão tinha o direito de impor, pelo menos, um ponto de partida duas vezes mais elevado do que o imposto às empresas da terceira categoria».

artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. A Comissão ultrapassou, de facto, este limite no cálculo das coimas aplicadas a cada uma das recorrentes, excepto para a KE-KELIT Kunststoffwerk, a Brugg Rohrsysteme e a ABB Asea Brown Boveri. Em três casos [grupo Isoplus, LR AF 1998 (Deutschland) e Dansk Rørindustri], a Comissão calculou as coimas partindo de um montante de base que já ultrapassava o limite máximo de 10%. É só no fim das operações de cálculo, antes de passar à aplicação da comunicação sobre a cooperação é que aquela reduziu o montante intermédio assim determinado com o objectivo de respeitar o limite de 10% do volume de negócios global.

116. Por outras palavras, o limite de 10% previsto no artigo 15.º não funcionou como limite insuperável desde o início das operações de cálculo, mas tão só como um limite final para efeitos de «diminuição» da coima, na parte em que excede esse limite.

117. Ora, segundo algumas recorrentes, tal metodologia de cálculo é contrária ao artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e resultou, nos casos em apreço, em violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, uma vez que os montantes das coimas só de modo parcial e imperfeito respeitam a especificidade de cada um dos casos em apreço, bem como a

posição relativa de cada uma das empresas no âmbito do cartel.

118. Com efeito, sempre que a Comissão excedeu o limite de 10% durante as operações de cálculo, qualquer modulação do cálculo (em função da duração da infracção, de circunstâncias atenuantes, etc.) efectuada para além desse limite não se pôde repercutir concretamente no montante definitivo das coimas, como resulta da tabela recapitulativa dos números relativos à determinação desse montante, reproduzida pelas recorrentes.

119. Embora não destituídas de fundamento, tais observações não nos parecem, no entanto, suficientes para justificar o provimento do recurso com base nos aspectos aqui considerados.

120. Com efeito, nem a letra nem o espírito do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 se opõem à metodologia de cálculo seguida pela Comissão. Em particular, como declarou o Tribunal, aquela disposição não proíbe a Comissão de fazer referência, no decurso do seu cálculo, a um montante que ultrapasse 10% do volume de negócios da empresa em causa, desde que o montante final não ultrapasse esse limite máximo⁵⁸.

58 — V. acórdão LR AF 1998, já referido, n.º 288.

121. A este propósito, parece-nos importante observar que o artigo 15.º, n.º 2, define o montante da coima em dois passos sucessivos e distintos:

- em primeiro lugar, dispõe que a Comissão pode aplicar coimas «de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta», prevendo uma sanção mínima e uma sanção máxima;
- em segundo lugar, permite à Comissão superar a «penalidade máxima» desde que o montante final da coima não exceda «dez por cento do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção».

122. Daí resultam, em nosso entender, duas importantes indicações.

123. Antes de mais, como se pode deduzir do primeiro travessão da disposição, um sistema de adequação das coimas com base num montante fixo não parece completamente alheio à lógica do Regulamento n.º 17.

124. Além disso, nos casos em que a Comissão entenda oportuno sair da grelha de sanções previstas no primeiro travessão, o segundo travessão limita-se a fixar um «limite» deixando a liberdade à Comissão no que se refere a quaisquer outras modalidades de cálculo.

125. Ora, um sistema semelhante comporta inevitavelmente cortes ou nivelamentos do tipo dos denunciados pelas recorrentes, uma vez que, por definição, um limite representa um valor absoluto que se aplica automaticamente, no caso de se alcançar um determinado limiar e independentemente de qualquer outro elemento de apreciação. Com efeito, como observou a Comissão, as recorrentes às quais foi aplicado tal limite foram objecto de uma coima reduzida relativamente à que, na falta do limite, lhes seria aplicável, atendendo a todas as circunstâncias da infracção, e em especial a sua gravidade e duração.

126. Mas tudo isto, repetimos, é inerente ao próprio sistema instituído pelo Regulamento n.º 17. O que, de facto, as recorrentes descrevem como resultados desproporcionados e/ou discriminatórios do método de cálculo seguido pela Comissão mais não é, na realidade, do que uma consequência inevitável da aplicação do limite dos 10%.

127. Deste ponto de vista, nada se pode, portanto, censurar à Comissão uma vez

assente que, em situações como as do caso em apreço, esta i) ponderou correctamente a gravidade, duração e outras circunstâncias da infracção e ii) manteve o montante final da coima no limiar de 10% do volume de negócios global das empresas individualmente consideradas.

128. Assim, devemos concluir que os presentes fundamentos de recurso não encontram qualquer apoio no sistema normativo vigente.

129. Dito isto, todavia, não podemos deixar de observar que o exame feito até aqui revela precisamente que o método de cálculo aplicado pela Comissão apresenta algum risco à luz da equidade do sistema.

130. Com efeito, não nos parece plenamente coerente com as exigências de uma individualização e de uma graduação da «pena» — dois princípios fundamentais de qualquer sistema de sanções quer no âmbito penal quer administrativo — o facto de, como nos casos em análise, uma parte das operações apresentar carácter formal e abstracto e, portanto, não se repercute concretamente no montante final da coima. Nem se pode ignorar que, pela mesma razão, se corre o risco de o objectivo de maior transparência

prosseguido pelas orientações não ser plenamente alcançado.

131. Acrescentemos que as referidas situações não são inteiramente excepcionais e tendem a tornar-se cada vez mais frequentes. Com efeito, com a adopção das orientações em 1998, a política da Comissão em matéria de coimas por violação do direito da concorrência entrou numa nova fase que, por razões que não nos cabe ajuizar, é certamente mais rigorosa e levou a um aumento do nível das coimas, designadamente para as infracções mais graves. Além disso, corre-se o risco de que esse agravamento, na medida em que se baseia numa metodologia de cálculo assente em montantes fixos, atinja sobretudo as pequenas e médias empresas⁵⁹.

132. Em suma, apresenta-se uma situação nova e mais problemática relativamente à

59 — A este respeito importa observar que, exactamente por essas razões, as orientações para a determinação das coimas adoptadas pelo Nederlandse Mededingingsautoriteit (organismo neerlandês da concorrência) se afastaram expressamente da posição seguida pela Comissão: «With regard to fines for infringements of the Competition Act, the Director-General of NMa is of the opinion that the Guidelines drawn up by the European Commission cannot be taken as the point of departure without adaptation. The European Commission uses categories of infringements, in accordance with the aforementioned Guidelines, to which fixed fines apply. A disadvantage of a system of fixed fines is that small undertakings are affected relatively more harshly than larger undertakings (which often operate internationally). The policy of the Director-General of NMa with regard to fines must be applicable both to (very) large undertakings and to small and medium-sized undertakings, without losing the intended preventive effect, on the one hand, and generating disproportionate results, on the other». (Richtsoeren boetetoemeting — met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, 19 de Dezembro de 2001, n.º 5).

fase na qual a metodologia seguida pela Comissão não levava, em princípio, a uma ultrapassagem, no decurso do cálculo do limite de 10% do volume de negócios global, tornando assim mais fácil e imediata a integração no montante da coima de todas as circunstâncias do caso.

133. Deve então perguntar-se se as referidas consequências da nova orientação da política de coimas não tornam oportuna alguma correção de rota que permita garantir em quaisquer casos, resultados em conformidade com as exigências gerais de razoabilidade e de equidade.

3. Fundamentos relativos à violação dos princípios da protecção da confiança legítima e da não retroactividade

a) Quanto à violação da confiança legítima

134. A maior parte das recorrentes contesta que a decisão impugnada tenha aplicado as orientações a seu respeito, embora a infracção tivesse início bastante antes da formulação das próprias orientações. Daí resulta, pois, a violação da confiança legítima das

recorrentes na aplicação do método de cálculo das coimas seguido na prática anterior e baseado no critério do volume de negócios da empresa no mercado de referência.

135. Segundo as recorrentes, a Comissão — admitamos que esta tivesse podido distanciar-se dessa prática — devia ter de qualquer modo informado as empresas das suas intenções e apresentado uma fundamentação adequada das razões que a levaram a proceder a essa alteração.

136. No caso em apreço, a violação do princípio da confiança legítima é ainda mais grave, uma vez que as recorrentes tinham decidido cooperar com os serviços da Comissão e que tal opção foi influenciada precisamente pelas vantagens que esperavam poder retirar da aplicação da referida comunicação sobre a cooperação, bem como da prática anterior em matéria de cálculo das coimas.

137. Expressamos desde já fortes dúvidas quanto ao nexos que as recorrentes estabelecem entre a comunicação sobre a cooperação e o nível das coimas aplicadas no caso vertente pela Comissão.

138. É verdade que, no ponto E, n.º 3, da comunicação em causa, a Comissão se declara «consciente de que a [...] comunicação cria expectativas legítimas em que as empresas se basearão para informarem a Comissão da existência de um acordo, decisão ou prática concertada». Todavia, parece-nos manifesto que as eventuais expectativas legítimas das recorrentes por força da comunicação podem referir-se apenas às *modalidades* de redução a efectuar a título da sua cooperação e não quanto ao *montante* da coima «que de outro modo lhes seria aplicada»⁶⁰ ou quanto ao método de cálculo para a determinar.

139. Como foi correctamente observado pela Comissão igualmente na audiência, a comunicação sobre a cooperação não contém qualquer referência ao nível das coimas que seriam aplicáveis não existindo cooperação. Nem a comunicação contém referências às modalidades que a Comissão deve seguir para determinar as coimas infligidas às empresas que violaram o artigo 81.º CE.

140. Mais exactamente, o ponto A, n.º 5, da comunicação esclarece que a colaboração prestada por uma empresa aos serviços da Comissão é apenas um dos vários elementos a tomar em conta para a fixação do montante da coima.

141. Decisivo, na linha da tese que sustentamos, parece-nos ser o ponto A, n.º 3, da comunicação o qual prevê que o objectivo da comunicação é «estabelecer as condições com base nas quais as empresas que cooperem [com a Comissão] durante as suas investigações sobre um acordo, decisão ou prática concertada poderão beneficiar da não aplicação ou da redução da coima que, em princípio, lhes seria aplicada».

142. Dito isto, importa agora perguntar se, aplicando a nova metodologia de cálculo das coimas constante das orientações, a Comissão violou a confiança legítima das empresas recorrentes.

143. As recorrentes realçam justamente que o facto de uma instituição comunitária manter determinada prática ao longo do tempo pode, em princípio, gerar fundadas e legítimas expectativas que o direito comunitário deve salvaguardar.

144. As mesmas recordam que, no que se refere ao processo Ferriere San Carlo de 1987⁶¹, no qual o Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar-se sobre a legalidade de uma decisão da Comissão através da qual

60 — Comunicação sobre a cooperação, ponto A, n.ºs 1 a 3.

61 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Novembro de 1987, Ferriere San Carlo/Comissão (344/85, Collect., p. 4435).

esta tinha acusado a empresa Ferriere San Carlo de ter excedido a parte da quota de varão para betão que podia ser fornecida no mercado comum na aceção de uma anterior decisão da Comissão, admitiu o recurso declarando que o comportamento da Comissão era contrário a uma prática seguida por esta instituição nos dois anos anteriores e que tinha levado a tolerar fornecimentos de varão de betão em quantidades superiores às fixadas pela Comunidade.

145. Com base neste precedente, as recorrentes sustentam, portanto, que, também no caso em apreço, devia ter sido protegida a confiança legítima gerada quanto à manutenção da prática da Comissão em matéria de cálculo das coimas. No caso concreto, de facto, a Comissão nunca comunicou às empresas a intenção de aplicar a nova metodologia de cálculo das coimas constante das orientações e de não respeitar, assim, a prática anteriormente seguida.

146. Devemos objectar, no entanto, que as recorrentes se esquecem que o Tribunal de Justiça teve ocasião de esclarecer que o princípio da confiança legítima só pode ser invocado quando a mudança de prática da administração não seja previsível por parte de um «operador económico prudente e sensato»⁶².

62 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Abril de 1997, Irish Farmers Association e o. (C-22/94, Colect., p. I-1809, n.º 2); v., também, acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Março de 1987, Van den Bergh en Jurgens/Comissão (265/85, Colect., p. 1155, n.º 44).

147. Impõe-se, portanto, estabelecer se a mudança de metodologia no cálculo das coimas, como a efectuada pela Comissão através das orientações, era previsível por parte de operadores económicos «prudentes e sensatos».

148. Em nosso entender, a solução desta questão está relacionada com tudo o que dissemos anteriormente no que se refere à questão da legalidade das orientações.

149. Parece-nos que não se pode censurar à Comissão o facto de ter violado a confiança legítima das recorrentes apenas por ter adoptado uma posição mais rigorosa na fixação das coimas ou por ter adoptado uma nova metodologia de cálculo das mesmas, permanecendo, contudo, na linha da disciplina do Regulamento n.º 17.

150. Pensamos, com efeito, que um operador sensato e prudente teria podido razoavelmente prever quer um agravamento do montante geral das coimas quer, em alternativa, que a Comissão pudesse adoptar, no âmbito da discricionariedade que lhe é atribuída pelo artigo 15.º do regulamento, um modelo de cálculo das coimas em conformidade com as normas do direito comunitário derivado.

151. Importa, de facto, observar que, de acordo com um constante ensinamento do Tribunal de Justiça «mesmo se o princípio da protecção da confiança legítima é um dos princípios fundamentais da Comunidade, [...] os operadores económicos não têm razão para depositar uma confiança legítima na manutenção de uma situação existente, que pode ser alterada no âmbito do poder de apreciação das instituições comunitárias»⁶³.

152. Ora, precisamente na área que nos interessa, o Tribunal de Justiça reconheceu à Comissão o direito de proceder discricionariamente ao aumento do nível geral das coimas aplicadas por violação do direito comunitário da concorrência, especificando que «o facto de a Comissão ter aplicado, no passado, coimas de um certo montante a determinados tipos de infracções, não a pode impedir de aumentar esse montante, dentro dos limites fixados no Regulamento n.º 17, se tal for necessário para garantir a realização da política comunitária da concorrência. Ao invés, a aplicação eficaz das normas comunitárias da concorrência implica que a Comissão possa sempre adaptar o nível das coimas às exigências desta política»⁶⁴.

153. No mesmo acórdão, além disso, o Tribunal de Justiça excluiu que a Comissão esteja obrigada a anunciar, na comunicação

das acusações, a intenção de alterar a sua política em matéria de montantes gerais das coimas, pois que tal opção depende «de considerações gerais de política da concorrência, não directamente conexas com as circunstâncias particulares das práticas ora em análise»⁶⁵.

154. Apesar disso, devemos acrescentar, a Comissão não tinha deixado de chamar a atenção dos operadores económicos para o eventual aumento do nível das coimas e do efeito dissuasivo das sanções⁶⁶. Daí resulta que os operadores económicos tinham sido também informados das intenções da Comissão a esse respeito.

155. Daí concluímos, pois, pela não existência, no caso vertente, de violação da confiança legítima das recorrentes.

b) Violação do princípio da não retroactividade

156. Como dissemos, as recorrentes alegam também violação do princípio da não retroactividade das sanções.

63 — V. acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, Delacre e o./Comissão (C-350/88, Colect., p. 1-395, n.º 33).

64 — Acórdão Musique Diffusion française, já referido, n.º 109.

65 — Acórdão Musique Diffusion française, já referido, n.º 22.

66 — V. XXI.º Relatório sobre Política de Concorrência, p. 120.

157. No que toca a este aspecto, compartilham das afirmações do Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido, ou seja, que as sanções aplicadas a uma empresa por uma infracção às regras da concorrência devem corresponder às fixadas no momento em que a infracção foi cometida.

160. Parece-nos evidente que só se poderá falar de uma violação do princípio da não retroactividade, na medida em que se determine que as sanções aplicadas às empresas recorrentes se situam fora do sistema previsto no referido artigo 15.º e não são conformes com ele.

161. No entanto, não é esta a situação do caso em apreço.

158. Defendem, no entanto, que a Comissão violou este princípio, uma vez que não respeitou a prática seguida até àquele momento para o cálculo das coimas, com o resultado de que o montante definitivo destas se revelou bastante mais elevado.

162. Como já referimos anteriormente, as orientações adoptadas pela Comissão respeitam o sistema cristalizado nesta disposição e estão em conformidade com o mesmo.

159. Pela nossa parte, observamos que o regime de sanções em vigor quando foram praticadas as infracções censuradas não era constituído, como defendem as recorrentes, pela prática decisória da Comissão, mas pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Com efeito, é esta a única disposição que indica quais os critérios e parâmetros que a Comissão deve ter em conta em matéria de cálculo das coimas.

163. Com efeito, mesmo tendo em conta o método indicado nas orientações, o cálculo das coimas continua a ser feito em função dos dois critérios indicados no artigo 15.º, n.º 2, ou seja, a gravidade da infracção e a sua duração no respeito do limite máximo de 10% do volume de negócios de cada uma das empresas envolvidas.

164. Também não poderá encontrar-se uma violação do princípio da não retroactividade no aumento, puro e simples, do nível das

coimas. A este propósito, valem as considerações já expressas anteriormente, segundo as quais a Comissão goza nesta matéria de uma discricionariedade tal que pode proceder, por razões de política da concorrência, a um aumento e a um agravamento do nível das coimas desde que se mantenha no quadro jurídico geral vigente no momento em que foram cometidas as infracções penalizadas.

tante das coimas. Ora, a Comissão não forneceu qualquer indicação, na comunicação das acusações, que permitisse prever a introdução de uma nova política em matéria de cálculo das coimas. Durante o procedimento administrativo, as recorrentes não puderam, portanto, apresentar nenhuma observação sobre a aplicação das novas orientações.

165. No caso vertente, portanto, não se pode acusar a Comissão de ter violado o princípio da não retroactividade porque, embora tenha aplicado a metodologia de cálculo contida nas orientações, ela manteve-se de qualquer modo dentro dos limites previstos no artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

167. Em resposta a estas acusações, a Comissão alega que não tem qualquer obrigação de informar de modo preciso as empresas sujeitas a investigação por violação do direito da concorrência quanto ao método que pretende aplicar para o cálculo das coimas, bem como de dar indicações sobre a possível importância destas.

4. Quanto aos fundamentos relativos à violação dos direitos de defesa

166. Todas as recorrentes, excepto a ABB, sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro ao afirmar que o seu direito de serem ouvidas não obrigava a Comissão a comunicar-lhes, no decurso do procedimento administrativo, a sua intenção de aplicar as novas orientações para o cálculo das coimas. Esta omissão é tanto mais grave quanto as orientações alteravam substancialmente o direito então em vigor e comportavam um agravamento considerável do mon-

168. Com efeito, parece-nos também que a Comissão não violou os direitos de defesa das recorrentes, e em particular o seu direito de serem ouvidas no que toca à determinação das coimas.

169. Basta, a este propósito, remeter para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, correctamente citada pelo Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual a obrigação de ouvir as empresas fica cumprida quando a Comissão declara expressamente, na comunicação das acusações, que examinará se é

caso de aplicar coimas às empresas consideradas e quando indica as principais considerações de facto e de direito que podem levar à aplicação de uma coima, como a gravidade e a duração da presumível infracção, o facto de ter sido cometida de forma intencional ou por negligência⁶⁷.

170. Ora, como referiu o Tribunal de Primeira Instância nos acórdãos recorridos⁶⁸, a Comissão indicou, na comunicação das acusações, os elementos de facto e de direito em que se baseou para determinar o montante da coima: o facto de a infracção ser uma infracção muito grave, a duração da infracção que tencionava imputar a cada empresa, os elementos constitutivos de circunstâncias agravantes, os outros factores que teve em consideração na determinação das coimas, como o papel desempenhado por cada uma no âmbito do cartel, o peso económico respectivo no mercado de referência, etc.

171. Desta maneira, a Comissão respeitou devidamente o direito das empresas a serem ouvidas quanto à imposição da coima e sobre cada um dos elementos que tencionava tomar em consideração na quantificação da mesma. De acordo com a jurisprudência, o respeito desse direito não comporta nenhuma outra obrigação para a Comissão

e, de qualquer modo, não comporta certamente a obrigação de indicar como usou cada elemento para determinar o montante da coima, nem a de dar indicações relativas à importância da mesma⁶⁹.

172. Lembramos, por outro lado, que, segundo o Tribunal de Justiça, a Comissão não é obrigada a anunciar, na comunicação das acusações, a intenção de alterar a sua política relativa ao montante geral das coimas⁷⁰.

173. À luz das considerações anteriores, propomos, portanto, ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente o presente fundamento de recurso.

5. Quanto aos fundamentos relativos à violação do dever de fundamentação na fase da determinação do montante da coima

174. Algumas recorrentes (designadamente a KE-KELIT, a LR AF 1998 A/S e a LR AF GmbH) alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu erro de direito

67 — Acórdão *Musique Diffusion française*, já referido, n.º 21. V., também, acórdão *Michelin/Comissão*, já referido, n.ºs 19 e 20.

68 — V., por exemplo, acórdão LR AF 1998, já referido, n.ºs 201 a 203.

69 — Acórdãos *Musique Diffusion française*, já referido, n.º 21, e *Michelin*, já referido, n.º 19.

70 — Acórdão *Musique Diffusion française*, já referido, n.º 22.

ao concluir que a decisão da Comissão estava, no que se refere à fixação do montante da coima, suficientemente fundamentada e que, portanto, não havia violação do artigo 253.º CE. No entender dessas recorrentes, a Comissão, pelo contrário, deveria não só ter justificado a decisão de se afastar da sua prática anterior — que consistia em determinar o montante das coimas em função do volume de negócios no mercado de referência — mas também a alegada aplicação retroactiva das orientações.

175. Digamos desde já que, mesmo prescindindo das conclusões que formulámos anteriormente sobre as acusações relativas à confiança legítima e à não retroactividade consideramos que este fundamento improcede.

176. De facto, basta observar que, de acordo com jurisprudência consolidada, o dever de fundamentação das modalidades de cálculo das coimas está cumprido quando a Comissão indica os elementos de apreciação que lhe permitiram medir a gravidade da infracção bem como a respectiva duração⁷¹, e isto segundo o artigo 15.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 17, nos termos do qual «deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a

duração da mesma». Só na falta de tais elementos é que a decisão está viciada por falta de fundamentação.

177. No que se refere, além disso, às decisões que aplicam coimas a várias empresas, o Tribunal de Primeira Instância, nos acórdãos impugnados⁷², lembrou, com razão, que, nesse caso, o alcance do dever de fundamentação deve ser, em especial, determinado à luz do facto de que a gravidade da infracção deve ser estabelecida em função de um grande número de elementos tais como nomeadamente — mas não exclusivamente — as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas⁷³.

178. Ora, em nosso entender, o Tribunal de Primeira Instância decidiu correctamente que a Comissão tinha observado essas exigências. Em especial, confirmou, em relação a cada uma das recorrentes, que a decisão da Comissão continha uma indicação suficiente e pertinente dos elementos de apreciação tomados em consideração para determinar a gravidade e a duração da infracção⁷⁴.

179. Como correctamente observou o Tribunal de Primeira Instância, «mesmo admi-

71 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, *Sarriò/Comissão* (C-291/98 P, Colect., p. I-9991, n.º 73); *Cascades/Comissão* (C-279/98 P, Colect., p. I-9693, n.º 43); e de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e o./Comissão*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P e C-254/99 P, Colect., p. I-375, n.º 463).

72 — V., por exemplo, acórdão LR AF 1998 A/S, já referido, n.º 378.

73 — Despacho do Tribunal de Justiça de 25 de Março de 1996, *SPO e o./Comissão* (C-137/95 P, Colect., p. I-1611, n.º 54).

74 — V. acórdãos, já referidos, *Löfgstör Rör GmbH*, n.º 372; *KE-KELIT*, n.º 203; e LR AF 1998, n.º 383.

tindo que, no que diz respeito ao nível da coima, a decisão materializa um aumento sensível desse nível em relação às decisões precedentes, a Comissão desenvolveu o raciocínio que a levou a fixar em tal nível o montante da coima [...] *de forma completamente explícita*»⁷⁵, fazendo referência à particular gravidade da infracção, à sua duração, à presença de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, à dimensão das empresas, ao papel desempenhado por cada uma das empresas no âmbito do cartel, bem como à aplicação da comunicação sobre a cooperação.

180. Noutros termos, a decisão da Comissão contém todos os elementos de apreciação que utilizou para fixar o montante das coimas.

181. Deve, portanto, improceder o fundamento relativo à fundamentação insuficiente da decisão da Comissão.

B — Fundamentos referentes à situação individual das recorrentes

182. As recorrentes formularam numerosas críticas relativas à situação específica de cada

uma delas. Nas páginas que se seguem procederemos à análise dessas críticas, não nos detendo, todavia, nas que nos parecem ter um interesse marginal, nem naquelas em relação às quais o acórdão do Tribunal de Primeira Instância nos parece absolutamente convincente.

1. Quanto aos fundamentos relativos à aplicação errada do n.º 1 do artigo 81.º CE, no que respeita à participação de uma empresa num acordo

183. i) O grupo Isoplus alega que o Tribunal de Primeira Instância aplicou erradamente a jurisprudência segundo a qual, uma empresa, ainda que não tenha posto em prática as decisões das reuniões com objectivo anti-concorrencial, pode ser considerada responsável pela infracção enquanto não se tiver demarcado publicamente das decisões da referida reunião.

184. Em especial, as recorrente contestam a afirmação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual, para declarar uma violação do artigo 81.º CE «não é importante [...] saber se a empresa em questão se reúne com empresas que têm uma posição dominante ou, pelo menos, economicamente preponderante no mercado» (n.º 224 do acórdão recorrido). Precisamente em tais circunstâncias, no entender das recorrentes, deve, pelo contrário, ser tomado em consideração o menor peso económico de alguns participantes, uma vez que para estes é difícil manifestar publicamente distanciamento em

75 — Acórdão LR AF 1998, já referido n.º 385. O sublinhado é meu.

relação às decisões das reuniões em que também participam empresas com um poder económico superior e que podem exercer fortes pressões sobre os seus concorrentes. Nestas situações, as empresas economicamente mais «fracas» não deviam ser consideradas responsáveis por violação do artigo 81.º CE quando, apesar de não terem denunciado publicamente o acordo, não actuaram em conformidade com as decisões adoptadas numa reunião com um objecto anticoncorrencial.

185. Digamos, desde já, que compartilhamos da análise desenvolvida pelo Tribunal de Primeira Instância e que, contrariamente ao sustentado pelas recorrentes, tal análise responde exhaustivamente às objecções por estas formuladas já em primeira instância.

186. Acrescentemos que, a admitir a interpretação proposta pelas recorrentes, tal resultaria numa aplicação diferenciada do artigo 81.º CE em função da dimensão e/ou da posição económica das empresas. Ora, uma tal concepção «de geometria variável» é contrária aos princípios do direito comunitário da concorrência, como interpretados por uma jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, segundo a qual, para efeitos de aplicação do artigo 81.º é indiferente que as partes no acordo «se encontrem ou não em pé de igualdade no que diz respeito à sua

posição e função económicas»⁷⁶ ou que uma empresa «tenha desempenhado um papel secundário nas partes [do acordo] em que participou»⁷⁷.

187. Isto, obviamente, não significa que a Comissão não deva ter em conta as diferenças existentes entre os participantes num acordo em termos de peso económico, nem que de tais disparidades não se devam inferir consequências. Significa tão-só que tais elementos relevam não na fase de verificação da responsabilidade individual dos participantes no acordo, mas para efeitos de apreciação da gravidade da infracção e, portanto, na fase da determinação da coima⁷⁸.

188. Além disso, como correctamente observou a Comissão, tais elementos podem ter alguma importância no âmbito da apreciação, por parte do tribunal nacional, da latitude da responsabilidade das diferentes empresas quanto às consequências da infracção⁷⁹, para efeitos cíveis.

76 — Acórdão de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig / Comissão (56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423, em especial, p. 424).

77 — Acórdãos de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 90) e Aalborg Portland e o., já referido, n.º 86.

78 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.º 90.

79 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, Courage e Crehan (C-453/99, Colect., p. I-6297, n.º 35).

189. ii) A Brugg Rohrsysteme GmbH (a seguir «Brugg») alega, pelo contrário, que o Tribunal de Primeira Instância inferiu erradamente a prova da sua participação activa no boicote relativamente à Powerpipe da sua presença na reunião de 24 de Março de 1995, na qual esse boicote foi decidido.

190. Para o efeito, refere que a sua única actividade é a venda de tubos com revestimento térmico. Por isso, não podia, de modo algum, participar numa acção de boicote contra a Powerpipe, acção que, pelo contrário, só podia ser posta em prática pelas empresas produtoras de tubos com revestimento térmico e directamente concorrentes da Powerpipe.

191. Segundo esta recorrente, portanto, a Comissão errou ao considerar que a participação da recorrente na referida reunião pudesse constituir uma hipótese de circunstância agravante, determinando, por si só, um aumento do montante da coima igual a 20%.

192. Parece-nos, no entanto, que esta tese é forçada.

193. Se, de facto, fosse seguida em toda a linha, deveria concluir-se que não deveriam responder por uma violação do artigo 81.º do Tratado todas as empresas que, embora tendo manifestado o seu acordo sobre um comportamento anticoncorrencial não conseguiram pô-lo posteriormente em prática.

194. A responsabilidade de uma empresa, portanto, teria de ser ligada não tanto à sua vontade manifesta de violar as regras da concorrência, mas à possibilidade material de o fazer.

195. Ora, tal posição não encontra qualquer apoio na jurisprudência.

196. Limitamo-nos a lembrar que, no acórdão Anic Partecipazioni, o Tribunal de Justiça declarou que uma empresa viola o artigo 81.º do Tratado não só quando «pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objectivos comuns», mas também quando «tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspectivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objectivos ou [...] razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco»⁸⁰.

80 — Acórdão Anic Partecipazioni, já referido, n.º 87.

197. Esta jurisprudência foi ainda recentemente confirmada mais especificamente no acórdão Aalborg Portland, no qual o Tribunal de Justiça declarou que: «basta que a Comissão demonstre que a empresa em causa participou em reuniões nas quais foram celebrados acordos de natureza anti-concorrencial, sem a eles se terem oposto de forma manifesta, para provar suficientemente a participação da referida empresa no acordo. [...] [A] aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuidade da infracção e compromete a sua descoberta. Esta cumplicidade constitui um modo passivo de participação na infracção, pelo que é de natureza a fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito de um acordo único»⁸¹.

198. Como o Tribunal de Primeira Instância considerou, com razão, a Brugg deveria ter manifestado claramente a sua discordância em relação à conduta anticoncorrencial decidida na reunião de 24 de Março de 1995, de modo a informar os outros participantes de que não partilhava das suas linhas de conduta, que delas se distanciava e de que não estava disposta a aceitar os riscos respectivos.

199. O que, como se viu, não se verificou no caso em apreço.

200. Em conclusão, consideramos que não procedem os fundamentos suscitados pelo grupo Isoplus e Brugg relativos à supostamente errada aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE.

2. Quanto aos fundamentos relativos à não tomada em consideração de circunstâncias atenuantes e agravantes

201. i) As empresas do grupo Isoplus objectam, seguidamente, que o Tribunal de Primeira Instância negou erradamente o respectivo direito a que lhes fosse aplicada uma redução da coima com base no ponto D da comunicação sobre a cooperação.

202. Recordam que, por força dessa disposição, a Comissão deve sempre conceder uma redução do montante da coima em caso de colaboração, ainda que parcial e limitada, como no caso em apreço, quando essa cooperação tiver contribuído para confirmar a existência da infracção. Além disso, as recorrentes acusam a Comissão de, nas operações de cálculo, ter considerado duas vezes as tentativas de obstrução à investigação: uma primeira vez como circunstância agravante, que levou a um aumento da coima, e uma segunda vez como fundamento para não conceder uma redução da coima em conformidade com a comunicação sobre a cooperação. Com esta abordagem, a

81 — Acórdão Aalborg Portland e o., já referido, n.º 81 e segs.

Comissão violou, em especial, os direitos de defesa das recorrentes, bem como o princípio do «processo equitativo».

203. Também sobre este ponto consideramos, no entanto, mais convincente a análise desenvolvida pelo Tribunal de Primeira Instância. Acrescentamos apenas algumas considerações sobre a alegada «dupla» tomada em consideração do comportamento de obstrução por parte das recorrentes.

204. Antes de mais, observemos que, em nosso entender, a Comissão só violaria os direitos fundamentais das recorrentes na hipótese de ter imputado duas vezes às recorrentes a mesma circunstância agravante.

205. Completamente diferente é, porém, uma situação na qual, como no caso em apreço, a existência de uma circunstância agravante é inconciliável com as condições de aplicação de uma circunstância atenuante. Nesse caso, o comportamento de colaboração ou não de uma empresa deve ser apreciado globalmente.

206. Ora, da decisão da Comissão emerge um contributo das recorrentes, de preferência, parcial e limitado, bem como bastante

contrastado. Com efeito, se é verdade que, em certa medida, elas colaboraram com a Comissão carreando alguns elementos de prova complementares aos que esta já possuía e reconhecendo, em parte, a sua participação no acordo, também é verdade que, ao mesmo tempo, colocaram deliberadamente obstáculos à investigação dando informações incompletas e parcialmente inexactas, tornando, assim, mais difícil a investigação da Comissão. Essa circunstância, como se pode inferir não só do espírito da comunicação sobre a cooperação, como também da jurisprudência firmada citada pelo Tribunal de Primeira Instância, parece-nos dificilmente conciliável com a exigência de um «comportamento cooperativo» de molde a poder justificar uma redução da coima.

207. ii) Por sua vez, a LR AF 1998 lamenta que a Comissão tenha excluído, injustamente, a existência de circunstâncias atenuantes no seu caso e, que o Tribunal de Primeira Instância tenha errado ao comparar desta decisão.

208. Em especial, a recorrente alega que tem direito a uma redução da coima aplicada, devido às seguintes circunstâncias: a) encontrava-se numa relação de «sujeição» relativamente à ABB, o principal operador e o único grupo multinacional no sector do aquecimento urbano, e, além disso, era a empresa líder do acordo; b) foi vítima de pressão económica exercida pela própria

ABB no sentido de a obrigar a participar no acordo e de pôr em prática as medidas decididas de comum acordo pelas empresas; c) as infracções ao direito da concorrência imputadas à ABB são muito mais graves do que as imputadas à recorrente.

209. Sob um segundo aspecto, a LR AF 1998 critica a Comissão por ter ignorado as pressões exercidas pela ABB sobre outras empresas e critica o Tribunal de Primeira Instância por ter justificado a atitude da Comissão com base na observação de que «ao determinar a coima a aplicar à ABB, as pressões que esta exerceu sobre as outras empresas foram consideradas um elemento que conduziu a um aumento da sua coima»⁸².

210. Segundo a recorrente, de facto, a obrigação de determinar o montante de uma coima com base em factores individuais pertinentes não pode ser cumprida mediante uma operação de ajustamento de uma coima infligida a outra empresa.

211. A recorrente objecta, por fim, que o Tribunal de Primeira Instância errou ao considerar que a introdução, por parte da recorrente, de um programa interno de

adequação ao direito comunitário não constitua uma circunstância atenuante que justificasse uma redução do montante da coima que lhe foi aplicada.

212. Em nosso entender, foi acertadamente que o Tribunal de Primeira Instância excluiu a LR AF 1998 do direito de lhe serem aplicadas circunstâncias atenuantes por parte da Comissão.

213. Nenhuma dessas circunstâncias pode, com efeito, em nosso entender, ser detectada na pressão económica que, no dizer da recorrente, a ABB sobre ela exerceu.

214. A este propósito, lembremos, antes de mais, que as orientações não incluem expressamente esta hipótese no elenco das circunstâncias atenuantes que figuram no ponto 3 das referidas orientações⁸³.

215. Além disso, a Comissão, em nosso entender, correctamente, deu até agora à atenuante em causa uma interpretação restritiva, considerando que a mesma só se pode aplicar no caso de a participação de

83 — O ponto 3 desta comunicação esclarece, de facto, que são circunstâncias atenuantes, susceptíveis de justificar uma redução da coima «papel exclusivamente passivo ou «seguidista na infracção cometida; não aplicação efectiva dos acordos ou práticas ilícitos; ter posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão (nomeadamente verificações); existência de dúvidas razoáveis da empresa sobre o carácter de infracção do comportamento restritivo; infracções cometidas por negligência e não de forma deliberada; colaboração efectiva da empresa no processo, fora do âmbito de aplicação da comunicação de 18 de Julho de 1997 sobre a não imposição ou a redução do montante das coimas; outras».

82 — Acórdão LR AF 1998, já referido, n.º 339.

uma empresa no cartel ser mínima, por exemplo quando a empresa nunca tenha participado em qualquer reunião do acordo anticoncorrencial⁸⁴. Caso contrário, essa atenuante deveria ser reconhecida a todas as empresas que não tiveram o papel de instigadoras ou iniciadoras do acordo o que ampliaria excessivamente o seu âmbito de aplicação.

216. No caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância pôde seguidamente constatar, sem qualquer dúvida, não só a presença mas também a participação activa da recorrente em numerosas reuniões do cartel europeu. O facto de a tal poder ter sido coagida pela ABB é irrelevante, porque nada a impedia de ter denunciado tais pressões às autoridades nacionais encarregadas da protecção da concorrência ou à própria Comissão, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17.

217. Menos convincente se afigura, pelo contrário, o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância quando considerou que, em qualquer caso, «não pode ser censurado à Comissão o facto de não ter tido em conta essas pressões, dado que, ao determinar a coima a aplicar à ABB, as pressões que esta exerceu sobre as outras

empresas a fim de as persuadir a associarem-se ao cartel foram consideradas um elemento que conduziu a um aumento da sua coima».

218. Parece-nos, de facto, que, dada a natureza puramente individual da coima, não se pode justificar a não redução do seu montante em prejuízo de um operador económico em nome do correspondente aumento da coima infligida a outro operador.

219. Dito isto, consideramos todavia que este erro de apreciação do Tribunal de Primeira Instância não é de molde a invalidar a conclusão a que chegou a decisão impugnada, segundo a qual a LR AF 1998 não tinha direito a qualquer redução da coima. Parece-nos, com efeito, que a Comissão considerou, correctamente, que, para salvaguardar a sua própria posição, a recorrente tinha à sua disposição meios legais mais eficazes do que participar num acordo anticoncorrencial.

220. Por fim, não pode ser atribuída nenhuma relevância ao facto de a recorrente se ter dotado de um programa interno de adequação ao direito comunitário. A este propósito, estamos plenamente de acordo com as afirmações do Tribunal de Primeira Instância no n.º 345 do acórdão recorrido e,

⁸⁴ — V. decisões da Comissão de 7 de Junho de 2000, Aminoácidos (JO 2001, L 152, p. 24), e de 21 de Novembro de 2001, Vitaminas (JO L 6, p. 1).

portanto, consideramos supérfluo determinos ulteriormente neste ponto.

instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo».

221. Concluimos, portanto, no sentido de que os fundamentos ora apreciados devem ser considerados improcedentes.

224. De acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça⁸⁵, são considerados «fundamentos novos» os argumentos deduzidos no decurso da instância que não resultem de algum modo relacionados com argumentos jurídicos na mesma já expostos.

3. Quanto aos fundamentos relativos à violação das regras processuais

222. No seu primeiro fundamento de recurso, a ABB Asea Brown Boveri Ltd (a seguir «ABB») censura o Tribunal de Primeira Instância por, erradamente, ter considerado que o parecer do Prof. J. Schwarze, anexo à réplica da recorrente, não podia ser tomado em consideração, uma vez que, contrariamente ao previsto no artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, introduzia fundamentos novos não suscitados no recurso.

225. Daí resulta que são, pelo contrário, admissíveis os argumentos que, não obstante terem sido deduzidos no decurso da instância se reconduzem a fundamentos já anteriormente suscitados, na medida em que constituem um desenvolvimento directo ou implícito daqueles fundamentos.

223. A este respeito, lembremos que nos termos desta disposição «[é] proibido deduzir novos fundamentos no decurso da

226. Esclarecido este aspecto importa, portanto, verificar se a argumentação desenvolvida no parecer do Prof. Schwarze constitui o desenvolvimento natural dos fundamentos

85 — Acórdãos de 21 de Dezembro de 1954, Itália/Alta Autoridade (2/54, Recueil, p. 73, n.º 6, Colect. 1954-1961, p. 5); de 30 de Setembro de 1982, Amylum/Conselho (108/81, Recueil, p. 3107, n.º 25); e de 4 de Fevereiro de 1997, Bélgica/Comissão (C-71/95, C-155/95, C-271/95, Colect., p. I-687).

deduzidos pela ABB no recurso interposto no Tribunal de Primeira Instância.

227. Ora, o parecer do Prof. Schwarze analisa, no essencial, se a decisão impugnada está em conformidade com alguns princípios de direito, como, designadamente, o princípio da confiança legítima, o da autolimitação da administração pública, o *estoppel*, o da boa administração e o dos direitos de defesa.

228. No seu recurso, a ABB baseou-se em apenas alguns desses princípios. Em especial, nos n.ºs 44 e seguintes do recurso, a recorrente censurou a Comissão por, mediante uma aplicação retroactiva das orientações, ter violado a sua confiança legítima na manutenção de uma prática em matéria de cálculo do montante das coimas, bem como por ter violado algumas garantias processuais da recorrente.

229. Na primeira parte do recurso, pelo contrário, lamentou que a Comissão, no decurso do processo na origem da decisão impugnada, tivesse violado os seus direitos de defesa e o seu direito a ser ouvida.

230. A recorrente não alegou, em contrapartida, a violação dos outros princípios, analisada pelo Prof. Schwarze no seu parecer, designadamente os princípios da autolimitação da administração pública, o *estoppel* e o da boa administração.

231. Assim sendo, grande parte dos argumentos desenvolvidos no parecer não podem ser considerados «novos».

232. Por outro lado, também não se pode invocar a excepção da inadmissibilidade dos argumentos do Prof. Schwarze pelo facto de constarem de um parecer jurídico que figura em anexo à réplica. Consideramos, com efeito, que o artigo 48.º não impede a parte que pretende apresentar novos fundamentos de direito ou desenvolver os fundamentos já suscitados (se tal lhe é permitido) invocar um parecer dado por um jurista que não pertence à defesa.

233. Parece-nos, portanto, contrariamente ao decidido pelo Tribunal de Primeira Instância, que o parecer do Prof. Schwarze deve ser considerado admissível nas partes em que analisa a alegada violação do princípio da confiança legítima e dos direitos de defesa da recorrente.

234. Por outro lado, observamos que, ainda se essas partes do parecer tivessem sido admitidas pelo Tribunal de Primeira Instância, os argumentos que dele constavam não teriam prejudicado as conclusões a que chegou o Tribunal de Primeira Instância quanto ao mérito de tais princípios. De facto, a apreciação feita pelo Prof. Schwarze não modifica substancialmente os argumentos através dos quais quer a ABB quer as outras recorrentes tinham alegado, já em primeira instância, a violação dos referidos princípios.

235. Ora, dado que, como tentámos demonstrar anteriormente, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito ao julgar improcedentes os fundamentos de recurso relativos à alegada violação de tais princípios, daí resulta que a acusação ora em exame não pode ser acolhida.

236. Em conclusão, consideramos que, uma vez que nenhuma das acusações formuladas pelas recorrentes se mostrou procedente, os recursos não merecem provimento.

IV — Quanto às despesas

237. À luz do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo e, tendo em conta as conclusões a que chegámos, quanto ao mérito, e que nos levaram a sugerir que fosse negado provimento aos recursos, consideramos que as recorrentes devem ser condenadas nas despesas.

V — Conclusão

238. À luz do que precede, propomos que o Tribunal de Justiça declare que:

«— Seja negado provimento aos recursos;

— As recorrentes sejam condenadas nas despesas.»