

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

L. A. GEELHOED

apresentadas em 19 de Janeiro de 2006¹

I — Introdução

1. Através do seu recurso, a Showa Denko KK (a seguir «SDK» ou «recorrente») pede a anulação parcial do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Abril de 2004, Tokai Carbon e o./Comissão (T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Colect., p. II-1181, a seguir «acórdão recorrido»), na medida em que este não elimina completamente o «multiplicador dissuasivo» que a Comissão utilizou para aplicar uma coima à recorrente.

2. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância reduziu a coima que a Comissão tinha aplicado à recorrente através da Decisão 2002/271/CE, de 18 de Julho de 2001, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do acordo EEE (Processo COMP/E-1/36.490 — Eléctrodos de Grafite)² (a seguir «decisão impugnada»).

II — Disposições relevantes

Regulamento n.º 17

3. O artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado³, dispõe o seguinte:

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

1 — Língua original: inglês.

2 — JO 2002, L 100, p. 1.

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

tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente:

a) Cometam uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo [81.º] ou no artigo [82.º] do Tratado [...]

[...]

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

As orientações para o cálculo das coimas

4. A Comunicação da Comissão intitulada «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 CEEA» (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações»), dispõe no seu preâmbulo o seguinte:

«Os princípios enunciados [...] deverão permitir assegurar a transparência e o carac-

ter objectivo das decisões da Comissão, quer em relação às empresas, quer em relação ao Tribunal de Justiça, reafirmando, simultaneamente, a margem de discricionariedade deixada pelo legislador à Comissão em matéria de fixação de coimas, no limite de 10% do volume de negócios global das empresas. Esta margem de discricionariedade deverá, contudo, ser exercida segundo uma linha de política coerente e não discriminatória, adaptada aos objectivos prosseguidos pela repressão das infracções às regras de concorrência.

A nova metodologia aplicável ao montante das coimas pautar-se-á doravante pelo esquema a seguir apresentado que se baseia na fixação de um montante de base ajustado através de majorações, para ter em conta circunstâncias agravantes, e de diminuições, para ter em conta circunstâncias atenuantes.»

III — Os factos e os antecedentes da adopção da decisão impugnada

5. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância resumiu os factos do recurso *sub judice* da seguinte forma:

«1 Com a Decisão 2002/271 [...] a Comissão verificou a participação de várias empresas numa série de acordos e de práticas concertadas, na aceção do

artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir 'acordo EEE'), no sector dos eléctrodos de grafite.

toneladas, das quais 280 milhões de toneladas foram produzidas em fornos de arco eléctrico. [...]

[...]

- 2 Os eléctrodos de grafite são utilizados principalmente na produção de aço em fornos de arco eléctrico. A produção de aço utilizando esses fornos consiste, essencialmente, num processo de reciclagem através do qual a sucata de aço é convertida em aço novo, por oposição ao processo clássico de produção a partir de minério de ferro nos altos-fornos a oxigénio. Num forno de arco eléctrico médio, são utilizados nove eléctrodos, agrupados em colunas de três, para a fusão da sucata de aço. Dada a intensidade do processo de fusão, é consumido um eléctrodo aproximadamente de oito em oito horas. O tempo de fabrico de um eléctrodo é de aproximadamente dois meses. Não existem quaisquer produtos substitutos dos eléctrodos de grafite no âmbito deste processo de produção.
- 3 A procura de eléctrodos de grafite está directamente ligada à produção de aço em fornos de arco eléctrico. Os clientes são principalmente produtores siderúrgicos, que representam cerca de 85% da procura. Em 1998, a produção mundial de aço bruto elevou-se a 800 milhões de toneladas, das quais 280 milhões de toneladas foram produzidas em fornos de arco eléctrico. [...]
- 5 Durante a década de 80, melhoramentos tecnológicos levaram a um declínio significativo no consumo específico de eléctrodos por tonelada de aço produzido. Durante este período, a indústria siderúrgica foi também objecto de uma importante reestruturação. Na sequência da queda da procura de eléctrodos, iniciou-se um processo de reestruturação a nível da indústria mundial de eléctrodos. Diversas fábricas foram encerradas.
- 6 Em 2001, nove produtores ocidentais forneceram eléctrodos de grafite ao mercado europeu: [...]
- 7 Em 5 de Junho de 1997, nos termos do n.º 3 do artigo 14.º do Regulamento n.º 17 [...], funcionários da Comissão realizaram investigações simultâneas e sem aviso prévio [...]

- 8 No mesmo dia, nos Estados Unidos, agentes do Federal Bureau of Investigation (FBI) executaram mandados de busca nas instalações de diversos produtores. Estas investigações levaram ao início de um processo penal por colusão contra [...] a SDK [...]. Todos os acusados admitiram a sua culpa relativamente às acusações e concordaram em pagar coimas, que foram fixadas em [...] 32,5 milhões de USD para a SDK [...]
- [...]
- 10 Foram intentadas acções de indemnização (*triple damages*) nos Estados Unidos contra [...] a SDK por um grupo de adquirentes.
- 11 [...] Em Junho de 1998, diversos produtores de aço do Canadá intentaram acções cíveis contra a [...] SDK por colusão.
- 12 Em 24 de Janeiro de 2000, a Comissão enviou uma comunicação de acusações às empresas em causa. O procedimento administrativo levou à adopção, em 18 de Julho de 2001, da decisão pela qual as empresas recorrentes [...] são criticadas por terem procedido, à escala mundial, a uma fixação dos preços e a uma compartimentação dos mercados nacionais e regionais do produto em causa segundo o princípio do ‘produtor nacional’: [...] a SDK [...] fic[ou] responsável[1] pelo Japão e por certas partes do Extremo Oriente [...].
- 13 Sempre segundo a decisão, os princípios de base do acordo eram os seguintes:
- os preços para os eléctrodos de grafite deveriam ser fixados a nível mundial;
 - as decisões relativas aos preços de cada empresa deveriam ser tomadas apenas pelo presidente ou pelos directores-gerais;
 - o ‘produtor nacional’ deveria estabelecer o preço de mercado na sua área e os outros produtores deveriam ‘segui-lo’;
 - no que se refere aos mercados ‘não nacionais’, ou seja, aos mercados em

que não existia qualquer produtor 'nacional', os preços deveriam ser decididos por consenso;

— os produtores 'não nacionais' não deveriam concorrer de forma agressiva e abandonar os mercados 'nacionais' dos outros produtores;

— não deveria ocorrer qualquer expansão de capacidade (os produtores japoneses deveriam reduzi-la);

— não deveria ocorrer qualquer transferência de tecnologia fora do círculo de produtores que participavam no cartel.

14 A decisão continua indicando que os referidos princípios de base foram aplicados através de reuniões do cartel que tinham lugar a vários níveis: reuniões de 'chefes', reuniões 'de trabalho', reuniões do grupo dos produtores europeus (sem as empresas japonesas), reuniões nacionais ou regionais consagradas a mercados específicos e contactos bilaterais entre as empresas.

[...]

16 Com base nos factos apurados e nas apreciações jurídicas efectuadas na decisão, a Comissão aplicou às empresas em causa coimas cujo montante foi calculado de acordo com a metodologia exposta nas 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 (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir 'orientações') e na Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JO 1996, C 207, p. 4, a seguir 'comunicação sobre a cooperação').

17 O artigo 3.º do dispositivo da decisão fixa as seguintes coimas:

[...]

SDK: 17,4 milhões de euros;

[...]

18 O artigo 4.º do dispositivo estabelece que as empresas em causa devem pagar as coimas no prazo de três meses a contar da data de notificação da decisão, sob pena de aplicação de juros à taxa de 8,04%.»

IV — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido **V — O recurso**

6. A SDK, através de petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no dia 4 de Outubro de 2001, assim como outras empresas dela destinatárias impugnaram a decisão.

7. Através do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância decidiu, *inter alia*, o seguinte:

«[...]

4) No processo T-245/01, Showa Denko/Comissão:

— o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 3.º da Decisão 2002/271 é fixado em 10 440 000 euros;

— quanto ao mais, é negado provimento ao recurso;

[...]»

I - 5868

8. A SDK conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— anular parcialmente o acórdão no processo T-245/01;

— reduzir o montante da coima da recorrente para 6 960 000 euros ou para o montante considerado adequado pelo Tribunal de Justiça no exercício da sua discricionariedade;

— adoptar qualquer outra medida que o Tribunal de Justiça considere adequada;

— condenar a Comissão nas despesas.

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

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

VI — Fundamentos jurídicos

10. Em apoio do presente recurso, a SDK apresenta quatro fundamentos, alguns dos quais poderão ser subdivididos. Os fundamentos indicados são os seguintes: o Tribunal de Primeira Instância incorreu em erro de direito, violou os princípios da não discriminação e da proporcionalidade e não apresentou uma fundamentação adequada ao não eliminar o «factor dissuasivo» aplicado à recorrente, ao basear o «factor dissuasivo» no volume de negócios mundial do grupo da recorrente em mercados não afectados e ao calcular a «coima de base» por referência à quota de mercado e ao volume de negócios mundial, sem ajustar a coima por forma a tomar em consideração as coimas e o passivo nos Estados Unidos.

11. Os fundamentos são os seguintes:

- O primeiro fundamento diz respeito a um erro de direito e a insuficiente fundamentação por parte do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que este reconheceu que, em princípio, um factor de «dissuasão», baseado no volume de negócios mundial, podia ser aplicado à recorrente.

- O segundo fundamento diz respeito ao erro de direito e à insuficiente funda-

mentação em que o Tribunal de Primeira Instância incorreu relativamente ao factor de «dissuasão» aplicado à recorrente.

- O terceiro fundamento diz respeito a um erro de direito e a insuficiente fundamentação por parte do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que este rejeitou o argumento segundo o qual, ao calcular a coima «base», a Comissão não estava obrigada a tomar em consideração as multas e obrigações impostas à recorrente nos Estados Unidos.
- O quarto fundamento diz respeito à violação do direito fundamental da recorrente a um processo equitativo.

VII — Análise

Observações preliminares

12. Já nas conclusões que hoje apresentei no processo C-308/04 referi que a dissuasão, como elemento agravante, é um dos factores que deve ser tomado em consideração na determinação do montante da coima.

13. É jurisprudência assente⁴ que as coimas por violação do artigo 81.º do Tratado CE, estabelecidas nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e, actualmente, do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003⁵, têm como objectivo punir a conduta ilegal das empresas envolvidas e impedir estas empresas, bem como as demais, de violarem no futuro as regras comunitárias da concorrência.

14. Actualmente, o facto de a Comissão dever tomar em consideração o aspecto dissuasor de uma coima encontra-se igualmente previsto de forma expressa nas orientações.

15. No presente processo, a SDK não contesta que a Comissão não tem o direito de garantir que as coimas tenham um efeito dissuasor, mas defende certos princípios que deveriam conduzir, no presente processo, a outra conclusão.

16. Antes de lidar com cada um dos fundamentos, irei delinear a forma pela qual a Comissão determinou as coimas aplicáveis àqueles que participaram no presente cartel.

17. No presente processo, a Comissão determinou a coima de acordo com o método de cálculo fixado nas orientações. Como se sabe, tal envolve diversas etapas.

18. Em primeiro lugar, a Comissão determina a coima de base em função da gravidade e da duração da infracção. A Comissão começa por avaliar a gravidade e, em seguida, avalia a duração.

19. Em segundo lugar, o montante inicial é então modificado em função das circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis a cada empresa individualmente.

20. Em terceiro lugar, se o limite de 10% do volume de negócios mundial das empresas for ultrapassado, a Comissão reduz para esse limite o montante da coima dessa forma calculado.

21. Em quarto lugar, se a empresa em questão cair no âmbito de aplicação da comunicação sobre a cooperação, a Comissão diminuirá a coima consoante o grau de cooperação.

22. No interesse de uma apreciação completa, a coima pode igualmente ser ajustada,

4 — Acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique diffusion française/Comissão* (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.ºs 105 e 106).

5 — Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1).

segundo as circunstâncias, por motivos como a reduzida capacidade da empresa para pagar a coima ou a vantagem económica ou financeira eventualmente obtida pelos autores da infracção [v. n.º 5, alínea b), das orientações].

23. No que diz respeito à primeira etapa, em particular no que diz respeito à gravidade, a Comissão considerou a infracção como muito grave. Ainda que num caso de infracção colectiva, como um cartel, em que a gravidade relativamente a cada participante é semelhante, possa argumentar-se que deveria determinar-se um montante de partida comum para todas as empresas envolvidas no cartel, as orientações reconhecem que a Comissão pode aplicar um tratamento diferenciado aos membros do cartel, por forma a tomar em consideração a capacidade económica efectiva dos autores da infracção para causarem um prejuízo importante à concorrência, assim como determinar um montante que assegure que a coima tenha um carácter suficientemente dissuasivo.

24. No presente processo, a Comissão considerou necessário tomar em consideração o peso específico e, logo, o verdadeiro impacto da conduta infractora, atendendo à considerável diferença de dimensão das empresas. Dividiu dessa forma os membros do cartel em três categorias distintas, por forma a determinar o montante de partida apropriado a cada uma. Fê-lo com base no volume de negócios e na quota de mercado mundial. A Comissão calculou a coima de base adicionando um determinado montante

de EUR [x] por cada aumento [y]% da quota de mercado mundial. Tal resultou num montante de partida da coima de 40 milhões de euros para a categoria superior, 16 milhões de euros para a categoria intermédia e 8 milhões de euros para a categoria inferior.

25. A SDK foi colocada na categoria intermédia. Por forma a assegurar que a coima teria um efeito suficientemente dissuasor, a Comissão considerou que o montante de partida deveria ser multiplicado por 2,5 («o multiplicador de dissuasão»), para atingir 40 milhões de euros. Esse montante foi aumentado em 45% para reflectir a duração da participação da SDK no cartel, o que resultou num montante de partida de 58 milhões de euros. Não foram apuradas circunstâncias agravantes ou atenuantes no caso da SDK. Após aplicação da comunicação sobre a cooperação, o montante final da coima foi fixado em 17,4 milhões de euros.

26. O montante da coima assim determinado foi ajustado pelo Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal de Primeira Instância declarou, no que diz respeito ao multiplicador de 2,5 aplicado pela Comissão à coima aplicada à SDK para garantir que teria um efeito suficientemente dissuasor, que a decisão da Comissão não continha qualquer conclusão, além das relativas à dimensão e aos recursos globais da empresa, que justificasse a aplicação à SDK de um multiplicador superior a 1,5. Em especial, declarou que

a Comissão não explicou porque exigiriam as circunstâncias do caso em apreço a aplicação à SDK de um multiplicador seis vezes superior ao da VAW⁶, embora o seu volume de negócios pertinente para essa operação só seja duas vezes superior ao da VAW. Assim, o Tribunal de Primeira Instância aplicou um coeficiente de 1,5, reduzindo o montante de partida para 24 milhões de euros⁷.

27. O presente recurso diz respeito apenas ao multiplicador dissuasivo. No essencial, a SDK argumenta que não há justificação para destacar a SDK e lhe aplicar um factor especial de dissuasão. Sustenta que a dimensão e as finanças agregadas não são relevantes para o cálculo de qualquer aumento que seja necessário para efeitos de dissuasão.

A — Primeiro fundamento jurídico

28. Através deste fundamento, a SDK alega que a dimensão da empresa e o seu volume de negócios mundial, e não o volume de negócios atribuível aos produtos afectados pelo acordo, já tinham sido tomados em consideração quando a Comissão os utilizou

como base para a separação das coimas em três categorias. A SDK alega que esses factores não podem assim justificar um aumento adicional selectivo. No seu entender, o «multiplicador dissuasivo» apenas pode ser aplicado por motivos de dissuasão, e não para efeitos de «impacto real».

29. A SDK mantém que, nos n.ºs 241, 242 e 370 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância acrescenta um certo número de considerações que não estão previstas nas orientações, sendo que nenhuma delas se refere ao factor dissuasor. A esse propósito, a SDK alega, *inter alia*, que o acesso a fundos não está relacionado com a dissuasão, que a Comissão não deveria aumentar a coima apenas com o fundamento de que a SDK possui fundos para pagar a coima e que, no caso de algumas empresas terem dificuldade em reunir os fundos necessários para a pagar, tal não poderia justificar um aumento selectivo da coima para as outras.

30. A Comissão argumenta que o Tribunal de Primeira Instância tinha o direito de sustentar que a coima aplicada à SDK poderia basear-se no seu volume de negócios mundial.

Apreciação

31. Como já se referiu nas observações preliminares, a dissuasão é um aspecto

6 — No caso da VAW (a VAW é outro membro do cartel), a Comissão considerou necessário aumentar a coima por motivos de dissuasão. A VAW não recorreu da decisão impugnada.

7 — V. n.ºs 247 a 249 do acórdão.

importante da política de aplicação de coimas da Comissão, tendo como objectivo suscitar a consciencialização para as consequências que decorrem de uma conduta contrária ao direito da concorrência comunitário. Consequentemente, a Comissão tem o direito de determinar o montante de partida de uma coima num nível suficientemente dissuasor.

32. A dissuasão está relacionada com a gravidade da infracção. O presente processo representa uma violação muito grave e a Comissão determinou o montante de partida da coima em concordância com essa gravidade. A Comissão aplicou um tratamento diferenciador. Dividiu os infractores em três categorias, por forma a estabelecer uma hierarquia em função do impacto real. Essa classificação por categorias não significa que tenha sido inteiramente considerado um nível suficiente de dissuasão. Para duas das oito infractoras tal não foi o caso, devido à sua dimensão e ao conjunto dos seus recursos.

33. A SDK alega que a dimensão se relaciona com o impacto real e não com a dissuasão, e que a Comissão já tinha tomado em consideração a sua dimensão e o seu volume de negócios total quando determinou as três categorias. Tal não é, no entanto, correcto.

34. Conforme se referiu acima, para efeitos de diferenciação a Comissão considerou o volume de negócios do produto e a quota de mercado mundial, e considerou o volume de

negócios mundial global como a base do multiplicador dissuasivo. Para efeitos de diferenciação tomou em consideração o volume de negócios mundial do produto, porquanto este reflecte melhor a capacidade do infractor para provocar danos e facilita a avaliação do impacto da conduta na concorrência. Tomou o volume de negócios mundial como indicador da dimensão, para assegurar um efeito suficientemente dissuasor. Assim sendo, a SDK errou ao alegar que o volume de negócios mundial ou a dimensão já tinham sido tomados em consideração.

35. Não se pode aceitar o argumento da SDK segundo o qual a Comissão não pode tomar o volume de negócios mundial em consideração na avaliação do efeito dissuasor.

36. Como o Tribunal de Primeira Instância recordou⁸, constitui jurisprudência assente que a Comissão, quando calcula a coima de uma empresa, pode tomar em consideração, designadamente, a sua dimensão e o seu poder económico. A jurisprudência reconheceu, igualmente, a relevância do volume de negócios mundial para efeitos de medição da capacidade financeira dos membros do cartel. Consequentemente, os montantes do volume de negócios mundial podem fornecer uma indicação da dimensão e dos recursos globais das várias empresas participantes no cartel⁹.

8 — V. n.º 239 do acórdão recorrido.

9 — *Musique diffusion française*, já referido, n.ºs 119 e 121.

37. Em seguida, é comumente aceite que uma grande empresa com recursos diversificados tem uma posição diferente de uma pequena empresa cuja existência assenta num único produto. Para uma empresa de grandes dimensões e diversificada, uma coima relacionada apenas com o mercado afectado é, por referência aos seus recursos totais, mais pequena do que uma coima para uma empresa que tem todos os produtos envolvidos no cartel. Assim, uma coima semelhante para o mesmo tipo de infracção não tem o mesmo efeito dissuasor.

38. O Tribunal de Primeira Instância reconheceu, no n.º 241, que diferentes recursos financeiros podem exigir coimas diferentes ao afirmar que, devido ao seu enorme volume de negócios global relativamente aos outros membros do cartel, a SDK mobilizaria mais facilmente os fundos necessários ao pagamento da sua coima. Assim, a capacidade de mobilização de fundos, que difere de acordo com a dimensão e o poder económico de cada empresa, pode ser tida em conta na apreciação do efeito dissuasivo adequado. O Tribunal de Primeira Instância não se contradisse no número seguinte, ao afirmar que a simples dimensão de uma empresa não é automaticamente sinónimo do seu poder financeiro. De facto, também as empresas de maiores dimensões podem ter uma situação financeira débil ou ter um fluxo de tesouraria negativo. O Tribunal de Primeira Instância concluiu, contudo, que a SDK não esclareceu estar nessa situação, e esta não indicou claramente em que ponto é que o Tribunal de Primeira Instância incorreu em erro de direito.

39. No que diz respeito aos outros argumentos invocados pela SDK e já referidos no n.º 28, *supra*, nada na decisão ou no acórdão indica que a Comissão aumentou a coima da SDK em virtude das dificuldades financeiras de alguns dos restantes membros do cartel. De facto, isso não justificaria um aumento da coima da SDK. Além disso, não é pelo facto de não se exigir à Comissão que tome em consideração a reduzida capacidade de pagamento, a qual pode ser tomada em consideração no fim do procedimento de determinação da coima, que o mesmo é válido quanto à capacidade de pagamento (a capacidade de recolher fundos), que é tomada em consideração na primeira fase do procedimento de determinação da coima.

40. A SDK também fez referência ao acórdão proferido no processo Parker Pen¹⁰, no qual o Tribunal de Primeira Instância entendeu que «a fixação de uma coima apropriada não pode ser resultado de um mero cálculo com base no volume de negócios global». Esse acórdão desaconselhou a sobrevalorização do critério do volume de negócios global, como foi o caso no acórdão *Musique diffusion française*. Todavia, no acórdão Parker Pen, o que estava em causa era o montante final, ao passo que no processo ora em apreço é o montante de partida determinado à luz da gravidade da infracção. Como o Tribunal de Primeira Instância afirmou¹¹, no caso em apreço, a Comissão não baseou o montante final das coimas unicamente no volume de negócios mundial, mas teve em conta toda uma série de elementos para além do volume de negócios.

10 — Acórdão de 14 de Julho de 1994, Parker Pen/Comissão (T-77/92, Colect., p. II-549, n.º 94).

11 — V. n.º 202 do acórdão recorrido.

B — *Segundo fundamento*

41. A SDK observa que o Tribunal de Primeira Instância não estabeleceu qualquer critério relevante que pudesse justificar a aplicação de multiplicador dissuasivo à SDK. De facto, o Tribunal de Primeira Instância não teve em consideração alguns princípios gerais relevantes, que eram aplicáveis. A este respeito, a SDK divide os seus argumentos em quatro partes.

42. Na primeira parte, a SDK alega que, para efeitos de dissuasão, as coimas apenas deveriam ser aumentadas de forma moderada e com base em razões específicas relevantes que justificassem tal aumento, em especial porque a dissuasão não está prevista no Regulamento n.º 17. A SDK observa que, a este respeito, o Tribunal de Primeira Instância não apresentou qualquer fundamentação ou explicação.

43. Na segunda parte, a SDK argumenta que o multiplicador apenas se justifica à luz da atitude concreta ou provada de uma empresa, e não à luz da sua dimensão. A SDK afirma que não foram identificadas circunstâncias que constituíssem uma razão para a destacar, aplicando-lhe uma coima agravada com o objectivo de dissuasão.

44. Na terceira parte deste fundamento jurídico, a SDK observa que as análises

económicas da dissuasão confirmam que o multiplicador dissuasivo é arbitrário e injustificado.

45. De acordo com a SDK, se uma coima agravada se justifica por motivos de dissuasão, a coima que visa produzir um efeito dissuasivo não pode ser fixada arbitrariamente, antes devendo ser calculada por referência: i) aos benefícios ou lucros que a empresa podia esperar obter com a infracção no caso de a conduta ilegal não ser detectada (e que dependem do volume de negócios da empresa afectado pela infracção); ii) à probabilidade da detecção.

46. A SDK sustenta que, ao rejeitar esta sua alegação, o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta, no n.º 242, o facto de as empresas de grande dimensão e com uma produção múltipla — com ou sem poder «financeiro» — não serem menos sensíveis a coimas que as empresas com uma produção única. A teoria económica demonstra que as empresas de grande dimensão estão pelo menos tão preocupadas em minimizar as suas responsabilidades legais e outras despesas como as empresas mais pequenas.

47. A SDK sustenta que o acórdão é incoerente com a posição da Comissão noutros processos em que estabeleceu o montante dos «lucros adicionais» para os ter em conta na determinação da coima.

48. A SDK também alega que não é correcto incluir um aumento para efeitos de dissuasão e depois aumentar o montante assim agravado por referência à duração, às circunstâncias agravantes, ou a qualquer outro facto. Na sua opinião, a questão de saber se a dissuasão é necessária só deveria ser decidida no termo do cálculo.

49. Finalmente, na quarta parte, a SDK alega que o montante do aumento é desproporcionado. A este respeito, refere-se à sua débil quota de mercado no EEE. Afirma, além disso, que uma análise da coima modificada revela que a coima aplicada à SDK é desproporcionada relativamente à que foi aplicada aos outros participantes.

Apreciação

50. A SDK alega, essencialmente, que destacar uma empresa apenas em virtude da sua dimensão é irrelevante. A SDK recorda que o objectivo da dissuasão geral é o de assegurar que os custos e a coima sejam suficientemente elevados para desencorajar a violação da lei. Argumenta que as empresas, ao violarem a lei, fazem uma escolha racional, efectuando na realidade um exercício de ponderação. Por outras palavras, quais são os custos e os benefícios e quais são as hipóteses de serem descobertas? A melhor maneira de medir o benefício que uma empresa pode esperar é ter em conta a dimensão do mercado (quanto dinheiro será disponibilizado em virtude do aumento do preço no mercado) e a dimensão da sua quota nesse mercado (quanto dinheiro pode a empresa em causa esperar). Outras activi-

dades fora do mercado relevante não integram essa análise. Essas actividades não resultam em receitas suplementares, não sendo, por conseguinte, necessário compensar tais receitas na coima. Além disso, a SDK não concorda com o alegado fundamento subjacente ao raciocínio da Comissão e do Tribunal de Primeira Instância, designadamente o de que as empresas de grandes dimensões são menos sensíveis e devem, por isso, ser mais severamente punidas. A SDK alega que as empresas com muitas actividades diferentes não podem ficar indiferentes, porque todos os pequenos riscos associados às diferentes actividades montariam a grandes quantias de dinheiro.

51. Na verdade, a SDK também alega que em certas circunstâncias um grande grupo de empresas deveria ser objecto de uma coima inferior para efeitos de dissuasão do que uma empresa mais pequena, já que, por exemplo, uma grande empresa é mais susceptível de ser alvo de uma acção de indemnização do que uma empresa pequena e, por conseguinte, exige menos dissuasão.

52. Este último argumento deve ser rejeitado de imediato. Mesmo admitindo que grandes empresas são mais facilmente alvo de acções do que empresas mais pequenas, isto consti-

tui um risco adicional que aquelas correm pelo facto de não respeitarem as regras da concorrência e que, enquanto tal, não tem relação com a obrigação de respeitar essas regras.

53. Além disso, relativamente à primeira parte do fundamento, a SDK parece estabelecer uma distinção entre «dissuasão geral» (definida pela SDK como uma acção para desencorajar todas as empresas em geral, incluindo terceiros e potenciais infractores, de praticar a infracção em questão) e «dissuasão específica» (dissuadir o demandado em causa de praticar novas infracções no futuro), e parece defender que só esta última pode justificar o multiplicador. Contudo, esta distinção não é feita na decisão impugnada nem no acórdão. A SDK não foi destacada com o objectivo de dissuasão específica. A Comissão aplicou um multiplicador à SDK e a outra participante na infracção com o objectivo de estabelecer o princípio de que recursos financeiros diferentes exigem coimas diferentes para que estas possam produzir um efeito dissuasor equivalente.

54. As coimas, como já referido, constituem um instrumento importante de que a Comissão dispõe na execução da política de concorrência. Uma coima contém não só um elemento punitivo mas também um elemento dissuasor. A ideia subjacente consiste em, futuramente, prevenir que (todas) as empresas pratiquem infracções às regras da concorrência.

55. Assim, o efeito dissuasor da coima não pode ser apreciado apenas com referência às circunstâncias específicas da empresa punida.

56. Esta questão leva-me à questão da relação entre a dimensão de uma empresa e o efeito dissuasor.

57. Em teoria económica, pode ser correcto que, para efeitos de um nível óptimo de dissuasão, o prejuízo causado ou o benefício obtido, a par da probabilidade de se ser descoberto, constituam os factores determinantes a aplicar. Todavia, a teoria económica da dissuasão óptima é, na realidade, de difícil aplicação, tanto no que diz respeito aos infractores como à Comissão, na sua prática diária. Antes de mais, o cálculo da coima com base no «benefício obtido» apenas poderá ter um efeito dissuasivo se puder ser determinado com precisão absoluta. A Comissão, simplesmente, não dispõe da informação necessária para calcular a coima nesses termos. O mesmo se aplica à probabilidade de detecção e acusação. Como a Comissão afirmou, também é extremamente difícil para um membro de um cartel quantificar a probabilidade de detecção. Os cálculos dos benefícios e das perdas (esperados) quando uma empresa pretende aderir a um cartel apenas podem ser aproximativos.

58. Além disso, mesmo que seja possível um cálculo mais preciso, este apenas poderá constituir um limiar abaixo do qual as coimas não poderão certamente ter um efeito dissuasivo. Assim, para evitar o risco do efeito inverso ao da dissuasão, é provável que seja necessário efectuar um ajustamento em alta ou prever uma margem de segurança.

59. Além disso, o cartel ora em apreço não envolve apenas a fixação de preços, antes envolvendo a repartição dos mercados e também outras formas de colusão (v. n.º 13 do acórdão recorrido). Este facto pode tornar ainda mais complicada a avaliação do benefício esperado e da probabilidade de detecção.

60. Paralelamente, observo que as poucas decisões em que a Comissão se refere ao «benefício obtido» pelo infractor realçam as dificuldades existentes a esse nível. De acordo com as orientações, parece claro que o «benefício obtido» não constitui um elemento do montante de partida. Nos termos das orientações, a Comissão pode ter esse elemento em conta a título de circunstância agravante («a necessidade de majorar a sanção para ultrapassar o montante dos benefícios ilícitos obtidos graças à infracção quando tal estimativa for objectivamente possível»¹²), bem como um eventual factor a ter em conta no ajustamento

final do cálculo da coima («a vantagem económica ou financeira eventualmente obtida pelos autores da infracção»¹³). A Comissão não procede desta forma na fixação do montante de partida.

61. Em segundo lugar, a teoria referida pela SDK¹⁴ aplica-se a um único infractor; um infractor que calcula os custos, os benefícios e o risco de uma coima ou outras sanções. Como a Comissão assinalou na audiência, essa teoria não tem em conta a complexidade do processo no caso de uma infracção colectiva. A dinâmica do grupo exige uma abordagem diferente no que diz respeito à dissuasão. Por exemplo, pode ser suficiente dissuadir apenas um dos (maiores) intervenientes a fim de dissuadir o cartel. Além disso, na hipótese de uma infracção colectiva, como um cartel, por oposição a uma infracção por um infractor único, a Comissão tem também de ponderar os efeitos ulteriores das coimas e de ter em conta a dimensão de cada sociedade¹⁵.

62. Finalmente, no que diz respeito ao argumento de que as grandes empresas não se preocupam menos com pequenos mon-

12 — N.º 2, quinto travessão, das orientações.

13 — V. n.º 5, alínea b), das orientações.

14 — A SDK refere-se às teorias económicas do crime e da punição desenvolvidas por G. S. Becker.

15 — O exemplo dado pela Comissão é um cartel composto por um elemento de grande dimensão e vários pequenos elementos. O primeiro coopera com a Comissão e obtém imunidade ao abrigo da comunicação sobre a cooperação. Num caso destes, coimas muito elevadas poderiam arruinar os elementos mais pequenos, situação em que a intervenção da Comissão teria como resultado a criação de um monopólio.

tantes do que as empresas pequenas, este argumento supõe, em primeiro lugar, uma informação e uma racionalidade perfeitas. O cálculo do risco envolvido numa infracção é difícil, tanto para um indivíduo como para as empresas que fazem parte de um cartel. Além disso, é inegável que há uma diferença entre pequenas e grandes empresas, no sentido de que uma pequena coima pode escapar à atenção da administração da empresa mãe do grupo, ao passo que um montante muito elevado não escapará. Uma coima muito elevada chamará provavelmente a atenção da administração e é susceptível de estimular o respeito das regras da concorrência no futuro.

63. Para concluir, o Tribunal de Primeira Instância não incorreu em erro de direito ao afirmar, no n.º 242 do acórdão, que «ao pretender que uma coima equitativa só pode destinar-se a compensar o prejuízo causado ao livre jogo da concorrência e que é necessário avaliar, para este efeito, a probabilidade de descoberta do acordo, bem como os benefícios que aqueles que nele participaram esperam obter, a SDK invoca parâmetros hipotéticos e demasiado incertos para uma avaliação dos recursos financeiros efectivos de uma empresa».

64. Conforme já foi referido, constitui jurisprudência assente que a Comissão pode tomar em consideração a dimensão e o poder económico de uma empresa e que o volume de negócios mundial pode indicar a dimensão e os recursos globais das várias empresas participantes no cartel. Consequentemente, o Tribunal de Primeira Ins-

tância também não errou quando afirmou que, tendo em vista conferir à coima um efeito suficientemente dissuasor, a Comissão tinha o direito de aplicar um multiplicador.

65. A SDK também argumenta que um multiplicador apenas se justifica à luz da atitude concreta ou provada de uma empresa. Ora, ela não era um cabecilha, não exerceu pressão sobre os outros para participarem no acordo, não tinha uma estratégia para eliminar qualquer concorrência, não fez esforços para esconder os acordos e por aí adiante. Estes argumentos não são, porém, relevantes neste contexto, porquanto uma tal atitude será tomada em consideração como uma circunstância agravante, numa fase posterior do procedimento de determinação da coima, não sendo relevante para a apreciação da gravidade.

66. A alegação da SDK de que a coima deve ser aumentada em primeiro lugar por motivos de duração, circunstâncias agravantes ou outras, só então podendo ser aumentada para garantir um efeito suficientemente dissuasor, deve ser julgada inadmissível, nos termos do artigo 113.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, uma vez que não foi objecto do processo no Tribunal de Primeira Instância.

67. No seu quarto fundamento, a SDK afirma que o montante do aumento foi desproporcionado, em virtude da sua pequena quota de mercado no EEE. Alega ademais que uma análise da coima de base, tal como ajustada, revela que a coima que foi aplicada à SDK é desproporcionada em comparação com aquela que foi aplicada aos outros participantes no acordo.

entraves à concorrência no mercado do EEE, pouco importando o seu volume de negócios efectivo¹⁶.

C — Terceiro fundamento

68. Como a Comissão igualmente refere, essa conclusão baseia-se na comparação com as coimas ajustadas aplicadas aos outros participantes e com o volume de negócios anual da SDK no EEE. Estas comparações são irrelevantes. Os cálculos referidos baseiam-se inteiramente em falsas premissas, segundo as quais o poder económico da SDK deveria ter sido avaliado com base no seu volume de negócios no EEE no mercado do produto relevante.

70. A SDK alega que o Tribunal de Primeira Instância não teve razão ao afirmar que a Comissão podia, em primeiro lugar, fundar-se no volume de negócios mundial para determinar a coima de base e o factor de dissuasão e, em segundo lugar, não tomar em consideração o facto de a SDK já ter sido objecto de processos nos Estados Unidos, Canadá e Japão e de esses países já lhe terem aplicado coimas.

69. A esse respeito, como foi observado pelo Tribunal de Primeira Instância, se a Comissão tivesse calculado o montante de partida com base no fraco volume de negócios da SDK no EEE relativamente ao produto em causa, teria recompensado os produtores japoneses, incluindo a SDK, por se terem conformado com um dos princípios fundamentais do acordo e por terem aceite não entrar em concorrência no mercado do EEE, quando o seu comportamento conforme a este princípio do acordo permitiu aos produtores «nacionais» na Europa fixarem unilateralmente os preços no mercado do EEE. Ao proceder assim, as recorrentes japonesas, incluindo a SDK, colocaram

71. Na sua opinião, se o volume de negócios mundial fosse relevante para efeitos de dissuasão, um pedido consistente exigiria que as coimas e os custos aplicados por outros países fossem tomados em consideração, para efeitos da determinação de qual a coima adicional que será necessária para atingir um efeito dissuasor adequado. A dissuasão depende dos custos totais da

16 — V. n.º 198 do acórdão recorrido.

conduta ilegal, que inclui não apenas as coimas aplicadas no EEE mas igualmente as coimas aplicadas noutros locais.

72. Ao ignorar as multas e indemnizações que a recorrente já tinha pago nos Estados Unidos e, ao mesmo tempo, baseando o factor de dissuasão no volume de negócios mundial, o Tribunal de Primeira Instância aplicou uma coima que envolve uma contabilização dupla e é desproporcionada relativamente a qualquer efeito de dissuasão justificável.

73. A Comissão responde que não existe qualquer violação do princípio *ne bis in idem*.

Apreciação

74. Conforme já referi nas minhas conclusões no processo C-308/04, as coimas aplicadas pelas autoridades de países terceiros são-no relativamente a violações da sua lei da concorrência e as coimas aplicadas pela Comissão são-no por violação das regras comunitárias do direito da concorrência. Não existe uma sobreposição no que diz respeito à jurisdição.

75. Assim sendo, não é exigível que a Comissão tome em consideração coimas já aplicadas em países terceiros, nomeadamente do ponto de vista do elemento dissuasor.

D — *Quarto fundamento: o direito fundamental a um processo equitativo*

76. Neste fundamento, a SDK alega que o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 240 do acórdão recorrido, rejeitou erradamente a argumentação da recorrente relacionada com a probabilidade de ser ouvida pela Comissão relativamente à sua intenção de destacar a SDK e de aplicar um multiplicador dissuasivo. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância não deu qualquer fundamentação ou explicação a esse respeito.

77. A Comissão alega que o Tribunal de Primeira Instância não descurou o direito de defesa da recorrente e que forneceu razões adequadas para aplicar o multiplicador à coima.

Apreciação

78. No número do acórdão recorrido a que a SDK se refere, o Tribunal de Primeira

Instância rejeitou a queixa desta, porque a Comissão tinha afirmado antes que se propunha «fixar as coimas a um nível suficientemente elevado para terem um efeito dissuasivo», que a SDK estava «claramente ao corrente do texto do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e do seu volume de negócios global elevado» e que «a SDK podia deduzir da [decisão ABB de 21 de Outubro de 1998], em que um multiplicador de precisamente 2,5 tinha sido aplicado à [ABB], que era possível que a Comissão lhe aplicasse também um multiplicador dessa ordem». O Tribunal de Primeira Instância concluiu que nada teria impedido a SDK de se referir, no procedimento administrativo, à sua dimensão e aos seus recursos financeiros e de se pronunciar sobre o efeito dissuasivo da sanção que a Comissão lhe aplicaria.

79. Em minha opinião, é claro que tomar em consideração a dissuasão e, se for o caso, aplicar um multiplicador com o objectivo de atingir uma coima com um efeito suficientemente dissuasor não pode, enquanto tal, ser considerado uma nova política. O Tribunal de Primeira Instância referiu-se de forma correcta à redacção do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Tal implica igualmente uma referência à jurisprudência sobre a referida disposição. Desde o processo *Musique diffusion française* que a Comissão é obrigada a ajustar em qualquer momento o nível das coimas às necessidades de imple-

mentação das regras da concorrência da Comunidade, dentro dos limites estabelecidos pelo Regulamento n.º 17.

80. Como se pode extrair do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, a SDK estava ciente de que a Comissão tinha indicado na sua comunicação de objecções que tinha proposto fixar uma coima a um nível suficiente para garantir o efeito dissuasor. Essa indicação é suficiente como tal, uma vez que não teria sido apropriado que a Comissão desse uma indicação do montante preciso da coima que se propunha fixar¹⁷.

81. Ademais, as próprias orientações sublinham a importância do efeito dissuasor das coimas, tal como o faz a jurisprudência dos tribunais comunitários.

82. Assim sendo, o Tribunal de Primeira Instância não violou os direitos de defesa da SDK ao rejeitar o seu pedido.

17 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão* (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 19). V. igualmente *Musique diffusion française*.

VIII — Conclusão

83. Face ao exposto, sou da opinião que o Tribunal de Justiça deve:

- negar provimento ao presente recurso;

- condenar a SDK nas despesas.