

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

L. A. GEELHOED

apresentadas em 19 de Janeiro de 2006<sup>1</sup>

1. No presente recurso, a Comissão 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 e T-252/01, a seguir «acórdão recorrido»). O presente recurso diz respeito apenas ao processo T-239/01<sup>2</sup>.

2. No processo que correu os seus termos no Tribunal de Primeira Instância, este reduziu a coima que a Comissão tinha aplicado à SGL 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)<sup>3</sup>.

3. Os fundamentos de recurso agora apresentados pela Comissão dizem respeito a certos elementos da colaboração das empre-

sas com a Comissão no âmbito dos poderes de investigação que a esta são conferidos pelo Regulamento n.º 17, por oposição à colaboração voluntária nos termos da comunicação sobre a cooperação.

**I — Disposições relevantes**

*Regulamento n.º 17*

4. O artigo 15.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado<sup>4</sup> (a seguir «Regulamento n.º 17»), dispõe o seguinte:

«1. A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas [coimas] no montante de cem a cinco mil

1 — Língua original: inglês.

2 — Colect., p. II-1181.

3 — JO 2002, L 100, p. 1.

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

unidades de conta sempre que, deliberada ou negligentemente: *As orientações*

[...]

- b) Prestem uma informação inexacta, em resposta a um pedido feito nos termos do n.º 3 ou n.º 5 do artigo 11.º [...]

2. 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 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.»

5. 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 CECA»<sup>5</sup> (a seguir «orientações»), dispõe no seu preâmbulo o seguinte:

«Os princípios enunciados [...] deverão permitir assegurar a transparência e o carácter 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.»

5 — JO 1998, C 9, p. 3.

*Comunicação sobre a cooperação*

6. Na sua Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (a seguir «comunicação sobre a cooperação») <sup>6</sup>, a Comissão definiu as condições com base nas quais uma empresa que coopera com a Comissão durante as suas investigações pode beneficiar da não aplicação ou da redução da coima que lhe seria aplicada, como referido no ponto A, n.º 3, dessa comunicação.

7. O ponto A, n.º 5, da comunicação sobre a cooperação dispõe o seguinte:

«A cooperação de uma empresa com a Comissão mais não é do que um dos vários elementos a tomar em conta para a fixação do montante de uma coima. [...]»

8. O ponto D tem a seguinte redacção:

«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.»

**II — Os factos e os antecedentes da adopção da decisão impugnada**

9. 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

6 — JO 1996, C 207, p. 4.

empresas numa série de acordos e de práticas concertadas, na acepção 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
- 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 Investiga-

tion (FBI) executaram mandados de busca nas instalações de diversos produtores. Estas investigações levaram ao início de um processo penal por colusão contra a SGL [...]. Todos os acusados admitiram a sua culpa relativamente às acusações e concordaram em pagar coimas, que foram fixadas em 135 milhões de dólares dos Estados Unidos (USD) para a SGL, [...]

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 UCAR e a SGL ficaram responsáveis, a primeira, pelos Estados Unidos e certas partes da Europa, a segunda, pelo resto da Europa [...]

[...]

10 Foram intentadas acções de indemnização (*triple damages*) nos Estados Unidos contra a SGL, [...] por um grupo de adquirentes.

13 Sempre segundo a decisão, os princípios de base do acordo eram os seguintes:

11 [...] [N]o Canadá [...] Em Julho de 2000, a SGL admitiu a sua culpa, tendo concordado em pagar uma coima de 12,5 milhões de CAD pela mesma infracção. Em Junho de 1998, diversos produtores de aço do Canadá intentaram acções cíveis contra a SGL [...] por colusão.

— 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;

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

— o ‘produtor nacional’ deveria estabelecer o preço de mercado na sua área e os outros produtores deveriam ‘seguir-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 CEEA [...] e na Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas [...]
- 17 O artigo 3.º do dispositivo da decisão fixa as seguintes coimas:
- SGL: 80,2 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%.»

### III — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido

10. A SGL, através de petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no dia 20 de Outubro de 2001, assim como outras empresas suas destinatárias impugnaram a decisão.

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

«[...]

2) No processo T-239/01, SGL Carbon/Comissão:

— o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 3.º da Decisão 2002/271 é fixado em 69 114 000 euros;

— quanto ao mais, é negado provimento ao recurso;

[...]»

12. Nos n.ºs 401 a 412, o Tribunal de Primeira Instância sustentou que a SGL não era obrigada a responder a certas questões colocadas pela Comissão ou a apresentar certos documentos. O facto de a SGL ter, ainda assim, prestado a informação

pedida deve ser entendido como cooperação voluntária e recompensado nos termos do ponto D, n.º 2, primeiro travessão, da comunicação sobre a cooperação.

### IV — O recurso

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

— anular o ponto 2 da parte decisória do acórdão recorrido;

— condenar a SGL nas despesas.

14. A SGL conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

**V — Fundamentos e principais argumentos**

15. A Comissão alega que determinadas asserções do Tribunal de Primeira Instância, constantes dos n.ºs 401 a 412, violam o direito comunitário, em particular o artigo 15.º, conjugado com o artigo 11.º, do Regulamento n.º 17 e a comunicação sobre a cooperação. Além disso, a parte impugnada do acórdão contém igualmente erros de fundamentação por parte do Tribunal de Primeira Instância.

16. A Comissão apresenta um fundamento principal, dividido em duas partes, e um fundamento alternativo.

17. O fundamento principal, com o qual a Comissão contesta que certas respostas a um pedido de informações devam, em princípio, conduzir a uma redução da coima, diz respeito ao:

- 1) pedido de informações de 31 de Março de 1999 (n.ºs 407 a 409 e primeiras três frases do n.º 410 do acórdão recorrido);
- 2) pedido de informações de 30 de Junho de 1997 (n.º 412 do acórdão recorrido).

18. O segundo fundamento, alternativo, diz respeito ao âmbito da redução da coima no caso de contributos dados na sequência de um pedido anterior de informações (n.º 410).

19. Em resumo, são apresentados os seguintes argumentos.

20. No que diz respeito à primeira parte do fundamento principal, relativa a documentos, a Comissão alega que tem sempre o direito de pedir a produção de documentos e que esse pedido não viola o direito de defesa. Não diz respeito a questões que possam envolver a admissão de existência de uma infracção. Assim sendo, nos n.ºs 408 e 409 do acórdão recorrido o Tribunal de Primeira Instância contrariou a jurisprudência assente. Além disso, essa posição é inconsistente com os n.ºs 403, 406 e 407, nos quais o Tribunal de Primeira Instância se referiu a essa jurisprudência.

21. Ademais, o Tribunal de Primeira Instância deveria ter avaliado em que medida a SGL correspondeu efectivamente ao pedido da Comissão para apresentar os documentos solicitados, pedido esse que foi posto em dúvida pelo Tribunal. O texto da resposta, datada de 8 de Junho de 1999, indica que não é esse o caso. A SGL respondeu que não possuía todos os documentos solicitados. Assim sendo, não há motivo para uma redução maior do que a que foi atribuída. Apesar da ausência de documentos, a SGL fez um esforço para explicar os factos. A

Comissão levou em conta essa cooperação. As únicas respostas que a Comissão não levou em conta, para efeitos da não aplicação ou redução da coima, foram aquelas que constituíam uma resposta a um pedido formal de informações. Foram levadas em conta as informações que foram além da obrigação de cooperação.

22. A SGL alega que todas as declarações constantes do seu memorando de 8 de Junho de 1999, bem como as suas respostas ao pedido de informações de 30 de Junho de 1997, deviam ser integralmente qualificadas de cooperação, uma vez que não pode ser estabelecida uma distinção entre a admissão explícita de uma infracção e a apresentação de documentos ou elementos de prova. Na sua perspectiva existe um direito absoluto ao silêncio.

23. Para o caso de o Tribunal de Justiça não aceitar este ponto de vista, a SGL argumenta que o acórdão recorrido é em todo o caso coerente com a jurisprudência.

24. No que diz respeito à segunda parte do fundamento, relativa ao pedido de informações de 30 de Junho de 1997, a Comissão alega que o n.º 412 do acórdão contém igualmente um determinado número de erros. O Tribunal de Primeira Instância atribui aparentemente à Comissão um ponto de vista que esta nunca expressou. A Comissão realçou que não beneficiou menos a SGL por esta não ter nomeado todas as empresas que avisou, mas antes que não a beneficiou mais porque a resposta que

efectivamente deu não foi além do seu dever de cooperação decorrente do artigo 11.º do Regulamento n.º 17. Ademais, apenas os contributos que permitam à Comissão determinar a infracção com menor dificuldade podem conduzir a uma redução da coima.

25. A SGL concorda com as asserções do Tribunal de Primeira Instância. Nos seus articulados sustenta que não existe uma base legal para um pedido de informações, atendendo ao facto de os avisos a outros membros do cartel não serem elementos constitutivos de uma infracção do artigo 81.º, n.º 1, CE. O artigo 11.º do Regulamento n.º 17 não confere à Comissão o poder de fazer essas perguntas. No caso de o facto de se avisar outros membros do cartel ser qualificado de circunstância agravante, a admissão desse facto deve ser qualificada de cooperação. Em todo o caso, o Tribunal de Primeira Instância afirmou correctamente que a SGL não era obrigada a responder.

26. Finalmente, a Comissão alega que o Tribunal de Primeira Instância afirmou que um contributo em resposta a um pedido de informações dá lugar a uma redução semelhante à de um contributo espontâneo. A esse respeito, no entender da Comissão, o Tribunal de Primeira Instância negou que a redução de uma coima apenas possa ser concedida relativamente a um contributo que tenha facilitado o trabalho da Comissão.

É óbvio que tal se aplica *a fortiori* se o contributo for espontâneo, porquanto ocorre numa fase precoce e poupa, assim, à Comissão determinadas medidas de investigação, tal como redigir um pedido de informações.

27. A comparação feita pelo Tribunal de Primeira Instância com o ponto C da comunicação sobre a cooperação não sustenta a sua posição, mas sim a da Comissão. A opinião segundo a qual um contributo em resposta a um pedido de informações deve ser recompensado da mesma forma que um contributo espontâneo é incompatível com esta comunicação. Se o Tribunal de Primeira Instância considerou que ambas as situações deveriam ser tratadas da mesma forma, então violou o artigo 15.º do Regulamento n.º 17, conjugado com a comunicação sobre a cooperação.

## VI — As partes relevantes do acórdão.

28. Na primeira parte, o Tribunal de Primeira Instância começou da seguinte forma:

— sublinhou que o direito de guardar silêncio absoluto não pode ser reconhecido, porquanto iria além do que é necessário para preservar o direito de defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo

respeito das regras de concorrência no mercado comum. Ademais, lembrou que o direito de guardar silêncio só pode ser reconhecido na medida em que a empresa em causa seja obrigada a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão (n.º 402);

— recordou a jurisprudência na qual decidiu que, para preservar o efeito útil do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a Comissão pode obrigar as empresas a fornecerem todas as informações necessárias relativas aos factos de que possam ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, e que este poder não contraria nem o artigo 6.º da CEDH nem a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (n.ºs 403 e 404);

— assinalou em seguida que, embora o Tribunal de Justiça tenha considerado

no acórdão LVM<sup>7</sup> que, a seguir ao acórdão Orkem/Comissão<sup>8</sup>, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conheceu novos desenvolvimentos com o acórdão Funke, com o acórdão Saunders/Reino Unido e com o acórdão J.B./Suíça, o Tribunal não procedeu, no acórdão LVM, à alteração da sua jurisprudência (n.º 405);

- concluiu, finalmente, que o simples facto de ser obrigado a responder às questões puramente factuais colocadas pela Comissão e a satisfazer os seus pedidos de apresentação de documentos preexistentes não é susceptível de violar o princípio do respeito do direito de defesa ou o direito a um processo equitativo, que oferecem, no domínio do direito da concorrência, uma protecção equivalente à garantida pelo artigo 6.º da CEDH (n.º 406).

29. E prosseguiu da seguinte forma:

- quanto a saber em que medida a SGL era obrigada a responder, nos termos da referida jurisprudência, ao pedido de informações de 31 de Março de 1999,

importa observar que, além das questões puramente factuais e dos pedidos de apresentação de documentos preexistentes, a Comissão pediu a descrição do objecto e do desenvolvimento de várias reuniões em que a SGL participou, bem como os resultados/conclusões dessas reuniões, sendo claro que a Comissão desconfiava que o objecto das referidas reuniões era restringir a concorrência. Concluiu-se que esse pedido era susceptível de obrigar a SGL a confessar a sua participação numa infracção às regras comunitárias da concorrência (n.º 407).

30. No entanto, nos números seguintes, que constituem o objecto do presente recurso, o Tribunal de Primeira Instância afirmou:

«408 O mesmo sucede com os pedidos destinados a obter os protocolos das referidas reuniões, os documentos de trabalho e os respectivos documentos de preparação, as notas manuscritas que se lhes referem, as notas e conclusões relativas a essas reuniões, os documentos de planificação e de discussão bem como os projectos de execução relativos aos aumentos de preços efectuados entre 1992 e 1998.

7 — Acórdão de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Colect.*, p. I-8375).

8 — Acórdão de 18 de Outubro de 1989 (C-374/87, *Colect.*, p. 3283).

409 Não sendo a SGL obrigada a responder a este tipo de questões que figuravam no

pedido de informações de 31 de Março de 1999, o facto de, contudo, ter dado informações sobre esses elementos deve ser considerado uma colaboração voluntária da empresa susceptível de justificar uma redução da coima nos termos da comunicação sobre a cooperação.

411 De onde resulta que a Comissão ignorou a importância da cooperação da SGL neste contexto.»

31. No que diz respeito ao pedido de informações relativo às chamadas de aviso, o Tribunal de Primeira Instância afirmou:

410 Esta conclusão não pode ser infirmada pelo argumento da Comissão segundo o qual as informações em causa não foram fornecidas espontaneamente, mas em resposta a um pedido de informações. Com efeito, o ponto D, n.º 2, primeiro travessão, da comunicação sobre a cooperação, longe de exigir um acto espontâneo, praticado por iniciativa apenas da empresa em causa, contenta-se em exigir informações que contribuam 'para confirmar' a existência da infracção. Além disso, mesmo o ponto C, que diz respeito a uma maior redução da coima do que a referida no ponto D, permite recompensar uma cooperação fornecida 'depois de a Comissão ter procedido a uma verificação, após ter adoptado a pertinente decisão, em qualquer das empresas envolvidas no acordo'. Por conseguinte, o facto de um pedido de informações ter sido enviado à SGL, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, não é determinante para minimizar a cooperação da empresa, nos termos do ponto D, n.º 2, primeiro parágrafo, da comunicação sobre a cooperação, tanto mais que tal pedido é um acto menos vinculativo do que uma investigação efectuada com base numa decisão.

«412 Na medida em que a Comissão censura à SGL o facto de lhe ter dado uma resposta incompleta à questão de saber quais as empresas que a SGL tinha informado da iminência das verificações da Comissão em Junho de 1997, é verdade que, por carta de 30 de Julho de 1997, a SGL limitou a sua confissão à VAW e a outra empresa, sem indicar que também tinha informado a UCAR. Contudo, a própria Comissão sublinhou que o aviso da SGL reforçava a gravidade da infracção, dava lugar a uma coima cujo efeito dissuasor era mais importante do que normalmente e justificava ser considerado uma circunstância agravante, tendo este comportamento da SGL criado as condições necessárias à manutenção do cartel em actividade e à prolongação dos seus efeitos nefastos. Verificasse, portanto, que a SGL não era obrigada a indicar à Comissão que tinha avisado outras empresas. Efectivamente, essas informações eram susceptíveis de agravar a sanção que a Comissão iria impor à SGL. A Comissão ignorou, portanto, também sob este ponto, o comportamento da SGL ao censurá-la por ter fornecido uma resposta incompleta.»

## VII — Análise jurídica

32. Como ficou dito *supra*, o recurso da Comissão diz especialmente respeito aos n.ºs 408, 409, 410 e 412.

33. Na sua decisão, a Comissão concedeu à SGL, com base no ponto D, n.º 2, primeiro travessão, da comunicação sobre a cooperação, uma redução de 30% da coima que de outra forma lhe teria aplicado. Como foi referido no acórdão recorrido, a Comissão é da opinião que uma empresa apenas merece uma redução da sua coima se a cooperação for «voluntária» e estiver fora do exercício de «qualquer poder investigatório»: a Comissão considerou que uma parte substancial da informação prestada pela SGL constituía, de facto, a resposta da SGL ao pedido formal de informações da Comissão e que a declaração da SGL seria considerada um contributo voluntário, na aceção da comunicação sobre a cooperação, apenas quando a informação prestada fosse além daquela que é exigida pelo artigo 11.º Ademais, a SGL apenas enviou a sua declaração de 8 de Junho de 1999 depois de ter recebido um novo pedido, no qual a Comissão se reservou o direito de adoptar uma decisão formal nos termos do artigo 11.º, n.º 5º.

34. No processo no Tribunal de Primeira Instância, a SGL argumentou que a Comis-

são subestimou a sua cooperação no contexto da comunicação sobre a cooperação. Alegou que não estava obrigada a responder a certas questões do pedido de informações da Comissão já que, se o tivesse feito, ter-se-ia incriminado. Considerou que, à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tinha mesmo o direito de se opor a qualquer contributo para a formação da sua culpa.

35. O Tribunal de Primeira Instância entendeu que a Comissão falhou, em vários aspectos, na apreciação da importância da cooperação prestada pela SGL, tendo por essa razão reduzido a coima.

36. Depois de recordar a jurisprudência constante (n.ºs 402, 403 e 404), o Tribunal de Primeira Instância apreciou primeiro o pedido de informações de 31 de Março de 1999 (n.ºs 407, 408 e 409) e depois o pedido de informações de 30 de Junho de 1997 (n.º 412).

37. O pedido de informações de 31 de Março de 1999 continha perguntas relativas a reuniões entre concorrentes no sector dos eléctrodos de grafite. A Comissão pedia, nomeadamente, uma descrição do objecto e do conteúdo de várias reuniões em que a SGL tinha participado, bem como dos

9 — V. considerando 173 da decisão da Comissão, citado no n.º 401 do acórdão recorrido.

respectivos resultados/conclusões. Além disso, pedia que fossem apresentados vários documentos, nomeadamente cópias das convocatórias, ordens do dia, listas de participantes, notas escritas, documentos de trabalho, documentos preparatórios, documentos de planeamento e documentos de execução relativos a aumentos de preço durante um determinado período<sup>10</sup>.

38. No pedido de informações de 30 de Julho de 1997, a Comissão, depois de indicar que tinha sido informada por outra empresa de que esta última tinha sido avisada pela SGL de possíveis investigações a breve trecho, perguntou à SGL se tinha recebido esta informação de uma empresa do sector em causa e, em caso de resposta afirmativa, qual a empresa em causa. Na segunda pergunta, a Comissão pedia a identificação das empresas às quais a SGL tinha feito aquele aviso<sup>11</sup>.

#### *Pedido de 31 de Março de 1999*

39. No processo no Tribunal de Primeira Instância, a Comissão aceitou que a pergunta

relativa ao objecto e ao conteúdo de algumas reuniões ia além do que lhe era permitido perguntar ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17. Esta conclusão não faz parte do presente recurso.

40. Assim, o Tribunal de Primeira Instância considerou, nos n.ºs 407 a 409 e no n.º 412 do acórdão recorrido, que as respostas da SGL aos pedidos de informações que lhe foram dirigidos ao abrigo do artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 habilitavam a referida empresa — contrariamente à opinião da Comissão, tal como expressa na decisão — a uma redução da sua coima, de acordo com a comunicação sobre a cooperação.

41. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou o argumento da Comissão segundo o qual qualquer redução resultante das respostas da SGL teria, em todo o caso, de ser inferior à que resultaria no caso de a empresa ter feito uma revelação espontânea (v. n.º 410).

42. A Comissão alega que as partes citadas padecem de erro de direito e que, nessa medida, o acórdão viola o artigo 15.º do Regulamento n.º 17, conjugado com o artigo 11.º do mesmo regulamento e com a comunicação sobre a cooperação. Além disso, também as razões que estão na sua base são insuficientes (contraditórias), integrando como tal um novo erro de direito.

10 — A SGL respondeu por carta de 25 de Maio de 1999 (às perguntas 8 a 10, relativas aos números do volume de negócios e das vendas) e por declaração de 8 de Junho de 1999 (em que indicou que não estava obrigada a responder às perguntas 1 a 5 e a parte da pergunta 7, devendo por isso considerar-se que agia voluntariamente. Na declaração é feita uma descrição das reuniões, dela constando em anexo os documentos que existiam e estavam na sua posse).

11 — A SGL respondeu por carta de 30 de Julho de 1997. Antes de responder à segunda pergunta, contestou o fundamento jurídico e invocou o seu direito de defesa.

43. Apesar de ser formulado no quadro da aplicação da comunicação sobre a cooperação, este fundamento diz especialmente respeito às conclusões do Tribunal de Primeira Instância sobre o âmbito do direito de as empresas não se incriminarem a si próprias.

44. É sabido que compete à Comissão investigar e punir as violações das regras da concorrência do Tratado CE. Para exercer esta competência, a Comissão pode, de acordo com o artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, obter todas as informações necessárias. Em primeiro lugar, tem de solicitar essa informação através de um simples pedido formal de informação (artigo 11.º, n.º 2) e, quando uma empresa não prestar as informações pedidas, através de uma decisão (artigo 11.º, n.º 5)<sup>12</sup>.

45. No bem conhecido acórdão Orkem<sup>13</sup>, no qual o Tribunal de Justiça teve que avaliar os poderes investigatórios da Comissão face ao direito de defesa, o Tribunal estabeleceu que as empresas têm uma obrigação de cooperação activa com as medidas de investigação.

46. O dever de cooperar activamente com a Comissão não significa, no entanto, que a empresa seja obrigada a incriminar-se a si própria, admitindo infracções às regras da concorrência.

47. A esse respeito, o Tribunal de Justiça estabeleceu uma distinção entre dar respostas a perguntas, por um lado, e apresentar documentos, por outro. Relativamente ao primeiro ponto, o Tribunal de Justiça estabeleceu ainda outra distinção. Considerou que a Comissão tem o direito de obrigar uma empresa a responder a questões de natureza factual, mas que no entanto não pode impor à empresa a obrigação de dar respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção. É relativamente a este último aspecto que uma empresa pode invocar o seu direito ao silêncio como parte do seu direito de defesa. No que diz respeito aos documentos, o Tribunal de Justiça não limitou o poder de investigação da Comissão. A empresa em causa deve apresentar, se tal lhe for solicitado, os documentos que já existam e estejam relacionados com o objecto das investigações, mesmo que esses documentos possam ser usados para determinar a existência de uma infracção<sup>14</sup>.

48. Em seguida, para detectar alguns dos mais importantes cartéis, a Comissão desenvolveu uma política de cooperação. Esta

12 — Este procedimento em duas fases foi abandonado no Regulamento n.º 1/2003. Nos termos do artigo 18.º desse regulamento, a Comissão pode optar desde o início por exigir essas informações das empresas mediante decisão.

13 — Já referido, n.ºs 22 e 27.

14 — V. n.ºs 34 e 35.

política está vertida na chamada comunicação sobre a cooperação. Em troca de cooperação (prestação de informações relevantes e provas), pode ser concedida uma redução da coima em função do grau de cooperação.

49. Deve notar-se que a política de cooperação não envolve qualquer coerção. Ao contrário, baseia-se em cooperação voluntária. Por conseguinte, a redução da coima em contrapartida de cooperação é compatível com o direito de defesa, em particular com o direito de não se incriminar a si próprio<sup>15</sup>.

50. Além disso, apenas é concedida uma redução da coima em contrapartida de um contributo durante o procedimento administrativo se esse contributo permitir à Comissão determinar uma infracção com menor dificuldade e, sendo esse o caso, pôr-lhe termo<sup>16</sup>.

51. No presente recurso, a Comissão argumenta que a informação que foi solicitada nos termos do artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 cumpria os critérios fixados no

acórdão Orkem e não podia ser vista como cooperação, na acepção da comunicação sobre a cooperação.

52. Assim, a questão de direito é a de saber se a reacção da SGL ao pedido da Comissão deve ser considerada cooperação voluntária ou cumprimento de uma obrigação<sup>17</sup>. Por conseguinte, o primeiro passo consiste em apreciar a natureza das perguntas feitas pela Comissão. Por outras palavras, poderia a Comissão ter obtido as informações pedidas com base no artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17? Se a resposta for positiva, as informações prestadas pela empresa em causa correspondem simplesmente a um dever de cumprimento das obrigações que lhe são impostas no artigo 11.º do Regulamento n.º 17. Essa «cooperação» não corresponde à que se refere a comunicação sobre a cooperação. Se, todavia, a resposta a essa pergunta for negativa e a empresa em causa prestar, ainda assim, as informações, a sua conduta deve ser considerada cooperação na acepção da comunicação sobre a cooperação.

53. Observo, à margem, que no caso de uma empresa ter contactado a Comissão manifestando a sua intenção de cooperar, poderia dar-se o caso de a Comissão necessitar de mais informações para além das já prestadas pela empresa em causa. A Comissão pode

15 — V. acórdão de 14 de Julho de 2005, Acerinox (C-57/02 P, Colect., p. I-6689, n.ºs 87 a 89).

16 — V. acórdão de 16 de Novembro de 2000, SCA Holding/Comissão (C-297/98 P, Colect., p. I-10101, n.º 36). No âmbito da comunicação sobre a cooperação, v. acórdão de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P e C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.ºs 395 e 396).

17 — Embora, em termos jurídicos, uma empresa não esteja obrigada a responder a um pedido ao abrigo do artigo 11.º, n.º 2, se se recusar a fazê-lo, a Comissão deve emitir uma decisão ao abrigo do artigo 11.º, n.º 5, exigindo a informação a prestar. Estão previstas sanções em caso de desrespeito. Assim, o resultado final é constituído pela obrigação de cumprir o pedido da Comissão.

obter essas informações através de um pedido escrito. É óbvio que esses pedidos e as respectivas respostas devem ser tidos em conta na apreciação global da atitude de cooperação da empresa em causa por força da comunicação sobre a cooperação.

54. Para apreciar se uma redução da coima era plausível, o Tribunal de Primeira Instância efectuou a análise acima referida, averiguando se a SGL estava obrigada a apresentar os documentos pedidos.

55. Ao apreciar se o pedido de informações continha perguntas que a Comissão não podia fazer ao abrigo do artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17, o Tribunal de Primeira Instância observou correctamente que a questão relativa ao objecto e ao resultado de algumas reuniões era inadmissível. Uma resposta a essas perguntas implicaria, inevitavelmente, uma auto-incriminação. Como referido acima, a Comissão reconheceu-o perante o Tribunal de Primeira Instância. Essa conclusão não faz parte do presente recurso.

56. O Tribunal de Primeira Instância continuou observando que o mesmo se aplica a documentos específicos. Considerou que o pedido de apresentação desses documentos era de natureza tal que impunha à SGL que admitisse a sua participação numa violação das regras comunitárias da concorrência.

Assim, estabeleceu uma distinção entre documentos «admissíveis» e «não admissíveis». Por outras palavras, dado que a Comissão não podia obrigar a SGL a responder a perguntas sobre o objecto e os resultados dessas reuniões, não poderia pedir os documentos que lhes dissessem respeito.

57. Na minha opinião, esta apreciação é errada ou, pelo menos, imperfeita, por três razões diferentes.

58. Em primeiro lugar, uma vez que a informação a que se referem os n.ºs 408 e 409 diz respeito a «documentos» e não a um pedido de «respostas», o Tribunal de Primeira Instância não estabeleceu a distinção feita pela jurisprudência entre documentos, por um lado, e respostas a perguntas, por outro. Pelo menos, o Tribunal de Primeira Instância não aplicou os princípios estabelecidos pela referida jurisprudência aos factos do processo.

59. Em segundo lugar, como a Comissão salientou correctamente, o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância é intrinsecamente contraditório. Desde logo, o Tribunal de Primeira Instância reafirmou expressamente os princípios estabelecidos no processo Orkem e no seu próprio acórdão proferido no processo Mannesmannröhren-Werke<sup>18</sup>. Assim, nos n.ºs 403, 406 e 407,

18 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke/Comissão (T-112/98, Colect., p. II-729).

refere-se à jurisprudência constante mas, a seguir, no n.º 408, toma posição contra essa jurisprudência. A jurisprudência referida foi confirmada muitas vezes e, mais recentemente, nos processos chamados «sobretaxa de liga metálica»<sup>19</sup>.

60. De facto, o Tribunal de Justiça observou no processo LVM<sup>20</sup>, também conhecido por PVC II, que depois do acórdão no processo Orkem, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tinha evoluído nos acórdãos proferidos nos processos Funke, Saunders/Reino Unido e J.B./Suíça. Não viu, contudo, razão para inverter a sua jurisprudência anterior, como o próprio Tribunal de Primeira Instância observou<sup>21</sup>. Por conseguinte, as conclusões do Tribunal de Primeira Instância são claramente contrárias à jurisprudência actual. Além disso, para esta atitude, por si só assinalável, em vão se procurará qualquer razão especial nos números relevantes do acórdão.

61. Assim, embora o Tribunal de Primeira Instância tenha concluído que no acórdão LVM não se verificava uma inversão da jurisprudência constante, chegou apesar disso a um resultado diverso. Não se encontra no acórdão recorrido qualquer argumento para tal. Como acima referido, tal é igualmente contraditório. Com base nisto, apenas, a conclusão do Tribunal de Primeira Instância que se contém no n.º 408 deveria ser anulada.

62. O Tribunal de Primeira Instância atribui grande importância à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Também é verdade que, tendo em conta o fundamento de recurso segundo o qual existiu uma violação do direito de não se incriminar a si próprio, o Tribunal de Justiça não teve verdadeiramente que apreciar esta questão naquele processo<sup>22</sup>. De uma forma mais geral, poderia perguntar-se se há alguma razão para modificar a jurisprudência estabelecida no processo Orkem e posteriormente seguida à luz da jurisprudência mais recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Esclarecerei que, na minha opinião, não há razões convincentes para isso.

63. Em primeiro lugar, deve ter-se presente que a referida jurisprudência dizia respeito a pessoa singulares no contexto de processos penais «clássicos». O direito da concorrência diz respeito a empresas. A Comissão apenas pode aplicar coimas a empresas e associações de empresas por violações dos artigos 81.º CE e 82.º CE. Não é possível simplesmente transpor, sem mais, as conclusões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para as pessoas colectivas ou para as empresas<sup>23</sup>. A esse respeito, referir-me-ei a outras ordens jurídicas em que o direito de não se incriminar a si próprio é reservado apenas a pessoas singulares, não podendo ser invocado por pessoas colectivas<sup>24</sup>. Assim, nos Estados Unidos, as empresas não podem

19 — Acórdãos Acerinox, já referido, n.º 86, e de 14 de Julho de 2005, ThyssenKrupp Stainless GmbH e ThyssenKrupp Acciai speciali Terni SpA/Comissão (C-65/02 P e C-73/02 P, Colect., p. I-6773, n.º 49).

20 — Acórdão já referido na nota 7.

21 — V. n.º 405.

22 — Acórdão LVM, n.ºs 274 a 276.

23 — Nalguns Estados-Membros as autoridades podem também, nos termos do respectivo direito, aplicar outro tipo de sanções, como a prisão aos directores ou gestores responsáveis pela violação, por parte das respectivas empresas, dos artigos 81.º CE e 82.º CE. É de esperar que venham a existir direitos processuais e garantias correspondentes mais fortes.

24 — Supremo Tribunal dos Estados Unidos/Whit 322 U.S 694 (1944).

invocar a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Nos termos da Quinta Emenda, «ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio em qualquer processo penal». Este direito ou privilégio contra a auto-incriminação é de natureza pessoal. Aplica-se apenas a pessoas singulares. Uma pessoa colectiva não pode invocar a Quinta Emenda para justificar o seu silêncio. Por outras palavras, uma pessoa colectiva tem que apresentar os documentos, se assim lhe for exigido.

64. Em segundo lugar, não se contesta que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estendeu alguns direitos e liberdades às sociedades e outras pessoas colectivas. O mesmo se passa ao nível do direito comunitário e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Dito isto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também estabelece uma distinção entre o nível de protecção conferido às pessoas singulares, por um lado, e às pessoas colectivas, por outro. Isto pode inferir-se de outros direitos fundamentais previstos na CEDH, como o artigo 8.º No acórdão proferido no processo Niemietz<sup>25</sup>, por exemplo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem indicou que a protecção de instalações comerciais pode ser inferior à das habitações particulares. Este tribunal decidiu que o conceito de «domicílio» pode ser estendido ao escritório dos profissionais e que essa interpretação não prejudica indevidamente os Estados contratantes, já que estes mantêm o direito de regular o âmbito da ingerência autorizada

pelo artigo 8.º, n.º 2. Esse acórdão foi confirmado mais tarde pelo acórdão proferido no processo Colas Est<sup>26</sup>. Nesse acórdão, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou, à semelhança do acórdão Niemietz, que, em certas circunstâncias, pode entender-se que os direitos garantidos pelo artigo 8.º incluem o direito ao respeito da sede de empresas, de filiais e de outras instalações comerciais. Por conseguinte, de acordo com a referida jurisprudência, o Tribunal de Justiça entendeu, no acórdão proferido no processo Roquette Frères<sup>27</sup>, que «[n]a determinação do alcance do referido princípio, no que toca à protecção das instalações comerciais das sociedades, importa ter em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem posterior ao acórdão Hoechst/Comissão, já referido, jurisprudência essa donde resulta, por um lado, que a protecção do domicílio visada pelo artigo 8.º da CEDH pode ser estendida, em determinadas circunstâncias, a essas instalações [v. acórdão Colas Est, § 41], e, por outro, que o direito de ingerência autorizado pelo artigo 8.º, n.º 2, da CEDH 'poderia muito bem ir mais longe relativamente às instalações ou às actividades profissionais ou comerciais do que noutros casos' [v. acórdão Niemietz, § 31]».

65. Em terceiro lugar, o que é, contudo, determinante, no que diz respeito ao

26 — V. TEDH, acórdão Colas Est e o. c. França de 16 de Abril de 2002, n.º 37971/97, 2002-III.

27 — Acórdão de 22 de Outubro de 2002 (C-94/00, Colect., p. I-9011, n.º 29).

artigo 6.º da Convenção, é que um pedido de apresentação de documentos não viola o direito ao silêncio. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não reconheceu um direito absoluto ao silêncio. No acórdão Saunders, esse Tribunal considerou que, «todavia, o direito de não se incriminar a si próprio envolve, acima de tudo, o respeito da vontade de uma pessoa manter o silêncio. De acordo com o entendimento comum nas ordens jurídicas das Partes Contratantes da CEDH, bem como noutras, aquele direito não é extensível ao uso, em processo penal, de elementos de prova que, embora possam ser obtidos do arguido através do uso de poderes de coacção, existem independentemente da vontade dele, como, entre outros, os *documentos* obtidos por meio de mandado e as amostras de hálito, sangue e urina, bem como os tecidos humanos, para fins de testes de ADN»<sup>28</sup>. Essa conclusão foi recentemente confirmada no acórdão J.B./Suíça.

66. Assim, o direito de não proferir declarações que possam ser auto-incriminatórias não se aplica à informação que existe, independentemente da vontade do arguido, como nomeadamente sucede com os documentos. A apresentação desse tipo de documentos pode ser exigida e estes podem constituir elementos de prova. A esse respeito, referir-me-ei, em especial, às informações relacionadas e utilizadas nos procedimentos interno e de decisão de uma empresa, como, por exemplo, as estratégias de marketing e de preços. Essas informações, disponíveis para utilização interna, podem ser perdidas. Elas podem, eventualmente,

revelar a probabilidade da existência de um cartel ou de uma prática concertada, mas tal não é, por si só, auto-incriminatório. É, ainda assim, possível contestar essa probabilidade [ir mais longe significaria retirar o elemento objectivo da jurisprudência do Tribunal, o que perturbaria o equilíbrio da sua execução].

67. Por último, deve referir-se que a relação entre os direitos fundamentais das pessoas colectivas e a aplicação das regras da concorrência continua a ser um exercício de equilíbrio: o que está em causa é a protecção de direitos fundamentais *versus* a aplicação efectiva do direito comunitário da concorrência. Como o Tribunal de Justiça entendeu no acórdão *Eco Swiss*<sup>29</sup>, o artigo 81.º CE constitui uma disposição fundamental indispensável para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, para o funcionamento do mercado interno. O artigo 81.º CE é de ordem pública. Se a Comissão já não possuir competência para pedir a apresentação de documentos, a sua intervenção na execução do direito comunitário da concorrência tornar-se-á altamente dependente da cooperação voluntária ou de outros meios de coerção, como por exemplo, buscas. É óbvio que deve ser possível a aplicação efectiva, através de meios razoáveis, dos princípios básicos da ordem jurídica comunitária, da mesma forma que é óbvio que o direito de defesa também deve ser respeitado. Na minha opinião, o presente processo configura esta última possibilidade. De acordo

28 — N.º 69, sublinhado nosso.

29 — Acórdão de 1 de Junho de 1999 (C-126/97, Colect., p. I-3055).

com a jurisprudência actual, a parte demandada pode ainda, quer no procedimento administrativo quer no processo perante os tribunais comunitários, alegar que os documentos apresentados têm um significado diverso do que lhes é atribuído pela Comissão.

68. No caso ora em apreço, os documentos em causa existiam, podiam ser, em última instância, pedidos através de uma decisão ao abrigo do artigo 11.º, n.º 5, e deviam ser obrigatoriamente apresentados pela empresa, se esta os tivesse na sua posse.

69. Assim, em minha opinião, dado que o Tribunal de Primeira Instância incorreu em erro de direito, também não se justifica uma redução ao abrigo da comunicação sobre a cooperação. Como afirmou na decisão impugnada, a Comissão não recompensou pelas informações que considerou que a SGL estava obrigada a prestar em resposta ao pedido de informações. Teve em conta as informações prestadas pela SGL que iam além do que era exigido por força do artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Contudo, ao reduzir a coima da SGL, o Tribunal de Primeira Instância também teve em conta o pedido de descrição do objecto e dos resultados de certas reuniões. Uma vez que a Comissão reconheceu que essa parte do pedido era inadmissível, esta última nunca poderia ter sido tida em conta na fixação da coima.

*Pedido de informações de 30 de Junho de 1997*

70. No que diz respeito ao pedido de informações de 30 de Junho de 1997, ou seja, à segunda pergunta, na qual se pediu à SGL que nomeasse as empresas que tinha avisado, poderão ser úteis as seguintes observações.

71. A Comissão alega que, de acordo com o n.º 412 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o objectivo da Comissão era o de garantir a confissão da infracção, estando assim a SGL, nos termos do acórdão Orkem, protegida pelo direito de defesa e tendo, por conseguinte, com base na comunicação sobre a cooperação, direito à redução da sua coima.

72. A Comissão alega que a pergunta que fez não excedeu o seu poder de investigação e que, portanto, a resposta dada não ia além do exigido pelo artigo 11.º do Regulamento n.º 17. Por conseguinte, não havia razão para uma redução ao abrigo da comunicação sobre a cooperação. Além disso, o facto de a resposta da SGL ser incompleta e equívoca, constitui uma segunda razão para não conceder a redução ao abrigo da comunicação sobre a cooperação.

73. A Comissão alega que a pergunta em causa não resulta na confissão de uma infracção. Observa, a esse respeito, que o próprio Tribunal de Primeira Instância entendeu que os avisos que foram feitos não constituem uma violação do artigo 81.º CE. De acordo com a Comissão, a questão reside em saber se a resposta levaria à conclusão de que houve uma infracção, de tal forma que a empresa incorreria numa sanção apenas com base nessa resposta. Na opinião da Comissão, a resposta é negativa. O facto de os avisos serem considerados circunstância agravante não afecta esta conclusão. Para formular tal conclusão, a Comissão deve, antes de mais, determinar a existência de uma infracção. A informação relativa aos avisos não pode substituir-se a isso.

74. Além disso, ainda de acordo com a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro lógico. O facto de a Comissão ter considerado os avisos como circunstância agravante não se integra na determinação dos elementos constitutivos, antes constituindo o exercício do seu poder discricionário na política de fixação de coimas. Se houvesse que seguir a lógica do Tribunal de Primeira Instância, o resultado seria que, se tivesse decidido não ajustar a coima com base numa circunstância agravante, a Comissão poderia fazer aquela pergunta.

75. Como já indiquei nas minhas conclusões no processo C-308/04 P, o Tribunal de Primeira Instância concluiu correctamente

que o facto de a SGL ter avisado outras empresas da iminência das investigações não constitui uma infracção específica e autónoma, mas sim uma conduta que contribuiu para a gravidade das infracções iniciais, podendo, por conseguinte, ser considerada uma circunstância agravante na determinação da coima.

76. Assim, é um facto que aquela conduta, por si só, não constitui uma infracção e que, antes de poder utilizá-la como circunstância agravante, a Comissão tinha de provar a infracção inicial. Todavia, a referida conduta não deixa de constituir um elemento que poderá levar a um aumento da coima, devendo a Comissão ponderá-la de forma razoável. O facto de a Comissão ter um poder discricionário na determinação da coima é indiferente. A Comissão também dispõe dessa discricionariedade no contexto da infracção inicial, mas este facto não afecta a questão de saber se uma determinada pergunta convida a uma resposta de carácter auto-incriminatório.

77. Consequentemente, como o Tribunal de Primeira Instância correctamente observou no n.º 412 do acórdão, a SGL não estava obrigada a informar a Comissão de que tinha avisado outras empresas. Embora pudesse fazer perguntas relativamente a esses avisos, a Comissão nunca poderia obrigar a SGL a

dar uma resposta. Ao contrário do que a Comissão defende, esta pergunta não envolve factos de natureza objectiva.

*Observações finais e solução*

78. Todavia, deve assinalar-se que, embora não estivesse obrigada a fazê-lo, a SGL respondeu a esta pergunta, embora de forma incompleta e equívoca. Não pode afirmar-se que essa conduta revela um espírito de cooperação e o acórdão contém um erro a esse respeito. Quanto a esta questão, remeto simplesmente para a jurisprudência recente, de acordo com a qual o Tribunal de Justiça entendeu que uma redução ao abrigo da comunicação sobre a cooperação apenas é justificável nos casos em que a informação prestada e, de forma mais geral, a conduta da empresa possam ser consideradas uma forma de cooperação genuína por parte desta última, e que resulta claramente do próprio conceito de cooperação, na acepção da referida comunicação, em especial na introdução do ponto D, n.º 1, que apenas poderá conceder-se uma redução com base naquela comunicação no caso de a conduta da empresa revelar esse espírito de cooperação<sup>30</sup>.

79. Por essa razão, não existe fundamento para uma redução com base no ponto D, n.º 1, da comunicação sobre a cooperação.

80. No que diz respeito à relação entre «cooperação», nos termos do Regulamento n.º 17, e cooperação voluntária, nos termos da comunicação sobre a cooperação, assim como às consequências sobre a coima, decorre das observações que fiz a esse respeito e da jurisprudência o seguinte:

- em princípio, uma empresa tem o dever de cooperar com a Comissão, nos termos do Regulamento n.º 17 (v. acórdão Orkem);
- se uma empresa limitar a sua cooperação à que lhe é exigida nos termos do Regulamento n.º 17 (actualmente Regulamento n.º 1/2003), essa limitação nunca pode ser considerada uma circunstância agravante e não pode, assim, constituir uma justificação para o aumento de uma coima<sup>31</sup>;
- se uma empresa responder a um pedido de informações, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, que

30 — V., a esse respeito, o acórdão de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørinterindustri A/S, já referido na nota 16, n.ºs 388 a 403.

31 — V. o acórdão de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørinterindustri A/S, já referido na nota 16, n.º 352.

vá além dos poderes de investigação da Comissão (quando as perguntas forem de natureza tal que a Comissão não possa obrigar uma empresa a responder-lhes), essa resposta pode ser considerada como cooperação nos termos da comunicação sobre a cooperação;

- uma empresa pode receber um tratamento favorável nos termos da comunicação sobre a cooperação se revelar espírito de cooperação e se esta cooperação tiver permitido à Comissão concluir mais facilmente pela existência de uma infracção e, sendo o caso, colocar-lhe um termo.

81. Resulta claramente do que precede que o acórdão recorrido se encontra viciado por erros de direito. Nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, quando o recurso for julgado procedente o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal de Primeira Instância. Pode, neste caso, decidir definitivamente o litígio, se este estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para julgamento.

82. Em minha opinião, estão preenchidas as condições para decidir definitivamente. Basi-

camente, o Tribunal de Primeira Instância concedeu à SGL uma redução suplementar de 10% ao abrigo do ponto D, n.º 2, primeiro e segundo travessões, da comunicação sobre a cooperação, tal como fez relativamente a outros membros do cartel<sup>32</sup>, mas reduziu-a em seguida para 8%, devido à atitude da SGL<sup>33</sup>. Consequentemente, devendo parte dos 10% ser atribuída ao ponto D, n.º 2, segundo travessão, decorre do acórdão que a redução de 2% também está associada a esse ponto. A outra parte da redução tinha como objectivo recompensar as respostas da SGL à pergunta feita pela Comissão, a qual foi julgada como tendo ido além das suas competências, respostas que foram dessa forma qualificadas pelo Tribunal de Primeira Instância como uma postura de cooperação, nos termos da comunicação sobre a cooperação. Efectivamente, conforme foi referido no n.º 69, *supra*, apenas uma pequena parte das perguntas feitas pela Comissão foi além daquilo que poderia obrigar a empresa a responder. Tal corresponde a aproximadamente 1/5 das informações em causa que foram pedidas. Assim sendo, parece-me justificar-se uma redução de 4%, para além dos 30% concedidos pela Comissão. Tal significa que a coima deve fixar-se em 75,7 milhões de euros.

32 — De acordo com a decisão da Comissão (considerando n.º 41), nenhum dos membros do cartel contestou, quanto ao essencial, os factos em que a Comissão baseou a sua comunicação de objecções. A redução concedida à SGL, UCAR, C/G e VAW, no entanto, apenas se baseou no ponto D, n.º 2, primeiro travessão. A Comissão, apesar de ter reconhecido que não indicou, por engano, o segundo travessão desse ponto, alegou perante o Tribunal de Primeira Instância que a redução que concedera cobria ambos os travessões do ponto D, n.º 2. O Tribunal de Primeira Instância decidiu que tal deveria ter sido referido na decisão (v. n.º 415 do acórdão). Assim sendo, o Tribunal de Primeira Instância concedeu uma redução suplementar de 10%, 10% e 20% respectivamente (a VAW não recorreu), abrangendo uma correcção nos termos do ponto D, n.º 2, primeiro e segundo travessões, da comunicação sobre a cooperação: uma reavaliação da conduta de cooperação, nos termos do primeiro travessão, e uma avaliação por não ter contestado os factos, nos termos do segundo travessão.

33 — V. n.º 418 do acórdão recorrido.

## VIII — Conclusão

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

- anular o acórdão do Tribunal de Primeira Instância proferido em 29 de Abril de 2004 no processo T-239/01;
- fixar o montante da coima em 75,7 milhões de euros;
- condenar a SGL nas despesas.