

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 15 de Maio de 2008¹

Índice

I	— Introdução	I - 1850
II	— Quadro jurídico	I - 1851
	A — Regulamento n.º 17	I - 1851
	B — Orientações	I - 1852
III	— Factos	I - 1854
IV	— Processo no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido	I - 1858
V	— Processo no Tribunal de Justiça	I - 1859
VI	— Quanto ao recurso	I - 1860
	A — Inobservância de um critério alegadamente obrigatório de cálculo das coimas, o critério da «necessidade», em caso de aumento do nível das coimas e falta de fundamentação a este respeito (primeiro e segundo fundamentos)	I - 1861
	1. Considerações introdutórias	I - 1862
	2. Exigência de justificação da necessidade de aumentar o nível das coimas	I - 1864
	a) Argumentos das partes	I - 1864
	b) Apreciação jurídica	I - 1866
	B — Inobservância do volume de negócios no EEE como parâmetro para o cálculo das coimas (terceiro fundamento)	I - 1872
	1. Considerações introdutórias	I - 1872
	2. Argumentos das partes	I - 1873

1 — Língua original: alemão.

3. Acórdão recorrido e apreciação jurídica	I - 1874
C — Violação do princípio da igualdade de tratamento ao calcular a coima (quarto fundamento).	I - 1877
1. Argumentos das partes	I - 1877
2. Apreciação jurídica	I - 1878
D — Erro de direito ao determinar o impacto do cartel no mercado (quinto, sexto e sétimo fundamentos)	I - 1881
1. Considerações introdutórias	I - 1881
2. Argumentos das partes	I - 1882
3. Acórdão recorrido	I - 1883
4. Apreciação jurídica	I - 1884
E — Erro de direito relativo à data da cessação do cartel (oitavo, nono, décimo e décimo primeiro fundamentos).	I - 1888
1. Considerações introdutórias	I - 1888
2. Violação do artigo 81.º CE devido à aplicação errada das regras relativas ao fim da participação no cartel	I - 1891
a) Argumentos das partes	I - 1891
b) Acórdão recorrido e apreciação jurídica	I - 1892
3. Violação do artigo 81.º CE quanto à reunião em Anaheim	I - 1894
a) Argumentos das partes	I - 1894
b) Acórdão recorrido e apreciação jurídica	I - 1895
4. Desvirtuamento dos elementos de prova quanto à data da cessação do cartel ou em que foi abandonado pela ADM	I - 1898
a) Apreciação de documentos de outros membros do cartel	I - 1899
i) Argumentos das partes.	I - 1899
ii) Acórdão recorrido e apreciação jurídica	I - 1899
b) A nota atribuída à Roquette	I - 1901
	I - 1849

i) Argumentos das partes	I - 1901
ii) Apreciação jurídica	I - 1901
F — Erro de direito no exame da circunstância atenuante do fim da infracção — Violação do princípio do respeito pelas regras auto-impostas (décimo segundo fundamento — invocado a título subsidiário)	I - 1902
1. Argumentos das partes	I - 1902
2. Acórdão recorrido e apreciação jurídica	I - 1903
VII — Quanto às despesas	I - 1906
VIII — Conclusão	I - 1907

I — Introdução

1. O presente processo tem por objecto o recurso interposto pela Archer Daniels Midland Company (a seguir «ADM ou recorrente») do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 27 de Setembro de 2006, no processo T-329/01, Archer Daniels Midland/Comissão (a seguir «acórdão recorrido»). No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso da ADM que, no essencial, visava a anulação de dois artigos da Decisão C(2001) 2931 final da Comissão, de 2 de Outubro de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (COMP/ /E-1/36.756 — Gluconato de sódio) (a seguir «decisão controvertida»).

2. Estão em causa as consequências da participação da ADM, em si não contestada, num cartel que teve lugar na primeira metade dos anos 90, relativo ao mercado para gluconato de sódio, designadamente, sob a forma de cartel de preços. Este processo apresenta certos paralelos com o processo C-397/03 P, Archer Daniels Midland e o. /Comissão, no qual estava em causa um cartel — também na primeira metade dos anos 90 — no mercado dos aminoácidos, em especial da lisina².

3. Os fundamentos invocados pela ADM no Tribunal de Primeira Instância, todos relativos à fixação do montante da coima que lhe foi aplicada, dizem respeito, em primeiro

2 — Acórdão de 18 de Maio de 2006, Archer Daniels Midland e o. /Comissão (C-397/03 P, Colect., p. I-4429).

lugar, à aplicabilidade ao presente caso das orientações³ pertinentes da Comissão para o cálculo das coimas (a seguir «Orientações de 1998»), comunicadas em 1998, em segundo, à gravidade da infracção, em terceiro, à duração da infracção, em quarto, à existência de circunstâncias atenuantes, em quinto, à cooperação da ADM durante o procedimento administrativo e, em sexto, ao respeito pelos direitos de defesa.

4. Com o recurso, a ADM pede a anulação parcial do acórdão recorrido e a anulação ou redução substancial da coima aplicada com a decisão controvertida.

5. As críticas têm como alvo, uma vez mais⁴, as Orientações de 1998, embora não as questionem de modo directo e formal⁵.

II — Quadro jurídico

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

A — Regulamento n.º 17

7. O artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17: Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (a seguir «Regulamento n.º 17»)⁶, com a epígrafe «Multas» prevê o seguinte:

«A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas multas de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta, podendo este montante ser superior desde que não exceda

3 — 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.

4 — As Orientações de 1998 e a sua aplicação foram já, por várias vezes, objecto da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça. Muitas decisões do Tribunal de Justiça eliminaram dúvidas quanto à legalidade destas orientações e à sua aplicação a situações anteriores, v., designadamente, acórdãos de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425), Archer Daniels Midland e o./Comissão (já referido na nota 2), e de 8 de Fevereiro de 2007, Groupe Danone/Comissão (C-3/06 P, Colect., p. I-1331).

5 — Na petição do recurso, a própria ADM designa a decisão controvertida como o «cúmulo dos excessos» (referindo-se à aplicação das Orientações de 1998 ao cálculo das coimas).

6 — JO 1962, n.º 13, p. 204, na versão dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999 (JO L 148, p. 5).

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:

B — Orientações

9. No início das Orientações de 1998 da Comissão⁸ é estabelecido:

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

[...]

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

«Os princípios enunciados nas presentes orientações 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.»

8. Entretanto, o Regulamento n.º 17 foi revogado pelo 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 Tratado⁷, que, nos termos do seu artigo 45.º, é aplicável a partir de 1 de Maio de 2004.

10. A seguir, refere-se que a nova metodologia para a determinação do montante das coimas assenta num esquema baseado 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. O esquema para a fixação das coimas, que é explicado a seguir, compreende várias fases:

7 — JO 2003, L 1, p. 1.

8 — V. *supra*, introdução.

11. Nos termos do ponto 1 das Orientações de 1998, a Comissão determina primeiro o montante de base da coima «em função da gravidade e da duração da infracção». Quanto ao primeiro aspecto referido, as infracções são classificadas segundo o seu carácter, o seu impacto concreto no mercado, quando este for quantificável, e a dimensão do mercado geográfico de referência, em «pouco graves», «graves» e «infracções muito graves» (ponto 1 A das Orientações de 1998). Para cada uma destas três categorias são indicados critérios de classificação das infracções. Atendendo à duração, o ponto 1 B destas orientações distingue entre infracções de curta duração (em geral inferiores a um ano), de duração média (em geral de 1 a 5 anos) e de longa duração (em geral mais de 5 anos).

está prevista a aplicação da Comunicação de 18 de Julho de 1996 sobre a não aplicação ou a redução do montante das coimas ¹¹.

13. O ponto 5 das Orientações de 1998 prevê, designadamente:

«É evidente que o resultado final do cálculo da coima de acordo com este método (montante de base corrigido por percentagem de majoração e de diminuição) nunca poderá ultrapassar 10% do volume de negócios mundial das empresas nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.»

12. Uma vez determinado o montante de base, há que examinar, nos termos dos pontos 2 e 3 das Orientações de 1998, se este deve ser aumentado em função de circunstâncias agravantes ⁹ ou diminuído ¹⁰ em função de circunstâncias atenuantes como, por exemplo, «ter posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão (nomeadamente verificações)». Na fase seguinte (ponto 4 das Orientações de 1998),

14. Em 2006, as Orientações de 1998 foram substituídas por uma nova versão ¹² (a seguir «Orientações de 2006»). Estas orientações são aplicáveis aos casos relativamente aos quais

9 — O n.º 2 das Orientações de 1998 prevê um aumento do montante de base em função de circunstâncias agravantes. Tais circunstâncias podem consistir, por exemplo, no papel de líder ou de instigador da infracção.

10 — O ponto 3 das Orientações de 1998 prevê também como circunstâncias atenuantes, por exemplo, um papel exclusivamente passivo ou «seguidista» na infracção cometida.

11 — JO 1996, C 207, p. 4. Estabelece as condições em que as empresas que cooperem com a Comissão durante as investigações sobre um cartel poderão beneficiar da não aplicação ou da redução da coima que, em princípio, lhes seria aplicada (a chamada «Comunicação relativa à clemência»). Foi revogada pela Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO 2002, C 45, p. 3.).

12 — Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (Texto relevante para efeitos do EEE), JO 2006, C 210, p. 2.

foi notificada uma comunicação de objecções após a sua data de publicação no Jornal Oficial (1 de Setembro de 2006)¹³.

sódio é vendido no mundo inteiro e as empresas concorrentes estão presentes nos mercados mundiais.

III — Factos

15. Do acórdão recorrido decorrem os seguintes factos:

16. A ADM é a sociedade-mãe de um grupo de empresas que operam no sector da transformação de cereais e de grãos oleaginosos. Implantou-se no mercado do gluconato de sódio em 1990.

17. O gluconato de sódio faz parte dos agentes quelatantes, produtos que desactivam os iões metálicos nos processos industriais. Estes processos incluem, designadamente, a limpeza industrial (limpeza de garrafas e de utensílios), o tratamento de superfícies (tratamentos contra a ferrugem, desengorduramento, gravura de alumínio) e o tratamento das águas. Assim, os agentes quelatantes são utilizados na indústria alimentar, na indústria cosmética, na indústria farmacêutica, na indústria do papel, na indústria de betão e ainda em outras indústrias. O gluconato de

18. Em 1995, as vendas totais de gluconato de sódio a nível mundial eram de cerca de 58,7 milhões de euros, sendo as realizadas no Espaço Económico Europeu (a seguir «EEE») de cerca de 19,6 milhões de euros. À época dos factos, a quase totalidade da produção mundial de gluconato de sódio estava nas mãos de cinco empresas, a saber, em primeiro lugar, a Fujisawa Pharmaceutical Co. Ltd. (a seguir «Fujisawa»), em segundo, a Jungbunzlauer AG (a seguir «Jungbunzlauer»), em terceiro, a Roquette Frères SA (a seguir «Roquette»), em quarto, a Glucona vof (a seguir «Glucona»), uma empresa controlada em conjunto, até Dezembro de 1995, pela Akzo Chemie BV, filial a 100% da Akzo Nobel NV (a seguir «Akzo») e da Coöperatieve Verkoop en Productievereniging vn Aerdappelmeel en Derivaten Avebe BA (a seguir «Avebe») e, em quinto lugar, a ADM.

19. Em Março de 1997, o Ministério da Justiça americano informou a Comissão de que, na sequência de um inquérito levado a cabo nos mercados da lisina e do ácido cítrico, também tinha sido aberto um inquérito relativamente ao mercado do gluconato de sódio. Em Outubro e Dezembro de 1997, bem como em Fevereiro de 1998, a Comissão foi informada de que a Akzo, a Avebe, a Glucona, a Roquette e a Fujisawa tinham reconhecido ter participado num cartel, no âmbito do qual tinham fixado os preços do gluconato de sódio e repartido os volumes de venda desse produto nos Estados Unidos e noutros países. Na sequência de acordos celebrados

¹³ — Ponto 38 das Orientações de 2006.

com o Ministério da Justiça americano, as autoridades americanas aplicaram coimas a essas empresas. A coima aplicada à ADM, relativa ao cartel no mercado do gluconato de sódio, foi incluída numa coima global de 100 milhões de dólares americanos (USD), paga no âmbito dos processos da lisina e do ácido cítrico.

20. Em Fevereiro de 1998, a Comissão enviou pedidos de informações aos principais produtores, importadores, exportadores e compradores de gluconato de sódio na Europa. A ADM não foi destinatária deste pedido. Na sequência do pedido de informações, a Fujisawa estabeleceu contacto com a Comissão e ofereceu a sua cooperação, no âmbito da qual a Fujisawa enviou, em 12 de Maio de 1998, uma declaração escrita e um dossier que continha um resumo do historial do cartel e vários documentos. Em Setembro de 1998, a Comissão realizou diligências de instrução nas instalações da Avebe, da Glucona, da Jungbunzlauer e da Roquette.

21. Em 10 de Novembro de 1998, a Comissão enviou um pedido de informações à ADM. Em 26 de Novembro de 1998, a ADM anunciou a sua intenção de cooperar com a Comissão. Durante uma reunião que teve lugar em 11 de Dezembro de 1998, a ADM deu um «primeiro contributo no âmbito da [sua] cooperação». Posteriormente, em 21 de Janeiro de 1999, transmitiu à Comissão uma declaração da empresa e documentos relativos ao processo.

22. Em 2 de Março de 1999, a Comissão enviou pedidos de informações detalhadas à Glucona, à Roquette e à Jungbunzlauer. Por cartas de 14, 19 e 20 de Abril de 1999, estas empresas deram a conhecer o seu desejo de cooperar com a Comissão e forneceram-lhe determinadas informações sobre o cartel. Em 25 de Outubro de 1999, a Comissão enviou pedidos de informações adicionais à ADM, à Fujisawa, à Glucona, à Roquette e à Jungbunzlauer.

23. Em 17 de Maio de 2000, com base nas informações que lhe tinham sido fornecidas, a Comissão enviou uma comunicação de acusações à ADM e às outras empresas em causa, por violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo sobre o EEE (a seguir «acordo EEE»). A ADM e todas as outras empresas em causa transmitiram observações escritas em resposta às acusações feitas pela Comissão. Nenhuma das partes pediu a realização de uma audição nem contestou os factos expostos na comunicação de acusações.

24. Após ter enviado pedidos de informações adicionais à ADM e às outras empresas em causa, a Comissão adoptou, em 2 de Outubro de 2001, a decisão controvertida, cujo dispositivo contém, designadamente, as seguintes disposições:

«Artigo 1.º

Artigo 3.º

[A Akzo], [a ADM], [a Avebe], [a Fujisawa], [a Jungbunzlauer] e [a Roquette] infringiram o artigo 81.º, n.º 1, [...] CE e — a partir de 1 de Janeiro de 1994 — o artigo 53.º, n.º 1, do acordo EEE ao participarem num acordo e/ou numa prática concertada continuada no sector do gluconato de sódio.

Aplicam-se as seguintes coimas pela infracção referida no artigo 1.º:

A infracção durou:

— no caso da [Akzo], da [Avebe], da [Fujisawa] e da [Roquette], de Fevereiro de 1987 a Junho de 1995;	a) [Akzo]	9 milhões de euros
---	-----------	--------------------

— no caso da [Jungbunzlauer], de Maio de 1988 a Junho de 1995;	b) [ADM]	10,13 milhões de euros
--	----------	------------------------

— no caso da [ADM], de Junho de 1991 a Junho de 1995.	c) [Avebe]	3,6 milhões de euros
---	------------	----------------------

[...]	d) [Fujisawa]	3,6 milhões de euros
-------	---------------	----------------------

e) [Jungbunzlauer] 20,4 milhões de euros

f) [Roquette] 10,8 milhões de euros

[...]

25. Na decisão, a Comissão aplicou, para efeitos do cálculo do montante das coimas, quer a metodologia descrita nas Orientações de 1998, já referidas, quer a comunicação sobre a cooperação.

26. Em primeiro lugar, a Comissão determinou o montante de base da coima em função da gravidade e da duração da infracção.

27. Neste contexto, no que diz respeito à gravidade da infracção, a Comissão considerou, em primeiro lugar, que as empresas em causa tinham cometido uma infracção muito grave, atendendo à sua natureza, ao seu impacto concreto sobre o mercado do gluconato de sódio no EEE e à dimensão do mercado geográfico em causa.

28. Em segundo lugar, a Comissão entendeu que tinha de ter em conta a capacidade económica efectiva para afectar a concorrência e que a coima devia ser fixada a um nível que garantisse um efeito dissuasor suficiente. A Comissão classificou as empresas envolvidas em duas categorias, baseando-se nos volumes de negócios mundiais por elas realizados com a venda de gluconato de sódio no decurso do ano de 1995, o último ano do período da infracção, números que tinham sido comunicados por essas empresas em resposta a pedidos de informação da Comissão e a partir dos quais a Comissão calculou as quotas de mercado de cada uma delas. Na primeira categoria, classificou as empresas que, segundo os dados de que dispunha, detinham quotas do mercado mundial do gluconato de sódio superiores a 20%, a saber, a Fujisawa (35,54%), a Jungbunzlauer (24,75%) e a Roquette (20,96%). Para estas empresas, a Comissão fixou o montante inicial de 10 milhões de euros. Na segunda categoria, classificou as empresas que, segundo os dados de que dispunha, detinham quotas do mercado mundial de gluconato de sódio inferiores a 10%, a saber, a Glucona (cerca de 9,5%) e a ADM (9,35%). Para estas empresas, a Comissão fixou o montante inicial da coima em 5 milhões de euros, isto é, para a Akzo e a Avebe, que detinham conjuntamente a Glucona, em 2,5 milhões de euros para cada uma.

29. Para garantir que as coimas tivessem um efeito suficientemente dissuasor, por um lado, e para ter em conta o facto de que as grandes empresas dispõem de conhecimentos e de infra-estruturas jurídico-económicas que lhes permitem apreciar melhor o carácter ilícito do seu comportamento e as consequências daí resultantes do ponto de vista do direito da concorrência, por outro, a Comissão

procedeu a um ajustamento do montante inicial. Por conseguinte, tendo em conta a dimensão e os recursos globais das empresas envolvidas, a Comissão aplicou um coeficiente multiplicador de 2,5 aos montantes iniciais fixados para a ADM e para a Akzo e aumentou, consequentemente, esse montante de base, para 12,5 milhões de euros no caso da ADM e para 6,25 milhões de euros no caso da Akzo.

30. Atendendo à duração da infracção cometida por cada empresa, o montante inicial foi, além disso, aumentado em 10% por ano, ou seja, em 80% para a Fujisawa, para a Akzo, para a Avebe e para a Roquette, em 70% para a Jungbunzlauer e em 35% para a ADM.

31. Assim, a Comissão fixou um montante de base de 16,88 milhões de euros relativamente à ADM. Para a Akzo, a Avebe, a Fujisawa, a Jungbunzlauer e a Roquette, o montante de base foi fixado, respectivamente, em 11,25, em 4,5, em 18, em 17 e em 18 milhões de euros.

32. Em segundo lugar, devido a circunstâncias agravantes, o montante de base da coima aplicada à Jungbunzlauer foi aumentado em 50%, devido ao facto de esta empresa ter actuado como líder do cartel.

33. Em terceiro lugar, a Comissão apreciou e rejeitou os argumentos de algumas empresas,

que pretendiam beneficiar de circunstâncias atenuantes.

34. Em quarto lugar, em aplicação do Título B da comunicação sobre a cooperação, a Comissão concedeu à Fujisawa uma «redução muito importante» (de 80%) do montante da coima que lhe teria sido aplicada em caso de falta de cooperação. A Comissão considerou que a ADM não preenchia as condições previstas no Título C desta mesma comunicação para beneficiar de uma «redução substancial» do montante da sua coima. Em conformidade com o Título D dessa comunicação, a Comissão concedeu uma «redução significativa» do montante da coima à ADM e à Roquette (respectivamente de 40%), bem como à Akzo, à Avebe e à Jungbunzlauer (respectivamente de 20%).

IV — Processo no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

35. Em 2001, recorreram da decisão controvertida cinco das empresas às quais tinham sido aplicadas coimas, entre as quais também a ADM. A petição da ADM deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 21 de Dezembro de 2001.

36. A ADM pediu aí a anulação do artigo 1.º da decisão controvertida, na medida em que a tem por destinatária ou, pelo menos, na medida em que considera que ela participou numa infracção a partir de 4 de Outubro de 1994. Pediu, além disso, a anulação do artigo 3.º da decisão controvertida, na medida em que a tem por destinatária; a título subsidiário, a anulação ou redução substancial do montante da coima que lhe foi aplicada. Por último, a ADM pediu que a Comissão fosse condenada nas despesas do processo.

- anular o acórdão na medida em que o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso interposto da decisão pela ADM;
- anular o artigo 3.º da decisão na medida em que diz respeito à ADM;

37. Com o acórdão recorrido, de 27 de Setembro de 2006, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso e condenou a ADM nas despesas do processo. Nos termos do aviso de recepção, o acórdão foi notificado à ADM em 2 de Outubro de 2006.

- a título subsidiário do pedido anterior, modificar o artigo 3.º da decisão, de forma a reduzir mais ou a anular a coima por ela aplicada à ADM;
- a título subsidiário dos dois pedidos anteriores, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, a fim de que este decida em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça no que respeita à matéria de direito;

V — Processo no Tribunal de Justiça

38. Com o seu recurso, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de Dezembro de 2006¹⁴, a ADM pede ao tribunal que se digne:

- em qualquer dos casos, condenar a Comissão nas suas próprias despesas, bem como nas despesas da ADM no processo perante o Tribunal de Primeira Instância e no processo perante o Tribunal de Justiça.

14 — A petição do recurso deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de Dezembro de 2006, por fax, e em 15 de Dezembro de 2006 no original. Nos termos do artigo 56.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, o recurso deve ser interposto no prazo de dois meses a contar da notificação da decisão impugnada que, no caso em apreço, nos termos do aviso de recepção, foi efectuada em 2 de Outubro de 2006, pelo que deu entrada tempestivamente, em 11 de Dezembro de 2006, atendendo ao prazo de dilação fixo, em razão da distância, de dez dias, previsto no 81.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

39. A Comissão pede que seja negado provimento ao recurso e que a recorrente — a ADM — seja condenada nas despesas.

VI — Quanto ao recurso

40. A ADM apresenta doze fundamentos contra o acórdão recorrido. Estes fundamentos, todos eles relativos ao montante da coima fixada, estão agrupados na petição do recurso em quatro categorias, segundo o seu conteúdo: violação de diversos princípios de cálculo da coima, violações no contexto do critério do impacto do cartel no mercado, violações no contexto da questão da cessação do cartel e, por último, a título subsidiário, uma violação quanto à tomada em consideração de uma circunstância atenuante.

41. Tendo em conta o contexto em que se inserem (que referirei brevemente nas passagens correspondentes), penso ser útil examinar os doze fundamentos invocados pela recorrente agrupando-os de maneira um pouco diferente daquela que propõe, sem alterar substancialmente a sequência por ela escolhida na petição do recurso.

42. A seguir, passarei a apresentar e examinar os fundamentos, agrupados em seis títulos com base no aspecto a que se referem:

a) Inobservância de um critério alegadamente obrigatório de cálculo de coimas, o critério da «necessidade» em caso de aumento do nível das coimas e a falta de fundamentação a este respeito (primeiro e segundo fundamentos);

b) Inobservância do volume de negócios no EEE como parâmetro para o cálculo das coimas (terceiro fundamento);

c) Violação do princípio da igualdade de tratamento ao calcular as coimas (quarto fundamento);

d) Erro de direito ao determinar o impacto no mercado do cartel (quinto, sexto e sétimo fundamentos);

e) Erro de direito ao determinar a data da cessação do cartel (oitavo, nono, décimo e décimo primeiro fundamentos);

f) Erro de direito ao examinar a circunstância atenuante da cessação da infracção — inobservância do princípio do respeito pelas normas auto-impostas (décimo segundo fundamento — invocado a título subsidiário).

43. Para começar, gostaria de fazer algumas observações gerais quanto ao alcance da fiscalização em sede de recurso, em especial

também porque todos os fundamentos aqui invocados dizem respeito, em última análise, à fixação do montante da coima aplicada à ADM.

44. Em princípio, nos termos do artigo 225.º, n.º 1, CE e do artigo 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, o recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito. Assim, um novo exame dos factos está, à partida, excluído¹⁵.

45. Relativamente às coimas fixadas nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, importa ter em conta que o Tribunal de Primeira Instância exerce poder de plena jurisdição, nos termos do artigo 229.º CE. Em sede de recurso, não compete ao Tribunal de Justiça substituir pela sua própria apreciação, por motivos de equidade, a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas, devido à violação, por estas, do direito comunitário¹⁶. Também nesta medida, só podem ser examinadas questões de direito.

46. No âmbito do recurso de decisões do Tribunal de Primeira Instância, a fiscalização do Tribunal de Justiça tem por objecto, por um lado, apreciar em que medida o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração, de modo juridicamente correcto, todos os factores relevantes para apreciar a gravidade de um determinado comportamento à luz dos artigos 81.º CE e 82.º CE, bem como do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e, por outro lado, verificar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu satisfatoriamente a todos os argumentos invocados pela parte recorrente com vista a obter a anulação ou a redução da coima¹⁷.

A — Inobservância de um critério alegadamente obrigatório de cálculo das coimas, o critério da «necessidade», em caso de aumento do nível das coimas e falta de fundamentação a este respeito (primeiro e segundo fundamentos)

47. Seguidamente, resumirei os dois primeiros fundamentos da petição do recurso: a crítica da falta de fundamentação da necessidade de aumentar o nível das coimas relativamente à prática anterior e a inobservância de critérios obrigatórios, alegadamente estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*¹⁸ (designado pela recorrente como acórdão «Pioneer»).

15 — O Tribunal de Justiça só pode apreciar questões de facto em condições muito restritas, em especial no caso de desvirtuamento dos elementos de prova, como será explicado a seguir (v. *infra*, n.º 202 das presentes conclusões).

16 — V., quanto à jurisprudência assente, acórdãos de 17 de Julho de 1997, *Ferriere Nord/Comissão* (C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.º 31), de 17 de Dezembro de 1998, *Baustahlge-webe/Comissão* (C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.ºs 128 e 129), *Dansk Rørindustri e o./Comissão* (já referido na nota 4, nos 128), e de 10 de Maio de 2007, *SGL Carbon/Comissão* (C-328/05 P, Colect., p. I-3921, n.º 98).

17 — Acórdão *Groupe Danone/Comissão* (já referido na nota 4, n.º 69, com mais referências).

18 — Acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion française e o./Comissão* (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825).

1. Considerações introdutórias

48. Quanto ao cálculo das coimas, importa lembrar que o respectivo enquadramento — quanto à data aqui em análise¹⁹ — é estabelecido, no essencial, pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Nos termos desta norma, a Comissão pode aplicar coimas às empresas que, deliberada ou negligentemente, tenham violado o artigo 81.º, n.º 1, CE. Além disso, decorre do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 que, para determinar o montante da coima, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.

49. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as sanções previstas no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 têm um objectivo

duplo que consiste, em especial, em punir²⁰ comportamentos ilícitos e prevenir a sua repetição²¹. Com efeito, a competência da Comissão — no âmbito da tarefa de vigilância que lhe é conferida pelo artigo 85.º CE — para aplicar coimas às empresas que, deliberada ou negligentemente, tenham violado os artigos 81.º, n.º 1, CE ou 82.º CE, compreende não só a tarefa de investigar e de reprimir as infracções individuais, mas também o dever de prosseguir uma política geral destinada a aplicar, em matéria de concorrência, os princípios estabelecidos no Tratado e a orientar nesse sentido o comportamento das empresas²².

50. O artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 contém poucas indicações concretas; como já foi referido, trata-se, no essencial, dos critérios da «gravidade da infracção» e da «duração da infracção». Acresce o limite máximo da coima, de 10% do volume de negócios realizado durante o exercício social anterior.

19 — Para decisões da Comissão posteriores ao dia 1 de Maio de 2004, já não é pertinente o Regulamento n.º 17, mas sim o Regulamento n.º 1/2003, v. *supra*, título «Quadro jurídico».

20 — «Reprimem», sem terem «carácter penal», v., a este respeito, conclusões do advogado-geral J. Gand, de 10 de Junho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão (41/69, Colect. 1969-1970, pp. 661, 706, 726) quanto ao artigo 15.º, n.º 4, do Regulamento n.º 17, cujo texto indica que as decisões em matéria de coimas «não têm natureza penal». Relativamente à qualificação das decisões em matéria de coimas como sanções administrativas, que devem respeitar igualmente os princípios fundamentais do direito penal e do direito processual penal, na medida em que apresentam carácter penal atendendo ao seu objectivo e efeito — como, designadamente, as coimas aplicadas a cartéis — v. Schwarze, *Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, EuZW 2003, pp. 261 e segs. V. também o «domínio pelo menos relacionado com o direito penal» nas conclusões da advogada-geral J. Kokott, de 3 de Julho de 2007, ETI e o. (C-280/06, acórdão de 11 de Dezembro de 2007, ainda não publicado na Colectânea, n.º 72).

21 — Acórdãos de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão (41/69, Colect., p. 661, n.º 172/176 [173]), e de 7 de Junho de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comissão (C-76/06 P, Colect., p. I-4405, n.º 22).

22 — V., a este respeito, acórdãos *Musique Diffusion française* e o./Comissão (já referido na nota 18, n.º 105, quanto aos ex-artigos 85.º, n.º 1 e 86.º do Tratado CE), e *Dansk Rørindustri* e o./Comissão (já referido na nota 4, n.º 170).

No caso concreto, o montante da coima é determinado pela Comissão no exercício do seu poder de apreciação; para esse fim, é-lhe explicitamente reconhecido um «amplo poder de apreciação» ou um «poder de apreciação particularmente amplo»²³, o qual, não obstante, está sujeito a determinadas regras, não só estabelecidas no Regulamento n.º 17, mas que decorrem também, em parte, dos princípios jurídicos gerais enunciados pela jurisprudência²⁴ e cujo respeito deve ser assegurado pelo Tribunal de Justiça.

51. Segundo jurisprudência assente, a Comissão goza de tal poder de apreciação no que respeita à escolha dos elementos a ter em conta para determinar o montante das coimas, tais como, designadamente, as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem que seja necessário atender a uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração²⁵.

52. Como já foi referido, o Tribunal de Primeira Instância fixa as coimas ao abrigo do seu poder de plena jurisdição; a fiscalização pelo Tribunal de Justiça limita-se, assim, às questões de direito²⁶.

53. Com a decisão que deu origem ao acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*²⁷, a Comissão iniciou, no fim dos anos 70, uma política de sanções financeiras mais elevadas em caso de infracções graves em matéria de concorrência²⁸. No referido acórdão, o Tribunal de Justiça apreciou este aumento do nível das coimas do seguinte modo: «O facto de a Comissão ter aplicado, no passado, coimas de um certo montante a determinados tipos de infracções, não a pode impedir de aumentar esse montante, dentro dos limites fixados no Regulamento n.º 17, se tal for necessário para garantir a realização da política comunitária da concorrência. Ao invés, a aplicação eficaz das normas comunitárias da concorrência implica que a Comissão possa sempre adaptar o nível das coimas às exigências desta política»²⁹.

54. Para efeitos do cálculo das coimas, a Comissão adoptou, em 1998, as suas primeiras orientações — as Orientações

23 — Designadamente, acórdãos de 29 de Junho de 2006, *Showa Denko/Comissão* (C-289/04 P, Colect., p. I-5859, n.º 36), *Dansk Rørintustri e o./Comissão* (já referido na nota 4, n.º 172).

24 — V., designadamente, acórdão de 16 de Novembro de 2000, *Sarrió/Comissão*, C-291/98 P, Colect., p. I-9991, n.º 87), conclusões do advogado-geral J. Mischo, de 18 de Maio de 2000, *Mo och Domsjö/Comissão* (C-283/98 P, Colect., p. I-9855, n.º 59), e conclusões do advogado-geral Y. Bot, de 1 de Março de 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Comissão* (já referido na nota 21, n.º 127 e segs.).

25 — Por exemplo, acórdãos *Ferriere Nord/Comissão* (já referido na nota 16, n.º 33), e *Groupe Danone/Comissão* (já referido na nota 4, n.º 37).

26 — V. *supra* n.ºs 44 a 46 das presentes conclusões.

27 — Já referido na nota 18.

28 — Dannecker/Biermann: «Kommentierung Verordnung 1/2003», n.º 93, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, vol. 1 CE, 2.ª parte, 4.ª ed.; v., a este respeito, também no acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão* (já referido na nota 18), os argumentos das recorrentes nesse processo e da Comissão nos n.ºs 101 a 103.

29 — Acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão* (já referido na nota 18, n.º 109).

de 1998 — mais tarde as Orientações de 2006. Após a adopção das Orientações de 1998, o montante das coimas aplicadas foi de novo aumentado³⁰.

55. É certo que a jurisprudência não qualifica tais orientações como norma jurídica que, em qualquer caso, deve ser respeitada pela administração; mas são consideradas regras de conduta, que enunciam uma prática administrativa a seguir, da qual a administração não se pode afastar, no caso concreto, sem apresentar razões compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento. O Tribunal de Justiça indica que, ao adoptar tais regras de conduta e ao anunciar, através da sua publicação, que as aplicará no futuro aos casos por elas abrangidos, a Comissão limita o exercício do seu poder de apreciação. Um desvio a estas orientações pode, eventualmente, ser considerado uma violação de princípios gerais do direito, tais como a igualdade de tratamento ou a protecção da confiança legítima. Por conseguinte, não se pode excluir que, em determinadas condições e em função do seu conteúdo, tais regras de conduta com alcance geral possam produzir efeitos jurídicos³¹.

56. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, as Orientações de 1998 foram objecto de apreciação bastante positiva: ao determinar, de maneira geral e abstracta, a metodologia a seguir para fixar o montante das coimas aplicadas nos termos do artigo 15.º do

Regulamento n.º 17, as orientações garantem segurança jurídica às empresas³². É certo que estas orientações não constituem a base jurídica para a fixação do montante da coima mas explicam a aplicação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17³³. E são também compatíveis não só com o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, mas também com os princípios da não retroactividade, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade³⁴.

2. Exigência de justificação da necessidade de aumentar o nível das coimas

a) Argumentos das partes

57. Dado que os dois primeiros fundamentos apresentam muitos aspectos em comum, serão examinados em conjunto.

30 — V., mais em detalhe, Schwarze (já referido na nota 20, p. 263).

31 — V. — sobretudo — acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 4, n.os 209 e segs.)

32 — Acórdãos de 21 de Setembro de 2006, JCB Service/Comissão (C-167/04 P, Colect., p. I-8935, n.º 206), e Groupe Danone/Comissão (já referido na nota 4, n.º 23).

33 — Acórdãos Groupe Danone/Comissão (já referido na nota 4, n.º 28), e Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 4, n.os 211, 213 e 214).

34 — Acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 4, n.º 156 e segs., 234 e segs.). V., a este respeito, também Debroux: «L'imprévisibilité transparente: La politique de sanction de la Commission en matière de cartels», *Concurrences* 2006, pp. 2 e segs., p. 5; Völcker: «Developments in EC competition law in 2005 — an overview», in: *CMLRev.* 2006, pp. 1409 e segs., pp. 1416 e segs. Também a favor da compatibilidade, conclusões do advogado-geral A. Tizzano de 8 de Julho de 2004, Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referidas na nota 4, n.º 66 e segs.).

58. A recorrente, referindo-se aos n.ºs 38 a 50 do acórdão recorrido, alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, ao rejeitar, sem fundamentação, o argumento da ADM segundo o qual o aumento das coimas, decorrente das orientações, não era necessário, no caso concreto, para assegurar a implementação da política comunitária da concorrência. Além disso, um aumento tão substancial e retroactivo como o ocorrido no caso em apreço torna necessária uma fundamentação especialmente convincente. Só teria sido respeitado o princípio da não retroactividade das leis penais se o aumento do nível das coimas fosse previsível. Ao invés, a Comissão não recorreu, neste caso, ao critério da necessidade do aumento da coima, mas orientou-se exclusivamente pelo artigo 15.º do Regulamento n.º 17. Acresce que as próprias Orientações de 1998 não atendem ao critério da necessidade do aumento das coimas para aplicar a política comunitária de concorrência.

59. No seu segundo fundamento, a recorrente relaciona este argumento da falta de fundamentação com o argumento de que, por isso, foi também descurado o conteúdo dos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*³⁵. Entende que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao aplicar estes critérios ao caso em apreço. Nem a Comissão alegou uma exigência da política comunitária de concorrência, que justificasse o aumento das coimas em geral ou no caso concreto, nem o Tribunal de Primeira Instância indicou tais exigências.

60. Por último, a recorrente acrescenta a estas duas críticas uma referência às Orientações de 2006 que, segundo afirma, resultam da experiência da Comissão com orientações neste sector de actividade e, em última análise, segundo a Comissão, se vieram a revelar o procedimento mais adequado. Na perspectiva da recorrente, a falta de justificação do montante das coimas, que foram fixadas atendendo às Orientações de 1998, torna-se manifesta, designadamente, à luz das actuais Orientações de 2006. Entende que, para um caso como o que está em apreço, estas últimas teriam previsto uma multa no montante de 25% da que foi aqui fixada. Mesmo que a Comissão tivesse invocado exigências da política comunitária de concorrência para aumentar as coimas, este aumento não se pode considerar justificado à luz das Orientações de 2006 — e das coimas menos elevadas nelas previstas.

61. A Comissão sustenta que ambos os fundamentos carecem de razão de ser. O segundo é, desde logo, inadmissível, dado que foi formulado de modo demasiado vago e geral; de qualquer modo, os argumentos nele aduzidos são, no essencial, idênticos aos do primeiro fundamento. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância respondeu aos argumentos da recorrente relativos à aplicação das Orientações de 1998 ao caso vertente. Entendeu que essas orientações eram, no essencial, aplicáveis no caso concreto e, a seguir, analisou se a aplicação concreta foi efectuada sem cometer qualquer erro de direito. Segundo a Comissão, é ilógico e supérfluo submeter o aumento do nível das coimas, que daí resulta, a um exame adicional da necessidade.

35 — *Acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão* (já referido na nota 18).

b) Apreciação jurídica

62. Não partilho das reservas formuladas pela Comissão quanto à admissibilidade do segundo fundamento. Com efeito, é claro que a recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter aplicado ao caso concreto a jurisprudência pertinente, mais concretamente, o critério de análise que resulta do acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*³⁶.

63. Quanto ao fundamento relativo à violação do dever de fundamentação, importa lembrar que este dever, previsto no artigo 253.º CE, se destina a permitir, por um lado, que os interessados possam conhecer, de forma clara e inequívoca, as razões que justificam a medida adoptada, a fim de defenderem os seus direitos e, por outro, que o juiz comunitário exerça o seu controlo nessa base³⁷. O alcance concreto do dever de fundamentação deve ser apreciado em função das circunstâncias de cada caso³⁸.

64. Note-se, por último, que o alcance do dever de fundamentação constitui uma questão de direito, que está sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça em sede de recurso, uma vez que a fiscalização da legalidade de uma decisão que é exercida nesse âmbito deve necessariamente ter em

conta os factos em que o Tribunal de Primeira Instância se baseou para chegar à conclusão de que a fundamentação era suficiente ou insuficiente³⁹.

65. Face a estas coordenadas, importa examinar o que deve ser entendido no presente contexto como fundamentação suficientemente clara e inequívoca, para esclarecer se o acórdão recorrido preenche esse requisito.

66. A crítica relativa à violação do dever de fundamentação refere-se aqui ao critério da «necessidade» do aumento do nível das coimas. Segundo a recorrente, a obrigação de uma fundamentação a este respeito resulta do acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*⁴⁰, por ela referido.

67. Uma análise do acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão* mostra que a Comissão indicou então motivos para a exigência ou necessidade do aumento do nível das coimas. Tal nível é justificado devido ao tipo da infracção. Um nível mais elevado das coimas é necessário sobretudo em relação às infracções mais graves, em especial quando — como nesse caso — se visava manter os preços ao consumidor a um nível mais elevado. Muitas empresas continuam a adoptar comportamentos que sabem ser incompatíveis com o direito comunitário,

36 — Acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão* (já referido na nota 18).

37 — V., quanto à jurisprudência assente, acórdão de 18 de Setembro de 2003, *Volkswagen/Comissão* (C-338/00 P, Colect., p. I-9189, n.º 124, com mais referências).

38 — Acórdão de 6 de Março de 2003, *Interporc/Comissão* (C-41/00 P, Colect., p. I-2125, n.º 55, com mais referências).

39 — V. acórdão *Dansk Rørindustri e o./Comissão* (já referido na nota 4, n.º 453, com mais referências).

40 — Acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão* (já referido na nota 18).

porque os benefícios que estes comportamentos ilegais lhes permitem obter são superiores ao montante das coimas até aí aplicadas. Só é possível dissuadi-las deste tipo de comportamento aplicando coimas mais elevadas que anteriormente.

deve poder, em qualquer altura, adaptar este nível, dentro dos limites estabelecidos no Regulamento n.º 17, às necessidades da política da concorrência⁴⁵.

68. Na sua subsequente apreciação jurídica, o Tribunal de Justiça deduziu da missão de vigilância da Comissão⁴¹ e, em especial, também da tarefa que, designadamente, daí decorre, de orientar o comportamento das empresas no sentido das regras comunitárias da concorrência⁴² que, «para apreciar a gravidade de uma infracção com vista a determinar o montante da coima, a Comissão deve ter em consideração não apenas as circunstâncias particulares do caso concreto mas igualmente o contexto em que a infracção se insere e assegurar-se de que a sua acção tem o necessário carácter dissuasivo, sobretudo no que diz respeito aos tipos de infracções particularmente nocivas à realização dos objectivos da Comunidade»⁴³. O Tribunal de Justiça entendeu que Comissão tinha qualificado, a justo título, as infracções em causa como muito graves. A Comissão podia também ter em conta que tais práticas, devido aos benefícios que permitiam obter, continuavam a ser relativamente frequentes, embora a sua ilegalidade fosse conhecida desde há muito tempo. Por conseguinte, nada obstava a que a Comissão elevasse o nível das coimas, com vista a reforçar o seu efeito dissuasivo⁴⁴. O nível anterior das coimas não é vinculativo para o futuro, pelo contrário, para garantir o efeito útil das regras comunitárias da concorrência a Comissão

69. Deste modo, o Tribunal de Justiça examinou o aspecto da «necessidade do aumento do nível das coimas», aqui em apreço, à luz do critério da «gravidade da infracção», que resulta do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Ao apreciar este critério teve em conta, além das «circunstâncias particulares do caso sob apreciação», o «contexto em que a infracção se insere» e a garantia do efeito dissuasor. Ao fazê-lo, aceitou razões gerais de política de concorrência como explicação para o aumento do nível das coimas e entendeu mesmo ser necessária a possibilidade de aumentar esse nível para assegurar o efeito útil das regras comunitárias da concorrência.

70. Dado que o Tribunal de Justiça não exigiu, neste contexto, que a Comissão apresentasse uma análise mais detalhada da necessidade ou uma motivação referente ao caso concreto, deixou a questão da necessidade praticamente à discrição da Comissão⁴⁶, a exercer de acordo com o critério da «gravidade da infracção», que decorre do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

41 — V. *supra*, n.º 49 das presentes conclusões.

42 — Acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão (já referido na nota 18, n.º 105).

43 — Acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão (já referido na nota 18, n.º 106).

44 — Acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão (já referido na nota 18, n.º 107 e 108).

45 — Acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão (já referido na nota 18, n.º 109); v., a este respeito, também *supra*, n.º 52.

46 — Quanto ao amplo poder de apreciação da Comissão v. *supra*, n.º 50 destas conclusões.

71. Esta jurisprudência, proferida em 1983 sobre uma decisão anterior da Comissão, ou seja, numa altura em que não existiam nem as Orientações de 1998 nem nada comparável, foi continuada pelo Tribunal de Justiça após a entrada em vigor destas orientações e ajustada a novas situações.

72. No acórdão *Dansk Rørindustri e o. / Comissão*, fundamental⁴⁷ relativamente às Orientações de 1998, o Tribunal de Justiça repetiu a sua jurisprudência, segundo a qual o nível anterior das coimas não é vinculativo para o futuro⁴⁸. As empresas não podem fundar uma confiança legítima nem no nível das coimas praticado anteriormente, nem num determinado método utilizado para as calcular⁴⁹.

73. No n.º 229 do acórdão, o Tribunal de Justiça sublinhou este aspecto: «Por conse-

guinte, as referidas empresas devem contar com a possibilidade de que, a todo o momento, a Comissão pode decidir aumentar o nível do montante das coimas em relação ao aplicado no passado.»

74. A seguir, no n.º 230 deste acórdão, o Tribunal de Justiça faz incidir claramente a referida jurisprudência sobre situações às quais as Orientações de 1998 foram aplicadas: «Isto é válido não só quando a Comissão procede a um aumento do nível do montante das coimas, fixando coimas em decisões individuais, mas também se este aumento for operado pela aplicação, a casos concretos, de regras de conduta que tenham um alcance geral, como é o caso das orientações»⁵⁰.

75. Além disso, segundo jurisprudência assente, o exame à luz do critério da «gravidade da infracção» deve atender a um grande número de elementos, incluindo também o «carácter dissuasivo das coimas»⁵¹. Isto é válido quer quanto à imposição de coimas em decisões individuais quer quanto à imposição de coimas aplicando

47 — V., designadamente, *Debroux* (já referido na nota 34, p. 4). Apesar de muitas críticas, a Comissão defendeu com êxito as Orientações de 1998 e a sua aplicação, o que é patente, em especial, no acórdão *Dansk Rørindustri e o. / Comissão* (já referido na nota 4) (Völcker: «Rough justice? An analysis of the European Commission's new fining guidelines», *CMLRev.* 2007, pp. 1285 e segs., pp. 1285 e 1286).

48 — V. *supra*, n.º 53 e 67 das presentes conclusões.

49 — Acórdão *Dansk Rørindustri e o. / Comissão* (já referido na nota 4, n.º 227 e 228). V. também acórdão *Archer Daniels Midland e o. / Comissão* (já referido na nota 2, n.º 21 a 23). Esta questão é igualmente analisada em detalhe nas conclusões do advogado-geral A. Tizzano de 8 de Julho de 2004, *Dansk Rørindustri e o. / Comissão* (já referidas na nota 4, n.º 159 a 165), e no acórdão de 7 de Junho de 2005, *Archer Daniels Midland e o. / Comissão* (já referido na nota 2, n.º 66, 71 e 72).

50 — V., igualmente, acórdão *Archer Daniels Midland e o. / Comissão* (já referido na nota 2, n.º 24).

51 — «A gravidade das infracções deve ser estabelecida em função de um grande número de elementos, como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem que tenha sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração», designadamente, acórdãos 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, n.º 465), e *Dansk Rørindustri e o. / Comissão* (já referido na nota 4, n.º 241). V. também *supra*, nota 25 das presentes conclusões.

regras de conduta que tenham um alcance geral, como as Orientações de 1998.

alegações da violação dos princípios da segurança jurídica e da não retroactividade das penas.

76. Face ao exposto, como conclusão intermédia do exame dos dois primeiros fundamentos, não resulta do acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão⁵², invocado pela recorrente, que a Comissão estivesse obrigada a apresentar uma fundamentação detalhada ou mesmo relativa ao caso concreto para justificar a necessidade de um aumento do nível das coimas, a que o Tribunal de Primeira Instância deveria eventualmente entender. O mesmo decorre da análise da jurisprudência posterior, em especial do acórdão *Dansk Rørindustri* e o./Comissão⁵³, fundamental quanto às Orientações de 1998.

77. Face a estas coordenadas, importa agora analisar o acórdão recorrido do Tribunal de Primeira Instância quanto à crítica da insuficiência de fundamentação.

78. Como é evidenciado pelo acórdão recorrido⁵⁴, nos processos perante o Tribunal de Primeira Instância, a problemática do aumento do nível das coimas estava relacionada com a questão fundamental da aplicabilidade das orientações e, em concreto, com as

79. Por conseguinte, nos n.ºs 38 a 50 do acórdão recorrido, referidos pela recorrente, o Tribunal de Primeira Instância examinou primeiro o princípio da não retroactividade, tendo em conta, em especial, as Orientações de 1998 como instrumento de uma política em matéria da concorrência e as suas consequências jurídicas. A seguir, indicou que a principal inovação das orientações era o método de tarificação das coimas⁵⁵. Nos n.ºs 44 a 46, repetiu a jurisprudência explicada em detalhe *supra*⁵⁶, nos termos da qual a Comissão não está impedida de aumentar o nível das coimas face ao nível praticado no passado dentro dos limites indicados no Regulamento n.º 17, se isso for necessário para assegurar que seja posta em prática a política comunitária de concorrência, quer no âmbito de decisões individuais quer também quando este aumento for operado pela aplicação, a casos concretos, de regras de conduta que tenham um alcance geral, como as orientações. Por último, no n.º 47 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou: «Assim, sem prejuízo dos desenvolvimentos que constam dos n.os 99 e seguintes, *infra*, a ADM não tem razão quando alega que o aumento do nível das coimas pela Comissão, no contexto do acordo, é manifestamente desproporcionado em

52 — Acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão (já referido na nota 18).

53 — Acórdão *Dansk Rørindustri* e o./Comissão (já referido na nota 4, n.ºs 227 e 228).

54 — N.º 31 e segs.

55 — N.º 43 do acórdão recorrido, que remete para o acórdão *Dansk Rørindustri* e o./Comissão (já referido na nota 4, n.º 225): «A este propósito, observe-se que a principal inovação das orientações consiste em tomar como ponto de partida do cálculo um montante de base, determinado a partir de margens previstas para este efeito pelas referidas orientações, reflectindo essas margens diferentes graus de gravidade das infracções, mas que, enquanto tais, não têm relação com o volume de negócios pertinente. Este método assenta, essencialmente, numa tarificação, ainda que relativa e flexível, das coimas.»

56 — V. *supra*, n.ºs 68, 72 e 74 das presentes conclusões.

relação ao objectivo de assegurar a execução da política da concorrência.»

80. Nos referidos n.ºs 99 e seguintes é analisado o fundamento relativo à violação do princípio da proporcionalidade. As considerações do Tribunal de Primeira Instância dizem respeito à determinação do montante da coima em função da gravidade e da duração da infracção, em especial atendendo à importância do factor mercado. É verdade que não se encontram aí quaisquer indicações explícitas quanto à necessidade de aumentar a coima. Porém, a análise anterior mostra que o Tribunal de Primeira Instância examinou a questão do aumento do nível das coimas, de acordo com os requisitos a observar⁵⁷, no contexto do critério da «gravidade da infracção».

81. Face ao exposto, o Tribunal de Primeira Instância examinou correctamente, no sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o critério da «necessidade» de um aumento do nível das coimas, decorrente do acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*⁵⁸ no contexto do critério da «gravidade da infracção», sem relacionar este critério com uma exigência adicional de fundamentação, que vai para além das Orientações de 1998. O acórdão *Dansk Rørindustri e o./Comissão* mostra que isto também não é contrariado pelo princípio da não retroactividade das leis penais.

⁵⁷ — V. *supra*, n.º 75 das presentes conclusões.

⁵⁸ — Acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão* (já referido na nota 18).

82. Note-se ainda que, embora a recorrente não o refira expressamente, ambos os fundamentos aqui analisados põem em causa a legalidade do método previsto nas Orientações de 1998 para o cálculo das coimas. Ora, o Tribunal de Justiça reconheceu a compatibilidade destas orientações com o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, o princípio da não retroactividade, o princípio da igualdade de tratamento e o princípio da proporcionalidade⁵⁹.

83. Exigir adicionalmente que, em cada decisão individual, seja de novo fundamentada face ao caso concreto a política geral e abstracta de cálculo das multas subjacente às orientações significa, no essencial, contornar os métodos de cálculo das orientações⁶⁰.

84. À margem, gostaria de assinalar que, apesar da jurisprudência do Tribunal de Justiça declarar que o método de cálculo das coimas previsto nas Orientações de 1998 é compatível com os requisitos do artigo 15.º do Regulamento n.º 17⁶¹, este método continua a

⁵⁹ — Acórdão *Dansk Rørindustri e o./Comissão* (já referido na nota 4, n.ºs 156 e segs., 234 e segs.). V. também, a este respeito, *supra*, n.º 56 das presentes conclusões.

⁶⁰ — Esta conclusão é ainda realçada pelo «reverso da moeda», o aspecto, explicado *supra*, da autovinculação da Comissão às orientações respectivamente aplicáveis (v. *supra*, n.º 55 das presentes conclusões): ao aplicar os critérios de apreciação, é necessário apresentar fundamentação adicional não ao decidir recorrendo às orientações, mas quando a decisão se afasta das orientações em vigor (v., a este respeito, também *Demetriou/Gray: Developments in EC competition law in 2006* — an overview, in: *CMLRev.* 2007, pp. 1429 e segs., p. 1452).

⁶¹ — V. *supra* n.ºs 56 e 82 das presentes conclusões.

ser criticado, em especial por falta de transparência⁶², embora se tenha registado uma certa sistematização das práticas de aplicação⁶³. Com a entrada em vigor das Orientações de 2006, foram eliminados alguns dos aspectos criticados, dado que o método foi alterado; é o que se verifica, designadamente, quanto à classificação, entretanto obsoleta, constante do ponto 1 A das Orientações de 1998, em «infracções pouco graves» «infracções graves» e «infracções muito graves», a chamada tarificação⁶⁴. Porém, a Comissão continua a dispor de um amplo poder de apreciação para fixar as coimas⁶⁵. É certo que, nos termos do artigo 229.º CE e do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, é atribuída plena jurisdição ao Tribunal de Justiça⁶⁶ mas, numa perspectiva de segurança jurídica, é desejável que a discricionariedade administrativa se baseie em critérios claros para a fixação das coimas⁶⁷.

ainda as orientações que as substituíram, em 2006, e analisar o aumento «à luz destas últimas»⁶⁸. A decisão da Comissão aqui em causa foi adoptada em 2 de Outubro de 2001. Nessa data, eram aplicáveis as Orientações de 1998. As Orientações de 2006 só se aplicam a processos em matéria de cartéis a partir de 1 de Setembro de 2006 e, por isso, não são pertinentes no presente recurso.

85. Quanto aos argumentos da recorrente, de que se deve recorrer às Orientações de 2006, importa notar que não existe qualquer motivo para aplicar, além das Orientações de 1998,

86. Também não podem ser utilizadas, como antecipação da alteração posterior da política da Comissão, para precisar retroactivamente a sua discricionariedade.

62 — V., designadamente, Dannecker/Biermann, já referido na nota 28, n.º 126, p. 1260. Völcker («Rough justice», já referido na nota 47, p. 1289) entende ter motivos para crer que as alterações introduzidas pela Comissão nas Orientações de 2006 relativamente às Orientações de 1998, pelo menos a supressão da «tarificação», foram efectuadas também porque, apesar da confirmação pela jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça, continuou a ser criticada a falta de transparência e a arbitrariedade das Orientações de 1998. Soye: «Die Bußgeldleitlinien der Kommission — mehr Fragen als Antworten», *EuZW* 2007, pp. 596-600 conclui que não foi alcançado o objectivo proclamado pelas Orientações de 1998, de assegurar a transparência e a objectividade das decisões da Comissão, e que alguns representantes das autoridades europeias da concorrência qualificaram as Orientações de 1998, em retrospectiva, mesmo como pura «lotaria» (p. 596).

63 — Dannecker/Biermann (já referidos na nota 28, n.º 126).

64 — V. também, a este respeito, *infra*, n.º 90 das presentes conclusões.

65 — V. jurisprudência do Tribunal de Justiça já referida na nota 50; v. também n.º 2 na Introdução das Orientações de 2006.

66 — V. *supra*, n.º 45 das presentes conclusões.

67 — Não cabe aqui apreciar em que medida as Orientações de 2006 vão de encontro a esta recomendação formulada por Schwarze (já referido na nota 20, em especial p. 269), no contexto das Orientações de 1998.

87. E, por último, se fossem tidas em conta pelo Tribunal de Justiça, isto significaria que o tribunal de recurso estaria a substituir pela sua própria apreciação, por motivos de equidade, a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância⁶⁹.

68 — Com este argumento, a recorrente espera, manifestamente, obter uma redução do montante da coima. Pelo contrário, na doutrina surge a suspeita de que, tal como a Comissão anunciou, as Orientações de 2006 implicam, nalguns casos, um aumento adicional do nível das coimas, v. Demetriou/Gray (já referidos na nota 60, p. 1429); a razão de ser de um aumento adicional é questionada, designadamente, por Völcker («Rough justice», já referido na nota 47, p. 1317).

69 — V. *supra*, n.º 44 das presentes conclusões.

88. Assim, o Tribunal de Primeira Instância decidiu de acordo com as exigências da jurisprudência do Tribunal de Justiça, sem cometer qualquer erro de direito, e fundamentou a sua decisão de modo suficientemente claro e inequívoco. Deste modo, proponho que o primeiro e segundo fundamentos sejam julgados improcedentes.

90. A principal inovação das Orientações de 1998, relativamente à prática anterior, consiste em tomar como ponto de partida do cálculo um montante de base, determinado a partir de margens previstas para este efeito pelas referidas orientações, reflectindo essas margens diferentes graus de gravidade das infracções, mas que, enquanto tais, não têm relação com o volume de negócios relevante. Assim, este método assenta, essencialmente, numa tarifação, ainda que relativa e flexível, das coimas⁷¹.

B — Inobservância do volume de negócios no EEE como parâmetro para o cálculo das coimas (terceiro fundamento)

1. Considerações introdutórias

89. Segundo jurisprudência assente, o método de cálculo das orientações não contraria⁷⁰ o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, ao tomar como ponto de partida montantes de base que não são determinados em função do volume de negócios relevante.

91. Salvo quando se atende ao limite máximo de 10% do volume de negócios global das empresas, nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17⁷², o conceito de «volume de negócios» não é utilizado expressamente nestas orientações. Por outro lado, são feitas referências implícitas, designadamente, ao volume de negócios das empresas⁷³. Assim, as orientações não excluem que o volume de negócios seja tomado em conta não só como limite máximo mas também no decurso do processo de cálculo das coimas. Com efeito, o volume de negócios constitui um «útil e relevante indicador do poder económico da empresa (volume de negócios global), bem como do impacto sobre a concorrência dos

70 — Acórdãos Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 4, n.ºs 243 a 312), e Archer Daniels Midland e o./Comissão (já referido na nota 2, n.º 34). O artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 contém o conceito «volume de negócios», sem o especificar. Além disso, é aí referido apenas como critério para a determinação do limite máximo da coima, embora nada na letra desta disposição obste a que o volume de negócios seja utilizado não apenas para determinar o montante máximo mas a nível geral.

71 — Acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 4, n.º 225). V. também M. Debroux, «L'imprévisibilité transparente», já referido na nota 34, p. 7.

72 — Ou, relativamente aos acordos ilegais por força do Tratado CECA, v. ponto 5, alínea a), das Orientações de 1998.

73 — Basta ver o ponto 1 A das Orientações de 1998: «Será, por outro lado, necessário tomar em consideração a *capacidade económica efectiva* dos autores da infracção de causarem um prejuízo importante aos outros operadores, nomeadamente aos consumidores, e determinar um montante que assegure que a coima apresenta um carácter suficientemente dissuasivo».

comportamentos por ela adoptados (volume de negócios no mercado de referência)»⁷⁴, embora represente só um dos vários critérios de apreciação⁷⁵ de que dispõe a Comissão.

2. Argumentos das partes

92. Neste fundamento, a ADM refere-se ao volume de negócios no mercado relevante, para o qual a Comissão teve em conta, na decisão controvertida, o *volume de negócios realizado com o produto «a nível mundial»*, entendendo a recorrente que se devia atender ao *volume de negócios realizado com o produto «a nível do EEE»*.

93. Referindo-se, em especial, aos n.ºs 75 a 81 do acórdão recorrido, a recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância por ter violado os princípios jurídicos aplicáveis ao cálculo das coimas, ao tolerar que a Comissão tivesse ignorado completamente, na decisão controvertida, o *volume de negócios realizado com o produto de referência no EEE* como base apropriada de cálculo da coima. Na decisão controvertida foi cometido um erro de direito, dado que o volume de negócios realizado com o produto no EEE não foi tido em conta nem como ponto de partida do cálculo nem subsequentemente, como factor de influência sobre a coima. Como resultado, o montante da coima é várias vezes superior ao volume de

negócios realizado com o produto de referência no EEE⁷⁶.

94. É certo que, no n.º 78 do acórdão recorrido, são correctamente resumidos os princípios a observar no cálculo das coimas. Porém, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao não aplicar depois as suas conclusões jurídicas ao caso em apreciação.

95. Segundo a recorrente, as Orientações de 2006 indicam de que maneira o volume de negócios realizado com o produto no EEE deve ser utilizado como base apropriada para determinar a deterioração da concorrência no mercado do produto de referência na Comunidade e a importância relativa dos membros do cartel quanto aos produtos de referência. Seguindo tal método de cálculo, teria sido aplicada à ADM apenas uma fracção da coima controvertida.

96. A Comissão indica que o Tribunal de Primeira Instância tem competência exclusiva para fiscalizar o modo como a Comissão aprecia, no caso concreto, a gravidade dos

74 — Conclusões do advogado-geral A. Tizzano, de 8 de Julho de 2004, Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referidas na nota 4, n.º 71).

75 — V. conclusões do advogado-geral A. Tizzano, de 8 de Julho de 2004, Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referidas na nota 4, n.º 71).

76 — De resto, a recorrente formulou já uma crítica semelhante no processo Archer Daniels Midland e o./Comissão (acórdão referido na nota 2), nessa altura relacionada, porém, com a violação do princípio da proporcionalidade, por não ter sido utilizado como critério o volume de negócios no EEE (v. conclusões do advogado-geral A. Tizzano, Archer Daniels Midland e o./Comissão, já referidas na nota 2, n.ºs 128 e segs.).

comportamentos ilícitos⁷⁷. Defende que o Tribunal de Primeira Instância teve em conta, sem cometer qualquer erro de direito, todos os factores relevantes e analisou os argumentos da ADM. Por conseguinte, o fundamento deve ser rejeitado.

volume de negócios realizado com o produto de referência é apenas um de vários aspectos a ter em conta. Contrariamente ao entendimento da recorrente, seria atribuída uma importância desproporcionada a este aspecto se o exame da proporcionalidade da coima fosse limitado à apreciação da correspondência entre esta e o volume de negócios realizado com o produto de referência.

3. Acórdão recorrido e apreciação jurídica

97. Nos n.ºs 75 a 81 do acórdão recorrido, referidos pela recorrente, o Tribunal de Primeira Instância examina e rejeita o fundamento segundo o qual o princípio da proporcionalidade foi violado por a coima ser mais elevada que o volume de negócios realizado pela recorrente com a venda do produto de referência no EEE enquanto a infracção durou. Nos n.ºs 76 e 77, o Tribunal de Primeira Instância lembra a jurisprudência assente relativa à apreciação da gravidade de uma infracção, indicando que, para determinar o montante da coima, é lícito tomar em consideração tanto o volume de negócios global da empresa, como a quota de mercado das empresas em causa, não se podendo dar nem a um nem a outro destes valores uma importância desproporcionada em relação aos outros elementos de apreciação, e que a fixação de uma coima adequada não pode ser o resultado de um simples cálculo baseado no volume de negócios global.

99. A seguir, lê-se no n.º 80: «De qualquer forma, o simples facto, invocado pela ADM, de o montante da coima ultrapassar o montante do volume de negócios que ela realizou pela venda desse produto durante o período abrangido pelo acordo, ou de o ultrapassar de forma significativa, não basta para demonstrar o carácter desproporcionado da coima. Com efeito, deve apreciar-se o carácter proporcional deste nível de coima relativamente a todos os elementos que a Comissão deve ter em conta na apreciação da gravidade da infracção, a saber, a própria natureza da infracção, o seu impacto concreto no mercado em causa e a dimensão do mercado geográfico. A justeza da decisão relativamente a alguns destes critérios será, seguindo os argumentos da ADM, analisado adiante.»

98. Nos n.ºs 78 e 79 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância indica que o

100. Isto torna claro que a questão da procedência desta crítica da recorrente não pode ser apreciada atendendo apenas aos contestados n.ºs 75 a 81 do acórdão recorrido.

77 — Acórdão de 21 de Setembro de 2006, Technische Unie/Comissão (C-113/04 P, Colect., p. I-8831, n.º 196).

101. Para uma melhor compreensão é necessário, por um lado, ter em conta o que o Tribunal de Primeira Instância inferiu da decisão controvertida quanto ao tema em causa. A este respeito, lê-se no n.º 59 do acórdão recorrido quanto ao exame da gravidade da infracção pela Comissão:

«59 Para efeitos da apreciação destes elementos, a Comissão optou por se basear no volume de negócios realizado pelas empresas em causa pela venda do gluconato de sódio a nível mundial durante o último ano do período da infracção, a saber, 1995. Neste contexto, a Comissão considerou que, '[sendo] o mercado [do gluconato de sódio] [...] global, estes números da[vam] a melhor indicação possível da capacidade das empresas participantes [para] causar um dano significativo aos operadores no mercado comum e/ou no EEE' [...]. A Comissão acrescentou que, na sua opinião, este método era corroborado pelo facto de se tratar de um acordo, cujo objecto consistia, designadamente, em repartir os mercados à escala mundial e, assim, de subtrair certas zonas do EEE à concorrência. Considerou, além disso, que o volume de negócios de uma parte do acordo também dava uma ideia da sua contribuição para a eficácia do acordo no seu conjunto ou, pelo contrário, da instabilidade de que padeceria se a referida parte não tivesse participado no mesmo [...]»

102. A seguir, nos n.ºs 82 a 87 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância assinala que as orientações não prevêm que os volumes de negócios das empresas em causa — seja o volume de negócios global seja

o relativo à venda do produto de referência — constituam o ponto de partida do cálculo das coimas e, menos ainda, que constituam os únicos critérios relevantes para determinar a gravidade da infracção. Porém, a Comissão pode tê-los em conta como um elemento relevante entre outros, em particular quando, em conformidade com os terceiro a sexto parágrafos do ponto 1 A das Orientações de 1998, a Comissão adapta o montante da coima para lhe garantir um nível suficientemente dissuasor.

103. Conforme resulta dos considerandos 378 a 382 da decisão, ao contrário do que a ADM sustenta, a Comissão teve efectivamente em conta, neste contexto, os volumes de negócios das empresas envolvidas resultantes da venda do produto de referência. Com efeito, ao tratar de modo diferente as empresas em causa, a Comissão baseou-se no volume de negócios por elas realizado através da venda do gluconato de sódio a nível mundial no último ano do período da infracção, ou seja, no ano de 1995.

104. No n.º 87 do acórdão recorrido lê-se o seguinte: «Ora, no caso em apreço, estamos perante um cartel que reúne as empresas que detêm a quase totalidade das quotas de mercado do produto de referência a nível mundial. Além disso, o cartel tinha por objecto a fixação de preços e a repartição do mercado através da atribuição de quotas de venda. Num caso destes, no âmbito do tratamento diferenciado entre as empresas

em causa, a Comissão pode validamente apoiar-se no volume de negócios realizado pelos membros deste acordo pela venda do gluconato de sódio das mesmas a nível mundial. Com efeito, uma vez que o objectivo deste tratamento diferenciado é avaliar a capacidade económica efectiva dos autores de uma infracção de causarem um prejuízo à concorrência pelo comportamento ilícito e, assim, ter em conta o seu peso específico dentro do cartel, a Comissão não foi para além da sua margem de apreciação ao considerar que a quota de mercado mundial dos membros respectivos do acordo era um valor indicativo apropriado.»

passo que o acordo sobre o gluconato de sódio era mundial». A seguir, no n.º 114, o Tribunal de Primeira Instância declara, designadamente, que «o montante de base fixado pela Comissão para a infracção cometida pela ADM no caso em apreço é apropriad[o] atendendo aos elementos indicados pela Comissão na decisão e à apreciação que é feita sobre alguns destes elementos no presente acórdão.»

105. Prosseguindo o seu exame, o Tribunal de Primeira Instância volta a analisar, nos n.ºs 113 e 114, a alegação relativa ao facto de não ter sido tomado em conta o volume de negócios realizado com o produto no EEE. No contexto do exame de uma violação do princípio da igualdade de tratamento face à decisão Fosfatos de zinco⁷⁸, que a recorrente indicou a título de comparação, o Tribunal de Primeira Instância declara no n.º 113, designadamente, que «as circunstâncias do acordo que constituíram o objecto da decisão diferem das que constituíram o objecto da decisão denominada ‘Fosfatos de zinco’. Com efeito, o acordo no mercado dos fosfatos de zinco só englobava o território do EEE, ao

106. Daqui decorre que, contrariamente à crítica da recorrente, o Tribunal de Primeira Instância não só resumiu os princípios pertinentes mas aplicou também as conclusões daí tiradas ao caso concreto em apreciação. Neste contexto, analisou o argumento relativo à ponderação do volume de negócios realizado com o produto no EEE⁷⁹ que considerou, porém, sem cometer qualquer erro de direito, ser um elemento entre vários. A seguir, explicou que e por que motivo os volumes de negócios realizados pelos membros do cartel com as suas vendas de gluconato de sódio a nível mundial são, tudo ponderado, a base apropriada para calcular as coimas, explicando ao mesmo tempo, de forma implícita, a razão pela qual não se atendeu

78 — Decisão 2003/437/CE da Comissão, de 11 de Dezembro 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 1/37.027 — Fosfato de zinco), JO 2003, L 153, p. 1. Esta decisão foi objecto do acórdão *Britannia Alloys & Chemicals/Comissão* (já referido na nota 21).

79 — Note-se que este argumento da recorrente refere dois níveis de exclusão: o volume de negócios no EEE não foi tido em conta «nem como ponto de partida do cálculo» nem como «factor que, posteriormente, influencia a coima». Ao ser criticado o facto de não ter sido tomado como ponto de partida do cálculo é, no fundo, feita uma crítica às Orientações de 1998, nas quais é claramente indicado um outro ponto de partida do cálculo, v. *supra*, n.ºs 1 e 90 das presentes conclusões.

ao volume de negócios realizado com o produto de referência no EEE. Assim, o Tribunal de Primeira Instância analisou de forma juridicamente suficiente este argumento aduzido pela recorrente.

C — Violação do princípio da igualdade de tratamento ao calcular a coima (quarto fundamento)

1. Argumentos das partes

107. Finalmente, não pode ser examinada em sede de recurso⁸⁰ a conclusão do Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual «o montante de base fixado pela Comissão para a infracção cometida pela ADM no caso em apreço é apropriada atendendo aos elementos indicados pela Comissão na decisão e à apreciação que é feita sobre alguns destes elementos no presente acórdão».

108. Face à nova tentativa da ADM, de invocar as Orientações de 2006 como correcção das Orientações de 1998, cabe responder, uma vez mais, que as Orientações de 2006 não são aqui aplicáveis⁸¹.

109. Face ao exposto, entendo que este fundamento é inadmissível, na medida em que visa uma nova revisão geral da coima e, quanto ao resto, improcedente.

110. A recorrente, referindo-se aos n.ºs 107 a 113 do acórdão recorrido, critica o Tribunal de Primeira Instância por ter violado o princípio da igualdade de tratamento, ao declarar que a diferença no montante das coimas face ao processo directamente comparável «Fosfatos de zinco»⁸² era justificada pela existência de diferenças objectivas.

111. Por um lado, entende que não são pertinentes os acórdãos referidos pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 108 a 110 da sua decisão. Segundo jurisprudência assente, em especial no acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, n.º 209, desde a adopção das orientações, a Comissão viola o princípio da igualdade de tratamento quando se desvia delas sem apresentar razões.

112. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância não indicou um único elemento relevante, que permitisse diferenciar realmente entre os casos Gluconato de sódio e Fosfatos de zinco quanto aos aspectos considerados pela Comissão ao decidir sobre as coimas. Em ambos os casos, a Comissão

80 — V., a este respeito, *supra* n.ºs 44 e 45 das presentes conclusões.

81 — V. *supra*, n.ºs 85 e 86 das presentes conclusões.

82 — V. *supra*, nota 78 das presentes conclusões.

atendeu a elementos do mesmo tipo para calcular o montante de base da coima. Contrariamente ao que afirma o Tribunal de Primeira Instância, a recorrente alega que este montante de base foi determinado sem atender ao volume de negócios a nível mundial. No caso Gluconato de sódio, o volume de negócios a nível mundial só foi ponderado numa fase posterior do cálculo, para garantir o efeito dissuasor, como critério para a classificação em três grupos. A coima fixada na decisão controvertida discrimina a ADM em comparação com a coima aplicada no processo Fosfatos de zinco, directamente comparável.

113. Por último, a ADM critica o Tribunal de Primeira Instância por ter declarado, no n.º 114 do acórdão recorrido, ao abrigo do seu poder de plena jurisdição e com base nos elementos considerados pela Comissão, que a coima é apropriada⁸³. Afirma que esta apreciação pode, excepcionalmente, ser examinada pelo Tribunal de Justiça, devido a erro de direito. Mesmo que se atenda apenas, como o Tribunal de Primeira Instância, aos elementos nos quais a Comissão baseou a sua decisão, conclui-se que o caso em apreço é directamente comparável com o caso Fosfatos de zinco. O Tribunal de Primeira Instância não referiu qualquer elemento adicional divergente, susceptível de conduzir a um resultado diferente. Além disso, a ADM alega que, no âmbito da sua competência de plena jurisdição, o Tribunal de Primeira Instância não deve violar o princípio da igualdade de tratamento ao tolerar que a Comissão lhe aplique uma coima discriminatória com

carácter penal, ao passo que outras empresas não são tratadas deste modo. Por último, mesmo que o Tribunal de Primeira Instância tenha encontrado um elemento adicional relevante, que justificasse uma coima mais elevada no caso em apreço, não o identificou com a necessária precisão. Nesta medida, é insuficiente a fundamentação que se limita a remeter para todos os elementos indicados pela Comissão na decisão.

114. A Comissão argumenta que o Tribunal de Primeira Instância decidiu sem cometer qualquer erro de direito. Em especial, entende que a própria recorrente não demonstrou adequadamente, em primeira instância, em que medida o caso em apreço é comparável, em concreto, com a decisão «Fosfatos de zinco» e em que consiste, efectivamente, o tratamento desigual.

2. Apreciação jurídica

115. O princípio da igualdade de tratamento é um princípio geral do direito comunitário que, deste modo, deve ser respeitado também no âmbito de um processo de aplicação do artigo 81.º CE.

116. Segundo jurisprudência assente, o princípio da igualdade de tratamento ou da não discriminação exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de

83 — A este respeito, é de notar que, na versão inglesa pertinente do referido n.º 114 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância utilizou o conceito de «appropriate», ou seja «apropriado». É certo que a ADM utiliza na versão original da petição do recurso, em língua inglesa, o conceito de «proportionate», que, porém, pode igualmente ser traduzido por «apropriado».

maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objectivamente justificado⁸⁴

comparável na acepção da jurisprudência acima referida.

117. Na medida em que a recorrente se refere, a propósito da violação do princípio da igualdade de tratamento, à situação de outro cartel e à decisão da Comissão a esse respeito, importa notar, como também o fez o Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 108 a 112 do acórdão recorrido, que a prática decisória da Comissão não serve de quadro jurídico às coimas aplicadas em matéria de concorrência e que as decisões referentes a outros processos só podem ter carácter indicativo no que respeita à eventual existência de discriminações, pois é pouco provável que os dados circunstanciais destes processos, como os mercados, os produtos, as empresas e os períodos em causa, sejam idênticos⁸⁵.

118. Nestas circunstâncias, caberia à recorrente demonstrar no Tribunal de Primeira Instância por que motivo a situação por ela invocada é, efectivamente, uma situação

119. A recorrente não contestou a exposição dos seus argumentos no acórdão recorrido do Tribunal de Primeira Instância, na qual se lê: «Observa, com efeito que, embora estes dois processos sejam em parte contemporâneos e sejam comparáveis não apenas em termos de dimensão dos mercados em causa, mas igualmente da gravidade e da duração da infracção, a Comissão teve em conta a dimensão limitada do mercado do fosfato de zinco na Europa e, nesse processo, fixou a coima global em 11,95 milhões de euros (ou 75% do montante global das vendas do produto de referência) contra 40 milhões de euros de coima global no processo do gluconato de sódio (que representa mais de 200% das vendas do produto de referência no EEE). Além disso, a ADM observa que, no processo denominado ‘Fosfatos de zinco’, o montante de base tinha sido fixado em 3 milhões de euros para as empresas que possuíam uma quota de mercado superior a 20% e em 0,75 milhões de euros para a empresa que tinha uma quota de mercado nitidamente inferior. Ora, no caso do gluconato de sódio, a Comissão fixou o montante inicial para o cálculo da coima em 10 milhões de euros para as empresas cuja quota de mercado era superior a 20% e em 5 milhões de euros para as que tinham uma quota de mercado nitidamente inferior»⁸⁶.

84 — Acórdão de 10 de Janeiro de 2006, *International Air Transport Association e o.* (C-344/04, Colect., p. I-403, n.º 95, com mais referências).

85 — Acórdão *Britannia Alloys & Chemicals/Comissão* (já referido na nota 21, n.º 60, com mais referências relativas à jurisprudência assente do Tribunal de Justiça).

86 — N.º 95 do acórdão recorrido.

120. O Tribunal de Primeira Instância respondeu a essa argumentação, designadamente nos n.ºs 113 e 114 controvertidos, do seguinte modo:

«113. Ora, no caso em apreço, há que observar, *prima facie*, que as circunstâncias do acordo que constituíram o objecto da decisão diferem das que constituíram o objecto da decisão denominada 'Fosfatos de zinco'. Com efeito, o acordo no mercado dos fosfatos de zinco só englobava o território do EEE, ao passo que o acordo sobre o gluconato de sódio era mundial. Além disso, contrariamente ao presente caso, o acordo no mercado dos fosfatos de zinco só reuniu empresas de uma dimensão reduzida. Assim, os volumes de negócios mundiais das empresas em causa na decisão denominada 'Fosfatos de zinco' situavam-se, no ano de 2000, entre 7,09 e 278,8 milhões de euros, ao passo que no presente caso os volumes de negócios mundiais das empresas em causa no ano de 2000 se situavam entre 314 milhões e 14,003 mil milhões de euros, de entre os quais 13,936 mil milhões de euros da ADM.

114. De qualquer forma, mesmo admitindo que todas as circunstâncias relevantes para efeitos da determinação do montante apropriado da coima no processo que foi objecto da decisão denominada 'Fosfatos de zinco' possam ser consideradas comparáveis com as do presente caso, o Tribunal de Primeira Instância considera, ao abrigo do seu poder de plena jurisdição, que o montante de base fixado pela Comissão para a infracção cometida

pela ADM no caso em apreço é apropriada atendendo aos elementos indicados pela Comissão na decisão e à apreciação que é feita sobre alguns destes elementos no presente acórdão.»

121. No primeiro destes dois números, o Tribunal de Primeira Instância respondeu de forma juridicamente suficiente a todos os argumentos aduzidos pela ADM. Além disso, no caso vertente importa notar que a recorrente — como é evidenciado pela reprodução das alegações no acórdão recorrido — não precisou em que consiste, concretamente, a comparabilidade quanto à dimensão dos mercados em causa, à gravidade e à duração da infracção.

122. Por último, quanto à apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância no segundo destes dois números, importa assinalar que não compete ao Tribunal de Justiça substituir pela sua própria apreciação, por motivos de equidade, a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas⁸⁷.

123. Note-se, por último, que é inoperante a referência da recorrente ao acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão⁸⁸. Com este argu-

⁸⁷ — V. *supra*, n.º 45 das presentes conclusões.

⁸⁸ — Acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 4).

mento, alega que a Comissão violou as orientações ao desviar-se delas sem justificação. A recorrente não indica o que isto pode ter a ver com o princípio da igualdade de tratamento quanto ao caso Fosfatos de zinco.

Primeira Instância à questão do impacto atendendo a uma definição do mercado diferente, bem como uma inversão inadmissível do ónus da prova.

124. Face ao exposto, proponho que este fundamento seja julgado improcedente.

127. Dado que estes três fundamentos apresentam muitos aspectos em comum, serão examinados em conjunto.

D — Erro de direito ao determinar o impacto do cartel no mercado (quinto, sexto e sétimo fundamentos)

1. Considerações introdutórias

125. No ponto 1 A das Orientações de 1998, para determinar o montante de base da coima, distingue-se entre três categorias da gravidade da infracção, às quais correspondem diferentes montantes iniciais: «infracções pouco graves», «infracções graves» e «infracções muito graves». A classificação é efectuada à luz de vários critérios, entre os quais o «impacto concreto no mercado quando este for quantificável».

126. Neste contexto, a recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância incorreu em erro de direito ao determinar o impacto do cartel no mercado. Critica a violação do princípio do respeito por normas auto-impostas, a falta de resposta do Tribunal de

128. O ponto de partida comum destes fundamentos é o facto de a ADM considerar que a Comissão definiu o mercado do produto de referência de forma demasiado restrita e, nesse contexto, tirou conclusões erradas quanto ao impacto concreto no mercado. A Comissão definiu o mercado do produto de referência como «o do gluconato de sódio nas suas formas sólida e líquida e do seu produto de base, o ácido glucónico»⁸⁹.

129. No procedimento administrativo, em resposta aos argumentos invocados pela ADM, a Comissão admitiu que existia um determinado número de produtos de substituição parcial para o gluconato de sódio, segundo o uso que dele é feito, mas consi-

⁸⁹ — N.º 226 do acórdão recorrido.

derou que nada provava que esses produtos exerciam uma pressão efectiva sobre os preços deste último. Considerou, pelo contrário, que numerosos elementos contradiziam a tese defendida pela ADM. Assim, indicou que não havia produtos de substituição completa para o gluconato de sódio e que, tendo em conta que este produto respeita mais o ambiente, determinados utilizadores preferiam-no a produtos de substituição potenciais. A seu ver, isto era confirmado, por um lado, pelas repostas fornecidas por clientes dos membros do cartel e, por outro, pela existência do próprio cartel, que se limitou ao gluconato de sódio e constituía, assim, um indício de que os seus próprios membros consideravam que o mercado estava limitado ao gluconato de sódio⁹⁰.

2. Argumentos das partes

130. A recorrente entende que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou indevidamente, no n.º 238 do acórdão recorrido, a crítica relativa à definição errada do mercado relevante.

131. Referindo-se aos n.ºs 226 a 239 do acórdão recorrido, sustenta que o Tribunal de Primeira Instância infringiu o princípio segundo o qual a Comissão deve respeitar as regras que se impôs a si própria — no caso em apreço as orientações para o cálculo das coimas. Ao examinar o impacto de um cartel no mercado de referência, é indispensável utilizar como ponto de partida uma definição

correcta do mercado do produto de referência. Se, como no caso vertente, o mercado do produto de referência é definido de forma demasiado restrita, as considerações a partir daí tecidas quanto ao impacto do cartel serão igualmente incorrectas. A Comissão definiu o mercado de referência de modo errado, o que conduz a um erro relativo ao impacto no mercado. Dado que o gluconato de sódio é apenas um dos numerosos agentes quelatantes — representa unicamente 20% dos agentes quelatantes relevantes e é, por isso, facilmente substituível, o cartel não tinha o poder de mercado que lhe é atribuído.

132. Enferma de erro de direito a resposta dada pelo Tribunal de Primeira Instância aos correspondentes argumentos da ADM, de que cabe a esta última demonstrar que a definição do mercado de referência deve ser diferente da que foi efectuada pela Comissão. A ADM sustenta que, pelo contrário, incumbe à Comissão demonstrar o impacto do cartel no mercado de referência, o que, nos termos das orientações, inclui a definição do mercado do produto de referência. Enquanto esta definição não estiver disponível, o ónus da prova não pode ser imposto à parte contrária — ou seja, à ADM.

133. Em segundo lugar, a recorrente — referindo-se aos n.ºs 234 e 236 do acórdão recorrido — alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, por não ter respondido ao argumento da ADM, de que as provas demonstram que, atendendo à

90 — N.º 226 do acórdão recorrido.

definição ampla do mercado, o cartel não tinha um impacto concreto sobre ele.

134. Na sua petição, a ADM alega ter mostrado no Tribunal de Primeira Instância, designadamente através de tabelas, que o gluconato de sódio constitui apenas 20% dos agentes quelatantes relevantes. Isto constitui um forte argumento a favor da conclusão defendida pela ADM, de que o cartel não era efectivo quanto ao controlo dos preços. A ADM entende ter demonstrado que a evolução dos preços para agentes quelatantes de substituição apresentava uma estreita correlação com os preços do gluconato de sódio antes, durante e após a existência do cartel. Estas provas demonstram indubitavelmente que as oscilações dos preços foram influenciadas por outros factores além do cartel.

135. Em terceiro lugar, a recorrente, referindo-se aos n.ºs 230, 234 e 236 a 237 do acórdão recorrido, critica o Tribunal de Primeira Instância por ter invertido o ónus da prova ao exigir à ADM que demonstrasse que os preços teriam sido idênticos mesmo sem o cartel.

136. Nos n.ºs 177 e 184 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância respondeu ao argumento da ADM, segundo o qual a Comissão devia indicar como os preços teriam evoluído sem o cartel, mais concretamente, que seriam mais elevados com o cartel do que sem ele, que isto era impossível. Não obstante, o Tribunal de Primeira Instância impôs à ADM, no n.º 237, precisamente essa

obrigação de mostrar que o cartel não tinha tido consequências. A ADM considera que, deste modo, o Tribunal de Primeira Instância inverteu indevidamente o ónus da prova. As orientações exigem que a Comissão demonstre o impacto dos cartéis. Porém, não prevêem que a ADM tenha de mostrar a falta de impacto.

137. A Comissão entende que esta crítica da ADM é infundada e que resulta de um entendimento incorrecto do acórdão recorrido. Como o Tribunal de Primeira Instância salientou no n.º 229 do acórdão recorrido, no caso em apreço, a questão da definição do mercado coloca-se no contexto não da determinação da existência de uma infracção, mas da apreciação da sua gravidade. O Tribunal de Primeira Instância constatou que a ADM não demonstrou perante ele que o impacto concreto no mercado em causa devia ter sido apreciado de modo diferente se fosse alterada a definição do mercado. A ADM exige agora, em sede de recurso, que o Tribunal de Justiça aprecie uma questão de facto, que ela própria descurou em primeira instância.

3. Acórdão recorrido

138. Nos n.ºs 228 a 237 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância analisa o conteúdo da crítica da ADM, de que a Comissão definiu o mercado do produto de referência de forma demasiado restrita e, por conseguinte, errada, por ter excluído os substitutos do gluconato de sódio.

139. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância salienta, antes de mais, que a ADM não alegou uma definição errada do mercado do produto de referência para demonstrar que a Comissão violou o artigo 81.º, n.º 1, CE. A ADM não contesta ter infringido esta disposição ao participar no cartel do mercado do gluconato de sódio⁹¹.

140. O Tribunal de Primeira Instância indica depois que, no caso vertente, a Comissão é censurada por ter aplicado à ADM uma coima demasiado elevada e, em especial, porque concluiu pela existência de um impacto concreto do cartel no mercado de referência e teve em conta este elemento na fixação do montante da coima. Ora, esta argumentação só procede se a ADM demonstrar que, se a Comissão tivesse definido o mercado do produto de referência de outra forma, teria de constatar que a infracção não teve impacto no mercado, definido como o do gluconato de sódio e dos seus substitutos⁹².

141. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância explica que o exame do impacto de um cartel no mercado de referência, nos termos do ponto 1 A das Orientações de 1998, implica necessariamente que se recorra a hipóteses, em especial para provar qual teria sido o preço do produto relevante no caso de não existir um cartel⁹³. Em especial, cabe à

Comissão — e à contraparte em caso de contestação⁹⁴ — examinar qual teria sido o preço do produto relevante se não existisse o cartel, o que está sujeito a vários imponderáveis, a que não é possível atalhar com afirmações de probabilidades razoáveis e não quantificáveis com precisão⁹⁵.

142. A ADM não refutou a análise do mercado do gluconato de sódio que a Comissão fez na sua decisão, não fornecendo sequer um esboço de comparação entre o nível dos preços que foram praticados durante a existência do cartel no mercado mais amplo dos produtos quelatantes com aquele que, com toda a probabilidade, teria existido nesse mesmo mercado mais amplo sem o cartel relativo ao gluconato de sódio⁹⁶.

4. Apreciação jurídica

143. Analisarei, antes de mais, o último dos três fundamentos expostos, pois entendo que o esclarecimento da questão do «ónus da

91 — Assim, o Tribunal de Primeira Instância afirmou implicitamente que, num caso deste tipo, que não se verifica aqui, a questão do ónus da alegação e da prova não devia ser analisada como no presente contexto. Relativamente ao ónus da alegação e da prova quanto à existência ou não de uma infracção, v. *infra*, n.º 166 e segs. das presentes conclusões.

92 — N.º 230 do acórdão recorrido.

93 — V. n.ºs 175 a 178 do acórdão recorrido, bem como a remissão no n.º 230 do mesmo acórdão.

94 — V. n.ºs 232 e 233 do acórdão recorrido.

95 — V. n.º 176 do acórdão recorrido, bem como a remissão do n.º 230 do mesmo acórdão para o n.º 178, com carácter sintetizador.

96 — N.º 236 do acórdão recorrido.

prova» fornece, em parte, uma resposta aos dois outros fundamentos — violação do princípio do respeito pelas normas auto-impostas, bem como a falta de resposta à questão do impacto ao alterar a definição do mercado.

144. A meu ver, a utilização do conceito de «ónus da prova» neste contexto é inadequada e induz em erro. Em rigor, estão aqui em causa os ónus processuais da alegação e da prova. É visada a obrigação de cada uma das partes no processo, de alegar e expor circunstanciadamente factos em apoio do respectivo ponto de vista. Cada parte deve primeiro invocar ou apresentar de modo convincente os factos a seu favor, constituindo o argumento de uma parte a referência para o contra-argumento da (s) outra(s) parte(s).

145. Em concreto, isto significa que uma exposição circunstanciada da Comissão apenas pode ser refutada por uma exposição não menos circunstanciada da(s) outra(s) parte(s). Apenas quando ambas as partes apresentam uma argumentação convincente e fundada e chegam a conclusões diferentes é que se torna necessário recorrer às regras do ónus da prova⁹⁷.

97 — Conclusões da advogada-geral Kokott, de 8 de Dezembro de 2005, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (C-105/04 P, Colect., p. I-8725, n.º 73).

146. No presente caso, a Comissão examinou a gravidade da infracção ao calcular o montante da coima com base numa definição do mercado do produto de referência.

147. É manifesto que o Tribunal de Primeira Instância considerou esta definição adequada à luz dos referidos princípios do ónus da alegação, pois utilizou-a como base para a sua análise posterior. Não se descortina aí qualquer erro de direito.

148. Nas suas considerações, o Tribunal de Primeira Instância explicou que não basta a ADM afirmar e, eventualmente, provar que está incorrecta a definição de mercado utilizada como ponto de partida, sendo também necessário provar em que medida isto está relacionado com uma apreciação substancialmente diferente da gravidade da infracção. Assim, o Tribunal de Primeira Instância parte implicitamente do princípio de que não é óbvio — como a ADM entende — que uma definição errada do mercado de referência implica, num caso como o que está em apreço, uma apreciação errada do impacto do cartel. Metodicamente, o Tribunal de Primeira Instância exige, assim, da parte que deseja contestar a apreciação da Comissão, neste caso a ADM, que siga e apresente os *mesmos passos probatórios* que a Comissão deve dar ao fazer a sua apreciação.

149. Tudo ponderado, o Tribunal de Primeira Instância exige da recorrente, deste modo, que apresente o seu ponto de vista com argumentos pelo menos tão circunstanciados. Se a ADM pretende contestar com êxito os argumentos da Comissão, que o Tribunal de Primeira Instância considerou manifestamente convincentes, incluindo as constatações na decisão controvertida, manifestamente também convincentes, só pode fazê-lo através de argumentos tão convincentes como circunstanciados. Nas circunstâncias do caso vertente, isto inclui a argumentação relativa não apenas à definição do mercado de referência, mas também a todas as outras apreciações efectuadas pela Comissão.

150. Nos n.ºs 230 e 237 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância utiliza as expressões «não teve impacto», «inexistente» e «ou, pelo menos, negligenciável» tornando claro que só se o cartel controvertido não teve impacto no mercado mais amplo dos agentes quelatantes a que a ADM se refere, seria suficientemente demonstrado que a Comissão estava errada quanto ao impacto do cartel no mercado de referência. Assim, a alegação relativa a uma definição do mercado diferente devia ser acompanhada pela alegação fundamentada de que o cartel não teve qualquer impacto no mercado de referência, ou seja, de que não teve sucesso na prática — por falta de consequências.

151. O Tribunal de Primeira Instância entende que cabia à ADM «demonstr(ar)» ou adiantar «elementos que, em bloco, constituíssem um conjunto de indícios

coerentes que (o) demonstrassem com uma probabilidade razoável»⁹⁸, e isto através da comparação dos preços com cartel com os preços sem cartel⁹⁹, só sendo possível apresentar estes últimos recorrendo a hipóteses, como o Tribunal de Primeira Instância constatou nos n.ºs 175 a 178 do acórdão recorrido.

152. Com esta análise, o Tribunal de Primeira Instância expôs, de modo aceitável e sem cometer qualquer erro de direito, de acordo com os princípios gerais do ónus da alegação e da prova, por que motivo a ADM não logrou refutar as constatações da Comissão aqui controvertidas.

153. Mas, mesmo que, no seu acórdão, o Tribunal de Justiça não pudesse concordar com esta argumentação do Tribunal de Primeira Instância, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância não poderia ser anulado. Com efeito, a parte decisória baseia-se correctamente noutros fundamentos jurídicos, o que implica a improcedência do recurso¹⁰⁰. Gostaria de indicar esquematicamente as considerações subjacentes a este resultado — a título subsidiário:

154. Os três fundamentos aqui em análise contêm uma argumentação manifestamente contraditória em si mesma, não conforme às

98 — N.º 237 do acórdão recorrido.

99 — N.ºs 232 a 236 do acórdão recorrido, com remissão para os n.ºs 196 e 197 do mesmo acórdão.

100 — V. acórdão de 9 de Junho de 1992, Lestelle/Comissão (C-30/91 P, Colect., p. I-3755, n.º 28).

regras da lógica e da experiência e que, por isso, não pode refutar as constatações da Comissão aqui controvertidas. Dito claramente: a ADM admite que foram mantidos, ao longo de vários anos, acordos do cartel que, porém, não tiveram qualquer impacto, dado que um cartel desse tipo não podia ter qualquer influência no «mercado mais amplo». Não existe o menor indício de que esta linha de argumentação esteja correcta. Com efeito, a participação em práticas e acordos anticoncorrenciais tem geralmente por finalidade maximizar os lucros da empresa¹⁰¹. Porém, no caso em apreço, a ADM afirma ter investido, durante anos, tempo, esforço e dinheiro num cartel sem um impacto rentável. Esta afirmação é, por si só, inverosímil. Sendo conhecida a ilegalidade dos cartéis e a cominação de coimas, parece paradoxal que este cartel não rentável tivesse sido mantido durante anos¹⁰². Faltando toda e qualquer coerência a esta argumentação, incluindo a definição do mercado nela invocada, ela não pode refutar as constatações da Comissão quanto ao impacto do cartel no mercado de referência, incluindo a definição deste mercado.

155. Por conseguinte, o fundamento baseado na violação das regras relativas ao ónus da prova deve, de qualquer modo, ser julgado improcedente.

156. Daqui resulta, quanto ao princípio do respeito pelas regras auto-impostas, cuja violação foi criticada pela ADM, que o Tribunal de Primeira Instância também não cometeu qualquer erro de direito neste domínio. Com efeito, não competia à Comissão assinalar o impacto do cartel no mercado «mais amplo» definido pela ADM. Não havia qualquer motivo para tal, dado que a ADM não logrou suscitar dúvidas quanto à exactidão da definição e da análise apresentadas pela Comissão.

101 — V. acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 53).

102 — Para uma análise mais completa, importa indicar que a presente apreciação, no contexto de uma presunção de factos, se refere a uma situação probatória diferente da que foi apreciada no n.º 159 do acórdão de 9 de Julho de 2003, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão (T-224/00, Colect., p. II-2597). Nesse caso, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a seguinte afirmação, constante de uma decisão da Comissão «é inconcebível que as partes tenham repetidamente acordado em reunir-se em diversos locais em todo o mundo para fixar preços [...] durante um período tão longo sem que tal tivesse um impacto sobre o mercado da lisina». O Tribunal de Primeira Instância decidiu que esta afirmação não tinha valor probatório, uma vez que se baseava em puras conjecturas e não em factores económicos objectivos (v. também Debroux, já referido na nota 34, p. 8). Concorde com este entendimento do Tribunal de Primeira Instância, relativo a uma situação em que o ónus da alegação e da prova recaía sobre a Comissão. Porém, no presente contexto, a situação é diferente. Agora, incumbe à recorrente justificar a existência de dúvidas legítimas relativas à exactidão das constatações da Comissão quanto ao impacto do cartel no

157. Também não colhe o último dos três fundamentos aqui analisados em conjunto — de que o Tribunal de Primeira Instância não respondeu ao argumento da ADM, segundo o qual as provas demonstram que, atendendo à definição mais ampla do mercado, não se registava um impacto concreto do cartel sobre ele.

158. Como já foi explicado *supra*¹⁰³ de acordo com as regras gerais do ónus da alegação e da prova, é evidente e, por isso, não criticável do ponto de vista jurídico, que o Tribunal de Primeira Instância exija da ADM, que contrarie as constatações da Comissão aqui controvertidas, incluindo a sua definição do mercado, através de argumentos circunstanciados, de modo a refutar essas constatações. Neste contexto, compete ao Tribunal de Primeira Instância apreciar o valor a atribuir aos elementos de prova que lhe foram submetidos¹⁰⁴, o que implica que — excepto em caso de desvirtuamento das provas¹⁰⁵, que não foi aqui alegado — é determinante a convicção do Tribunal de Primeira Instância. Por conseguinte, não é censurável que o Tribunal de Primeira Instância exija da ADM uma comparação do nível de preços: a comparação da evolução dos preços com e sem cartel¹⁰⁶, que é parte integrante do exame do impacto de um cartel no mercado de referência. Para este fim, é necessário seguir e apresentar os mesmos passos probatórios que a Comissão deve dar ao fazer a sua apreciação.

159. É certo que a recorrente pode ter apresentado¹⁰⁷ um destes níveis de preços¹⁰⁸, mas não ambos, como é evidente. Nas suas

alegações, nada indica que afirme ter formulado e explicado as necessárias hipóteses¹⁰⁹, susceptíveis de mostrar o nível de preços «que, com toda a probabilidade, teria existido nesse mesmo mercado mais amplo sem o acordo limitado ao gluconato de sódio».

160. O Tribunal de Primeira Instância fundamentou suficientemente esta conclusão nos n.ºs 234 e 236 do acórdão recorrido, não se descortinando qualquer insuficiência.

161. Face ao exposto, o fundamento aqui analisado deve ser julgado improcedente na sua totalidade.

E — Erro de direito relativo à data da cessação do cartel (oitavo, nono, décimo e décimo primeiro fundamentos)

1. Considerações introdutórias

162. Nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a duração da infracção

103 — V. *supra*, n.ºs 145 e segs. das presentes conclusões.

104 — V., quanto à jurisprudência assente, designadamente, acórdãos de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Luaidi e o. (C-136/92 P, Colect., p. I-1981, n.º 66), e de 15 de Junho de 2000, Dorsch Consult/Conselho e Comissão (C-237/98 P, Colect., p. I-4549, n.º 50).

105 — V., para mais detalhes quanto ao desvirtuamento dos elementos de prova, *infra* n.º 202 das presentes conclusões.

106 — V. n.º 236 do acórdão recorrido: por um lado, o nível dos preços praticados, durante a existência do cartel, no mercado mais amplo dos produtos quelatantes, por outro, o nível que, com toda a probabilidade, teria existido nesse mesmo mercado mais amplo sem um cartel relativo ao gluconato de sódio.

107 — Trata-se de uma apreciação dos factos, que não compete ao tribunal de recurso, v. *supra*, n.º 44 das presentes conclusões.

108 — Provavelmente, os factos mencionados *supra*, no n.º 134 das presentes conclusões, visam descrever o nível dos preços que foram praticados durante a existência do cartel no mercado mais amplo dos produtos quelatantes.

109 — V., a este respeito, *supra*, n.º 141 das presentes conclusões.

cometida por cada membro do cartel deve ser tomada em consideração para calcular a coima, mais concretamente, nos termos do ponto 1 B das Orientações de 1998, sob a forma de um montante adicional ¹¹⁰.

5 de Junho de 1995 em Anaheim (Califórnia, EUA) não pode ser considerada uma sequência da infracção ¹¹².

163. Quanto aos quatro fundamentos que invoca quanto à questão da data da cessação do cartel, a recorrente afirma que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao confirmar a constatação da Comissão, de que a ADM participou no cartel durante três anos e onze meses, entre Junho de 1991 e Junho de 1995, o que implicou um aumento da coima em 35%, devido à duração da infracção. Na verdade, a participação da ADM durou três anos e quatro meses, de Outubro/Novembro de 1991 até 4 de Outubro de 1994 ¹¹¹. Por isso, a recorrente reclama uma redução da coima.

165. A recorrente contesta a apreciação efectuada a este respeito pelo Tribunal de Primeira Instância, invocando quatro fundamentos: a violação do artigo 81.º CE resultante da aplicação incorrecta das regras relativas ao fim da participação no cartel, o desvirtuamento dos elementos de prova em relação ao momento do abandono do cartel pela ADM, a violação do artigo 81.º CE quanto à reunião em Anaheim, bem como o desvirtuamento dos elementos de prova relativamente à nota atribuída à Roquette.

164. Em concreto, a recorrente afirmou no Tribunal de Primeira Instância que a Comissão cometeu erros de apreciação ao considerar que a infracção tinha continuado até Junho de 1995. Alega ter terminado a sua participação no cartel logo na reunião de 4 de Outubro de 1994 em Londres, e além disso, que a reunião que teve lugar entre 3 e

166. Antes de analisar estes fundamentos em detalhe, gostaria de fazer de novo algumas observações sobre a repartição do ónus da alegação e da prova no processo, pois estamos perante uma questão algo diferente da examinada *supra* ¹¹³.

110 — Nos termos do ponto 1 B das Orientações de 1998: infracções de curta duração (em geral inferiores a um ano): nenhum montante adicional; infracções de duração média (em geral de 1 a 5 anos): montante que pode ir até 50% do montante considerado em relação à gravidade da infracção; infracções de longa duração (em geral mais de 5 anos): o montante pode ser fixado relativamente a cada ano em 10% do montante considerado em relação à gravidade da infracção.

111 — Embora as indicações da recorrente divirjam das constatações da Comissão não só quanto à data da cessação, mas também quanto à data do início, o argumento inicial da recorrente no Tribunal de Justiça e, manifestamente, no Tribunal de Primeira Instância, limita-se à data da cessação.

167. É certo que os fundamentos a analisar se referem também, em última análise, à fixação da coima. Porém, nesta parte da fixação da coima, atende-se ao critério da duração do

112 — N.º 240 do acórdão recorrido.

113 — V. *supra*, n.ºs 144 e segs. das presentes conclusões.

cartel. Este critério relevante para a multa é aplicado atendendo ao conteúdo das informações obtidas pela Comissão quanto à existência de infracções às regras de concorrência e das conclusões que a Comissão tira a esse respeito.

168. Na medida em que for controvertida a duração do cartel ou a participação de certos membros do cartel, como no caso vertente, compete à Comissão provar as datas por ela verificadas na decisão controvertida¹¹⁴. Com efeito, em caso de divergências sobre a existência de infracções às regras de concorrência, cabe à Comissão apresentar a prova das infracções por ela verificadas e produzir os elementos probatórios adequados à demonstração juridicamente satisfatória da existência dos factos constitutivos de uma infracção¹¹⁵.

114 — Quanto ao ónus da prova objectivo (ou seja, relativamente ao caso de factos não demonstráveis — *non liquet*) o artigo 2.º, primeira frase, do Regulamento n.º 1/2003, que já não é aqui aplicável, contém uma regra correspondente; v., a este respeito, Säcker/Jaeks, «Kommentierung zu Art. 81 EG», n.º 815, in: Hirsch/Montag/Säcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, vol. 1.

115 — Jurisprudência assente, v., designadamente, acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 58). V. também Hackspiel, «§ 24 Beweisrecht», n.º 13, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*: no direito da concorrência, cabe, em princípio, à Comissão provar que existe uma infracção à concorrência, em especial, que uma empresa participou num cartel e quanto tempo a infracção durou.

169. Neste contexto, não é raro que a existência de uma prática ou de um acordo anticoncorrencial só possa ser inferida de uma série de coincidências e de indícios que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação coerente, a prova de uma violação das regras da concorrência¹¹⁶.

170. Quando está demonstrada a participação de empresas em reuniões de natureza manifestamente anticoncorrencial nesta acepção, a regra aplicável no que respeita ao ónus da prova é que cabe à empresa acusada demonstrar, através de indícios, que participou nessas reuniões sem qualquer intenção anticoncorrencial e que tinha indicado aos seus concorrentes ter objectivos diferentes dos deles¹¹⁷. O abandono secreto ou furtivo de um acordo do cartel não colhe como argumento de defesa¹¹⁸.

116 — Acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 101, n.º 57). V. ai, a este respeito, n.º 55: «Uma vez que a proibição de participar em práticas ou acordos anticoncorrenciais bem como as sanções em que os infractores podem incorrer são notórias, é normal que as actividades que estas práticas e acordos implicam decorram clandestinamente, que as reuniões se realizem secretamente, a maioria das vezes num país terceiro, e que a documentação que lhes diz respeito seja reduzida ao mínimo.», bem como o n.º 56: «Mesmo que a Comissão descubra documentos que comprovem de maneira explícita a existência de contactos ilegais entre os operadores, como as actas de uma reunião, esses documentos são normalmente fragmentados e dispersos, pelo que, muitas vezes, é necessário reconstituir por dedução determinados pormenores.»

117 — Acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 101, n.º 81, com mais referências), e de 14 de Julho de 2005, Acerinox/Comissão (C-57/02 P, Colect., p. I-6689, n.º 46, com mais referências). V. também Hackspiel (já referido na nota 115, n.º 13).

118 — Acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 101, n.º 84 e 85).

171. Porém, a explicação assim efectuada do ónus da prova não deve perder de vista o aspecto já analisado¹¹⁹ do ónus da alegação e da fundamentação. Com efeito, embora incumba à Comissão o ónus da prova das constatações que efectua na decisão controvertida, cabe em primeira linha à recorrente — ou seja, no caso em apreço, à ADM — apresentar circunstâncias e indícios susceptíveis de tornar duvidosa a exactidão das conclusões nas quais o acto impugnado se apoia¹²⁰, constituindo o carácter convincente das constatações efectuadas pela Comissão o parâmetro para a profundidade dos argumentos em contrário.

172. A apreciação dos factos e das provas compete, em princípio, ao Tribunal de Primeira Instância¹²¹, o que inclui, logicamente, a apreciação do carácter convincente das alegações e, em sede de recurso, só pode ser impugnada com alcance limitado, em especial com base no desvirtuamento dos elementos de prova¹²².

119 — V. *supra*, n.º 144 e segs. das presentes conclusões.

120 — Hackspiel (já referido na nota 115, n.º 13).

121 — V. *supra*, n.º 44 das presentes conclusões.

122 — V., para mais detalhes quanto ao desvirtuamento dos elementos de prova, *infra*, n.º 202 das presentes conclusões.

2. Violação do artigo 81.º CE devido à aplicação errada das regras relativas ao fim da participação no cartel

a) Argumentos das partes

173. A recorrente alega — referindo-se aos n.ºs 247 a 253 do acórdão recorrido — que o Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 81.º CE, ao aplicar erradamente as regras relativas ao fim da participação no cartel. É certo que o Tribunal de Primeira Instância aplicou, com razão, o critério pertinente do «distanciamento público» relativamente ao fim de uma participação no cartel. Porém, o Tribunal de Primeira Instância devia ter deduzido, a partir da circunstância de a ADM ter abandonado a reunião do cartel que ocorreu em Londres em 4 de Outubro de 1994, que a ADM tinha cessado a sua participação no cartel.

174. Mas o Tribunal de Primeira Instância não chegou a esta conclusão ao apreciar os factos — em primeiro lugar que, durante essa reunião, a ADM ameaçou retirar-se do cartel se não fossem satisfeitas as suas exigências, em segundo lugar, apresentou um ultimato e, em terceiro, abandonou a reunião após ter decorrido, sem qualquer resultado, o prazo do ultimato. O Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao incluir uma componente subjectiva no critério do distanciamento público, ao apreciar os motivos da ADM. Classificou o abandono da reunião como estratégia negocial e, por conseguinte, não reconheceu a data de 4 de Outubro de 1994 como data da cessação.

175. Porém, o critério do distanciamento público deve ser entendido exclusivamente como critério objectivo. Resulta da jurisprudência que o conceito de acordo ilícito ou práticas concertadas é de natureza objectiva, na medida em que pressupõe um «consenso deliberado»¹²³ e uma «manifestação de vontade»^{124 125}. Segundo a jurisprudência, não é suficiente invocar como argumento de defesa o abandono secreto ou furtivo de um acordo do cartel¹²⁶. A recorrente sustenta que também uma intenção secreta de continuar a participar no cartel após um distanciamento público não deve ser entendida como uma circunstância incriminatória. Mesmo que se tratasse de uma estratégia negocial, não teve êxito. De qualquer modo, o artigo 81.º CE refere-se a práticas detectadas, não a pensamentos ilícitos.

176. Além disso, a recorrente afirma que, após ter abandonado a reunião e, deste modo, o acordo, este último foi, na prática, terminado, devido a conflitos não resolvidos. Não foram depois praticados quaisquer actos relativos ao acordo, como mostra o facto de terem deixado de ser comunicados os volumes de vendas, como o próprio Tribunal

de Primeira Instância reconheceu no n.º 252 do acórdão recorrido.

177. Por último, os aspectos da fundamentação indicados nos n.ºs 248 e 249 do acórdão recorrido são, em primeiro lugar, incorrectos e, em segundo, irrelevantes, dado que estes aspectos não foram referidos pela Comissão nem na sua decisão nem na sua contestação.

178. A Comissão defende o acórdão recorrido.

b) Acórdão recorrido e apreciação jurídica

179. No n.º 246 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância refere-se ao critério do «distanciamento público». Só se pode considerar que a participação no cartel teria cessado definitivamente, se a ADM se «tivesse distanciado publicamente do conteúdo das reuniões». A seguir, no n.º 247 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância entendeu o abandono da reunião de 4 de Outubro de 1994 em Londres não como a cessação definitiva da sua participação no cartel, porque a ADM não se distanciou publicamente dos objectivos do cartel, mas, pelo contrário, tentou resolver o conflito entre os membros do cartel e alcançar um compromisso, sinalizando estar de acordo, em princípio, com a continuação do cartel. Tudo

123 — No original: «knowing consensus».

124 — O texto original em língua inglesa não é muito claro neste ponto. É certo que, no original, a recorrente escreve «manifest concurrence of wills» mas, na citação do acórdão a esse respeito, sublinha as palavras «manifestation of the wish».

125 — Em apoio do seu entendimento, a recorrente refere dois acórdãos: o acórdão de 6 de Janeiro de 2004, BAI e Comissão/Bayer (C-2/01 P e C-3/01 P, Colect., p. 1-26, n.º 102 («Para que se possa considerar concluído por aceitação tácita um acordo, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, é necessário que a *manifestação de vontade* de uma das partes contratantes, com um objectivo anticoncorrencial, constitua um convite à outra parte, quer seja expresso ou implícito, para a realização comum de tal objectivo [...]»)), e o acórdão de 14 de Julho de 1972, Imperial Chemical Industries/Comissão (48/69, Colect., p. 619, n.º 64/67). («[...] substitui *cientemente* por uma cooperação prática entre (as empresas) os riscos da concorrência [...]» (itálico da recorrente)).

126 — Acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 101).

ponderado, o Tribunal de Primeira Instância concorda com a Comissão em que o comportamento em causa pode ser entendido como estratégia negocial e não como cessação do cartel.

objectivos (*já*) não devem ser anticoncorren-
ciais.

180. Dado que o tribunal de recurso não pode efectuar qualquer nova apreciação dos factos¹²⁷, o exame deste fundamento só abrange a questão de saber se a apreciação dos factos poderá incidir sobre os motivos que levaram a ADM a abandonar a reunião de 4 de Outubro de 1994 em Londres.

183. Esta perspectiva é particularmente realçada no acórdão Aalborg Portland e o./Comissão:

181. A recorrente não contesta que a reunião de 4 de Outubro de 1994 em Londres se inclui entre as «reuniões manifestamente anticoncorrenciais»¹²⁸. Neste caso, é a ela que compete, como já foi indicado, alegar — e, eventualmente, provar — através de indícios, ter participado nestas reuniões sem qualquer intenção anticoncorrencial ou ter informado os seus concorrentes de que tinha objectivos *diferentes*¹²⁹.

«84 A este respeito, a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuidade da infracção e compromete a sua descoberta. Esta cumplicidade constitui um modo passivo de participação na infracção, pelo que é de natureza a fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito de um acordo único.

182. Contrariamente ao entendimento da recorrente, são pertinentes as «intenções» ou os «motivos», que foram objecto de ponderação. Atendeu-se também à perspectiva do destinatário. Com efeito, trata-se de advertir os concorrentes de que tem objectivos *diferentes*. Isto quer dizer que os

85 Além disso, a circunstância de uma empresa não dar seguimento aos resultados de uma reunião que tem um objecto anticoncorrencial não é susceptível de afastar a sua responsabilidade pela sua participação num acordo, a menos que ela se tenha distanciado publicamente do seu conteúdo [...].»

127 — V. *supra*, n.º 172 das presentes conclusões.

128 — V. *supra*, n.º 170 das presentes conclusões.

129 — V. *supra*, n.º 170 das presentes conclusões.

184. Noutra passagem do acórdão referido, afirma-se ainda que se trata de *assinalar abertamente a desaprovação relativa a práticas ilícitas ou de informar os outros participantes de que se assiste a uma reunião, em si mesma anticoncorrencial, numa óptica «diferente» — ou seja, não anticoncorrencial*¹³⁰.

185. Face ao exposto, verifica-se que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito quanto ao critério de apreciação, que determinou e aplicou correctamente.

186. No que toca aos aspectos da fundamentação indicados nos n.ºs 248 e 249 do acórdão recorrido, que a recorrente considera incorrectos e irrelevantes, importa notar que já não são pertinentes, dado que a apreciação efectuada nos n.ºs 246 e 247 do acórdão recorrido é, desde logo, suficiente para que o fundamento seja julgado improcedente.

187. Tendo em conta todas estas considerações, proponho que também este fundamento seja julgado improcedente.

3. Violação do artigo 81.º CE quanto à reunião em Anaheim

188. Modificando ligeiramente a ordem de apresentação, abordarei em primeiro lugar a reunião que decorreu em Junho de 1995 em Anaheim, passando depois a analisar em conjunto as duas críticas relativas ao desvirtuamento dos elementos de prova.

a) Argumentos das partes

189. A recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância infringiu o artigo 81.º CE ao decidir que o comportamento na reunião de Junho de 1995 em Anaheim era anticoncorrencial. Sustenta que a reunião realizada em Anaheim não foi anticoncorrencial, tendo apenas sido trocados dados de mercado sem especificação das empresas. Partindo da premissa de que o cartel cessou na reunião de 4 de Outubro de 1994, só se poderia tratar, quando muito, do início de um novo cartel. A tentativa de determinar a dimensão total do mercado através da troca anónima de informações não é, *de per se*, proibida. A Comissão, em contraste com o que é referido no n.º 265 do acórdão recorrido, também nada fez para mostrar que isto levou a uma restrição da concorrência. Assim, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao supor que o cartel foi continuado com a reunião de Junho de 1995.

¹³⁰ — Acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 101, n.º 330).

190. A Comissão responde que a recorrente não terminou a sua participação no cartel com a reunião em Outubro de 1994 e que o encontro em Anaheim representa a continuação das reuniões do cartel. Defende que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito.

259. Ora, há que observar que esta forma de proceder coincidia, no essencial, com a prática constante no acordo destinada a assegurar o respeito das quotas de venda atribuídas e que, conforme resulta dos considerandos 92 e 93 da decisão, consistia no facto de antes de cada reunião, os membros do acordo comunicarem os seus volumes de vendas à Jungbunzlauer, que os reunia e distribuía durante as reuniões.

b) Acórdão recorrido e apreciação jurídica

191. Nos n.ºs 258 a 268 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância apreciou o carácter da reunião que decorreu de 3 a 5 de Junho de 1995 em Anaheim. Para este efeito, examinou os factos que lhe foram apresentados em cinco fases. Nas duas primeiras fases de apreciação, às quais este fundamento se refere, são apreciados, nos n.ºs 258 a 262, os aspectos da reunião:

260. Em segundo lugar, a ADM confirma a descrição dos acontecimentos exposta pela Comissão no considerando 232 da decisão segundo a qual, durante essa reunião, foi proposto um novo sistema de troca de informações relativas ao volume de vendas. Este sistema iria permitir determinar, de forma anónima, ou seja, de forma a que nenhum dos membros conhecesse os valores dos outros, a dimensão total do mercado do gluconato de sódio da seguinte forma:

«258. Em primeiro lugar, deve observar-se que a ADM não contesta que, tal como a Comissão indicou no considerando 232 da decisão, que, durante essa reunião, na qual todos os membros do acordo estiveram presentes, os participantes discutiram os volumes de venda do gluconato de sódio realizados em 1994. A Comissão observou, em particular, sem que a ADM impugne este elemento, que, segundo esta última, a Jungbunzlauer lhe pediu 'que comunicasse os valores totais de vendas de gluconato de sódio realizadas pela ADM em 1994' [...].

'[A] empresa A escreveria um número arbitrário que representaria uma parte do seu volume total; a empresa B mostraria então à empresa C a soma dos números da empresa A e da empresa B; a empresa C acrescentaria o seu volume total a esta soma; por último, a empresa A acrescentaria a este montante o resto do seu volume total e comunicaria esse total ao grupo' [...].

[...]

262. [...] sem que seja necessário apreciar se, tomado individualmente, este comportamento constitui uma violação das regras da concorrência, há que considerar que a Comissão podia justificadamente considerar que constituía uma nova tentativa dos membros do acordo de 'reporem a ordem no mercado' e de manterem as suas práticas anticoncorrenciais executadas ao longo dos anos precedentes, destinadas a assegurar o controlo do mercado por uma acção conjunta, se bem que, eventualmente, sob formas e por métodos diferentes. A circunstância de os membros do acordo terem tentado implementar um sistema de troca 'anónima' de informações, conforme descrito no n.º 260, *supra*, podia ser razoavelmente interpretad[a] pela Comissão como um seguimento natural do comportamento das empresas no âmbito do acordo que, conforme resulta do considerando 93 da decisão, se caracterizava por um 'clima de suspeição mútua crescente', mas que tinha contudo por objectivo repartir o mercado. Sob esta perspectiva, a Comissão podia validamente considerar que, ao estabelecer este novo sistema de troca de informações, os membros do acordo demonstraram 'ainda estar [resolvidos] a encontrar uma solução que lhes permitisse continuar as suas práticas anticoncorrenciais' [...] e 'manter o seu controlo do mercado através de uma acção conjunta' [...].»

192. Na seguinte fase de apreciação — «[e]m terceiro lugar» — trata-se da nota atribuída à Roquette, que será examinada mais adiante. Na quarta fase atende-se a declarações de participantes no cartel, que também serão examinadas mais adiante. «Em quinto lugar», considera-se que não é relevante a circunstância de a reunião de Junho de 1995 ter ocorrido no âmbito de uma reunião industrial geral. Isto não exclui a possibilidade de as empresas em causa tirarem proveito dessa reunião industrial para discutirem o cartel.

193. As considerações tecidas pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 258 a 262 do acórdão recorrido constituem, no essencial, uma apreciação dos factos que, em princípio, não pode ser novamente examinada em sede de recurso¹³¹. O Tribunal de Primeira Instância partiu do princípio de que a reunião em Anaheim não constitui o início de um novo cartel, mas uma continuação do antigo. O Tribunal de Primeira Instância não acolheu o argumento da recorrente, de que o cartel já tinha cessado em Londres com a reunião de 4 de Outubro de 1994. Estas duas constatações do Tribunal de Primeira Instância resultam da apreciação dos factos e, nesta medida, está excluído que o Tribunal de Justiça possa substituir pela sua própria apreciação a que foi efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância.

194. Um caso na fronteira entre apreciação dos factos e questão de direito é a afirmação da recorrente, de que na reunião de Junho

131 — V. *supra*, n.ºs 44 e 172 das presentes conclusões.

de 1995 não se verificou qualquer troca de informações ilegal, dado que a tentativa aí efectuada, de determinar a dimensão total do mercado através da troca anónima de informações, não visava qualquer restrição da concorrência.

Primeira Instância, pois estava em causa a classificação e apreciação de uma de várias reuniões — a última, tanto quanto se sabe — dos participantes num cartel. O que caracteriza esta situação é ser pacífico que o cartel existiu durante vários anos. Coloca-se, neste contexto, a questão de qualificar e apreciar o comportamento dos participantes desta reunião, que parece ter sido a última.

195. Considerada isoladamente, a questão de saber se tal troca de informações constitui um comportamento anticoncorrencial é, em princípio, uma questão de direito. Pelo menos, a recorrente parece partir deste princípio, indicando várias fontes em apoio da sua afirmação¹³².

196. Mas, no presente contexto, esta questão não se colocou isoladamente ao Tribunal de

197. O Tribunal de Primeira Instância analisou, neste sentido, os factos que lhe foram apresentados e constatou que todos os membros do cartel estavam representados nesta reunião e que, como noutras reuniões no passado, discutiram os volumes de vendas do ano anterior. Neste contexto, o Tribunal de Primeira Instância atendeu a que foi proposto e praticado um novo sistema para a troca de informações relativas ao volume de vendas. Como já foi indicado, o Tribunal de Primeira Instância referiu que este sistema se destinava a determinar, de forma anónima, ou seja, de forma a que nenhum dos membros conhecesse os valores dos outros, a dimensão total do mercado do gluconato de sódio. Porém, o Tribunal de Primeira Instância não apreciou se este novo sistema era, em si mesmo, contrário à concorrência — o que seria uma questão de direito — mas apreciou se a Comissão podia razoavelmente entender o comportamento dos membros do cartel nesta reunião como a continuação do seu comportamento anterior sob formas e por métodos diferentes. Efectuou, assim, uma apreciação dos factos. Por conseguinte, está excluído, também neste caso, um novo exame pelo Tribunal de Justiça.

132 — A este respeito, a recorrente refere-se, designadamente, ao n.º 42 das conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed, de 29 de Junho de 2006, ASNEF-ÉQUIFAX (C-238/05, Colect., p. I-11125), mais concretamente à seguinte passagem: «Os dados de mercado agregados são, em princípio, legais desde que não permitam a identificação ou o conhecimento da estratégia comercial de um concorrente isolado.» Porém, esta passagem, lida no contexto, não aponta para uma interpretação no sentido defendido pela recorrente. Nos n.ºs 41 e 42 das conclusões referidas, o advogado-geral L. A. Geelhoed indica que, para a distinção entre uma troca de informação legal e uma troca ilegal, é também importante saber se o nível de agregação permite ou não conhecer as estratégias dos concorrentes o que depende, em última análise, do número de concorrentes. São igualmente importantes a estrutura do mercado em causa (oligopolista ou fragmentado) e a frequência da troca de informações. Note-se ainda que o advogado-geral L. A. Geelhoed teceu estas considerações com carácter geral mas no contexto de uma situação completamente distinta. Nesse processo, estava em causa um sistema de troca de informações relativas ao crédito entre instituições financeiras, em concreto um registo de informações relativo à solvabilidade dos clientes.

198. Este fundamento também não é apoiado pela alegação da recorrente, de que a Comissão não demonstrou que a troca anónima de informações para determinar a dimensão total do mercado teve por efeito restringir a concorrência.

4. Desvirtuamento dos elementos de prova quanto à data da cessação do cartel ou em que foi abandonado pela ADM

199. Quanto a este aspecto, o Tribunal de Primeira Instância recordou justamente, no n.º 265 do acórdão recorrido, que, segundo jurisprudência assente, para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, CE, não é necessário tomar em consideração os efeitos concretos de um acordo, se se verificar que ele *tem por objectivo* restringir, impedir ou falsear a concorrência¹³³. Como decorre do n.º 262 do acórdão recorrido, reproduzido *supra*, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a Comissão podia validamente concluir que, ao estabelecerem o novo sistema de troca de informações, os membros do cartel *visavam* continuar as suas práticas anticoncorrenciais para controlar o mercado.

201. Há ainda que examinar duas críticas da recorrente relativas ao desvirtuamento dos elementos de prova.

202. Ocorre um desvirtuamento das provas quando, sem recorrer a novos elementos de prova, a apreciação dos elementos de prova existentes é manifestamente incorrecta¹³⁴; isto pode suceder, por exemplo, quando a apreciação contraria as regras da lógica ou o sentido dos elementos de prova foi totalmente deturpado¹³⁵, isto é, foi atribuído a determinados elementos de prova um conteúdo objectivamente incorrecto¹³⁶.

200. Logo, este fundamento deve também ser julgado improcedente.

133 — V., por exemplo, acórdãos de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Colect., pp. 322, 390), e Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão (já referido na nota 51, n.º 491).

134 — Acórdão de 18 de Janeiro de 2007, PKK e KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect., p. I-445, n.º 37).

135 — Hackspiel, «§ 28, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe», n.º 28, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*.

136 — Conclusões da advogada-geral Kokott de 27 de Setembro de 2006, PKK e KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect., p. I-445, n.º 43).

a) Apreciação de documentos de outros membros do cartel

tenha deixado de participar no cartel em 4 de Outubro de 1994.

i) Argumentos das partes

203. A recorrente alega — referindo-se aos n.ºs 248 a 250 do acórdão recorrido — que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os elementos de prova, por não ter considerado que os documentos aí indicados de outros participantes, designadamente da Roquette e da Jungbunzlauer, corroboram a alegação da ADM, de que se tinha retirado do acordo em 4 de Outubro de 1994. Contrariamente à interpretação do Tribunal de Primeira Instância, as indicações da Roquette e da Jungbunzlauer corroboram o argumento da ADM, de que o acordo e, deste modo, o cartel cessou em 4 de Outubro de 1994. Assim, a Jungbunzlauer declarou: «[q]uando, em 4 de Outubro de 1994 em Londres, a Roquette declarou que já não respeitaria nenhum [dos] acordos [do cartel], estes terminaram.» E a Roquette alegou: a «Roquette declarou recusar uma continuação» e «isto terminou o acordo». Assim, a Roquette e a Jungbunzlauer indicaram a mesma data da cessação do acordo que a ADM. A interpretação contrária do Tribunal de Primeira Instância não é apoiada nem pela decisão controvertida nem pela contestação da Comissão.

204. A Comissão contesta estes argumentos. As provas em questão não indicam que o cartel cessou completamente em 4 de Outubro de 1994. As provas demonstram apenas que, na data referida, o cartel foi abandonado pela Roquette, mas não pela recorrente. O Tribunal de Primeira Instância decidiu, a justo título, que nada indica que a recorrente

ii) Acórdão recorrido e apreciação jurídica

205. Os n.ºs 248 a 250 do acórdão recorrido, referidos pela recorrente, constituem — juntamente com o n.º 251 — a já mencionada¹³⁷ quarta fase das cinco fases de apreciação. O texto integral desta parte do acórdão é o seguinte:

«248. Além disso, também não resulta de nenhum documento invocado pela ADM que os outros membros do acordo compreenderam o seu comportamento nessa reunião como um distanciamento público do próprio conteúdo do acordo.

249. Com efeito, em primeiro lugar, a carta dirigida em 21 de Maio de 1999 pela Jungbunzlauer à Comissão não contém qualquer descrição do comportamento

137 — V. *supra*, n.º 192 das presentes conclusões.

da ADM durante a reunião de 4 de Outubro de 1994 em Londres. Nesta só vem indicado que, '[q]uando, em 4 de Outubro de 1994 em Londres, a Roquette declarou que já não respeitaria nenhum [dos] acordos [do cartel], estes terminaram.'

recorrente, não parece que a apreciação destas provas seja manifestamente incorrecta. Não foi atribuído qualquer conteúdo objectivamente incorrecto aos elementos de prova.

250. Em segundo lugar, na carta dirigida em 12 de Maio de 1998 pela Fujisawa à Comissão, esta parte não transmitiu nenhuma descrição desta reunião durante a qual, de resto, conforme resulta do considerando 224 da decisão, ela não tomou parte. Bem pelo contrário, nesta carta a Fujisawa indicou que o acordo só terminou em 1995.

207. Ao invés, a constatação feita no n.º 250 «[b]em pelo contrário, nesta carta a Fujisawa indicou que o acordo só terminou em 1995», conjugada com a constatação de que nada indica que a ADM se tenha retirado do cartel antes, aponta claramente no sentido da apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância.

251. Em terceiro lugar, a descrição desta reunião pela Jungbunzlauer na carta que dirigiu no dia 30 de Abril de 1999 à Comissão também não contém indicações de que, durante essa reunião, a ADM declarou querer retirar-se do acordo. Pelo contrário, a Jungbunzlauer indicou, nesta carta, que a ADM tinha pedido que se procedesse a uma reorganização das quantidades de vendas mas não foi apoiada.»

208. Neste contexto, as afirmações invocadas pela recorrente, segundo as quais «[q]uando, em 4 de Outubro de 1994 em Londres, a Roquette declarou que já não respeitaria nenhum [dos] acordos [do cartel], estes terminaram», a «Roquette declarou recusar uma continuação» e «isto terminou o acordo», podem legitimamente ser interpretadas apenas como indicações de que a Roquette abandonou o cartel e não como o fim deste último.

206. Assim, nesta passagem do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância tirou conclusões a partir de três cartas de outros membros do cartel quanto à continuação deste durante o período compreendido entre 4 de Outubro de 1994 e Junho de 1995. Contrariamente aos argumentos da

209. Daqui decorre que o Tribunal de Justiça não é competente para responder a este fundamento, dado que não pode substituir pela sua própria apreciação, por motivos de equidade, a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância.

210. Uma vez que o argumento da ADM não comporta qualquer elemento verdadeiramente susceptível de demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou as provas em causa, este fundamento deve também ser julgado improcedente, por ser inadmissível.

a reunião de Junho de 1995 em Anaheim tinha carácter anticoncorrencial. De resto, as considerações tecidas pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 263 do acórdão recorrido constituem apenas um elo de uma cadeia. As partes restantes mostram claramente o carácter anticoncorrencial desta reunião em Anaheim.

b) A nota atribuída à Roquette

i) Argumentos das partes

211. A recorrente alega — referindo-se ao n.º 263 do acórdão recorrido — que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os elementos de prova, ao atribuir a nota aí referida à Roquette e ao considerá-la uma prova do carácter da reunião de Junho de 1995. Esta — única — indicação de que foram discutidos na referida reunião temas como «compensações», «produção» ou «preços», não foi, na realidade, preparada pela Roquette, mas sim pelo ministério público norte-americano, como resumo para servir de base à discussão com as testemunhas da Roquette, e não como nota da reunião. As informações dela constantes são de origem desconhecida.

212. A Comissão nota que a Roquette não foi, é certo, a autora da nota em causa, mas que a transmitiu à Comissão, como também correctamente decorre do n.º 233 da decisão controvertida. É irrelevante um erro eventualmente cometido pelo Tribunal de Primeira Instância quanto à autoria. A nota mostra que

ii) Apreciação jurídica

213. Na realidade, quanto à nota aqui em causa, é manifesto que não existe qualquer prova da autoria atribuída à Roquette no n.º 263 do acórdão recorrido. Ao que parece, a Roquette limitou-se a transmitir esta nota à Comissão. Isto resulta também da reprodução dos argumentos das partes no n.º 255 do acórdão recorrido¹³⁸.

214. Mas, em última análise, esta nota e a sua origem não são aspectos decisivos. A quarta fase de fundamentação aqui em análise constitui apenas o elo de uma cadeia. A conclusão não depende desta fase de fundamentação.

138 — Na versão em francês — língua em que o Tribunal de Primeira Instância delibera — lê-se «[l]es indications contenues dans un document obtenu auprès de Roquette», na versão em inglês, de publicação «[t]he evidence contained in a document obtained from Roquette», e, finalmente, na versão alemã «die Angaben eines von Roquette vorgelegten Dokuments».

215. Com efeito, como se depreende das considerações que já teci, as outras apreciações do Tribunal de Primeira Instância quanto ao carácter da reunião em Anaheim justificam já a qualificação de «anticorrecional», constante do acórdão recorrido. Relativamente à duração da participação no cartel, determinada pela Comissão, existem já suficientes indícios cujo valor a recorrente não logrou pôr em causa, a saber, por um lado, a apreciação da reunião em Anaheim como continuação do comportamento anterior com métodos diferentes e, por outro, a apreciação dos documentos de outros membros do cartel. O Tribunal de Primeira Instância também qualificou, no n.º 263 do acórdão recorrido, a nota aqui em causa apenas «como confirmadora» da tese defendida pela Comissão e da sua apreciação anterior da reunião de Junho de 1995 em Anaheim.

216. Assim, devem ser julgados improcedentes os oitavo, nono, décimo e décimo primeiro fundamentos.

F — Erro de direito no exame da circunstância atenuante do fim da infracção — Violação do princípio do respeito pelas regras auto-impostas (décimo segundo fundamento — invocado a título subsidiário)

217. Antes de mais, importa lembrar que, nos termos do ponto 3 das Orientações de 1998, está prevista uma diminuição do montante de

base da coima em função de circunstâncias atenuantes, entre as quais se conta, de acordo com o terceiro travessão desta norma, «ter posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão (nomeadamente verificações)».

218. Ao examinar as circunstâncias atenuantes, enumeradas de modo não exaustivo¹³⁹ nas Orientações de 1998, a Comissão dispõe de um amplo poder de apreciação¹⁴⁰.

1. Argumentos das partes

219. A recorrente alega, no essencial, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito nos n.ºs 272 a 287 do acórdão recorrido, ao permitir que a Comissão não atendesse ao termo da infracção como circunstância atenuante relevante. Isto infringe o princípio segundo o qual a Comissão deve respeitar as regras que se impôs a si própria. Desde modo, sustenta que o montante da coima deve ser reduzido.

¹³⁹ — O carácter não exaustivo depreende-se do próprio texto: «Diminuição do montante de base em função de circunstâncias atenuantes específicas, como por exemplo» V. também Demetriou/Gray (já referido na nota 60, p. 1453), no sentido de que as orientações não contêm qualquer indicação vinculativa quanto a circunstâncias atenuantes.

¹⁴⁰ — V., designadamente, Dannecker/Biermann (já referidos na nota 28, n.º 164).

220. A Comissão defende a correspondente passagem do acórdão recorrido.

2. Acórdão recorrido e apreciação jurídica

221. Importa, desde logo, assinalar que, como será demonstrado a seguir, as alegações da recorrente sobre a circunstância atenuante contradizem as suas próprias indicações quanto à data da cessação do cartel.

222. Decorre do n.º 270 do acórdão recorrido que a ADM remete para o ponto 3, terceiro travessão, das Orientações de 1998, segundo o qual «ter posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão (nomeadamente verificações)» é reconhecido como uma circunstância atenuante. A ADM afirma ainda que «no caso em apreço, devia ter beneficiado desta circunstância atenuante, dado que pôs termo à infracção desde a primeira intervenção das autoridades da concorrência americanas».

223. Na petição do recurso, a recorrente não contestou esta reprodução dos seus argumentos que, porém, está manifestamente em contradição com a sua própria afirmação,

noutro passo da petição do recurso, de que a sua participação no cartel terminou logo com a reunião de 4 de Outubro de 1994¹⁴¹. Em concreto, verifica-se uma contradição ao indicar-se como data em que foi posto fim à infracção o dia 27 de Junho de 1995¹⁴² quando se verificou a intervenção das autoridades americanas, a qual coincide com a data da cessação do cartel em «Junho de 1995» determinada pela Comissão — e contestada pela recorrente.

224. Independentemente destas contradições na exposição dos factos pela recorrente, entendo que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao apreciar a circunstância atenuante.

225. Nos n.ºs 272 a 287 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância indicou e fundamentou que há que interpretar restritivamente a referida disposição do ponto 3, terceiro parágrafo, das Orientações de 1998, para evitar que o artigo 81.º, n.º 1, CE seja privado de efeito útil e que a Comissão não se deve obrigar, com as suas orientações, a ter de considerar uma circunstância atenuante a simples cessação da infracção após as suas primeiras intervenções¹⁴³.

141 — Na medida em que a recorrente afirma ter cessado a sua participação no cartel com a reunião em 4 de Outubro de 1994 (v. *supra*, n.º 163 e segs. das presentes conclusões), não refere, nesse contexto, qualquer nexó com a intervenção das autoridades da concorrência, mas sim com a falta de acordo entre as empresas envolvidas no cartel.

142 — V. n.º 273 do acórdão recorrido.

143 — V., em especial, n.º 279 do acórdão recorrido.

226. No acórdão recorrido refere-se ainda: quando foi determinada pela intervenção da Comissão [...].
- «280. Por conseguinte, há que interpretar esta disposição no sentido de que só as circunstâncias particulares do caso concreto, nas quais a hipótese do termo da infracção desde as primeiras intervenções da Comissão se concretiza, podem justificar a tomada em conta desta última circunstância como circunstância atenuante [...]».
281. No presente caso, há que recordar que a infracção em causa é relativa a um acordo secreto que tinha por objecto a fixação de preços e uma repartição dos mercados. Este tipo de acordo é expressamente proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) e c), CE, e constitui uma infracção particularmente grave. As partes devem, consequentemente, ter consciência do carácter ilícito do seu comportamento. O carácter secreto do acordo confirma o facto de as partes terem tido consciência do carácter ilícito das suas acções. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância considera que não resta qualquer dúvida de que esta infracção foi cometida intencionalmente pelas partes em causa.
282. Ora, o Tribunal de Primeira Instância já considerou expressamente que a cessação de uma infracção cometida deliberadamente não poderá ser considerada uma circunstância atenuante
283. À luz do que antecede, o Tribunal de Primeira Instância entende que, no caso em apreço, o facto de a ADM ter posto fim à infracção depois da primeira intervenção de uma autoridade da concorrência não é susceptível de constituir uma circunstância atenuante.
284. Esta conclusão não é afectada pelo facto de, no presente caso, ter sido na sequência da intervenção das autoridades americanas e não da Comissão que a ADM pôs fim às práticas anticoncorrenciais em causa [...]. Com efeito, o facto de a ADM ter cessado a infracção desde as primeiras intervenções das autoridades da concorrência americanas não torna esta cessação mais ponderada do que se ela tivesse tido lugar desde as primeiras intervenções da Comissão.»
227. A meu ver, esta fundamentação não está inquinada por qualquer erro de direito e assenta num critério correcto.
228. Com efeito, uma análise puramente textual do ponto 3, terceiro travessão, das Orientações de 1998 poderia dar a impressão de que o simples cessação da infracção após as

primeiras intervenções da Comissão constituiu, de uma forma geral e sem reserva, uma circunstância atenuante¹⁴⁴.

229. Ora, tal interpretação puramente textual da disposição seria incompatível com os objectivos do direito comunitário da concorrência, que visam, em especial, evitar o falseamento da concorrência no mercado interno.

230. O Tribunal de Primeira Instância assinalou, com razão, que uma circunstância atenuante no sentido dos objectivos do direito comunitário da concorrência deve pressupor um «mérito» ou uma «iniciativa autónoma da parte do infractor»¹⁴⁵. Penso que isto é correcto, atendendo a que, em última análise, a redução da coima que daí resulta constitui uma recompensa, que não deve ser concedida quando o comportamento ilícito cessou como reacção à intervenção das autoridades da concorrência. De resto, quanto à reacção, sem dúvida desejada, da cessação do comportamento ilícito, as Orientações de 1998 prevêm já um incitamento adequado, a saber, a qualificação da continuação de uma infracção depois das primeiras intervenções da Comissão como circunstância agravante, nos termos do ponto 2 das Orientações de 1998¹⁴⁶.

231. Neste sentido é também, de resto, consequente quando, no âmbito de outro caso, a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância aponta para que, no caso de cartéis secretos, não se justifica qualquer redução do montante de base quando terminam devido à intervenção da Comissão, dado que estas infracções à concorrência cessam necessariamente com a intervenção da Comissão¹⁴⁷.

232. Não é, portanto, criticável que o Tribunal de Primeira Instância entenda que o reconhecimento de uma circunstância atenuante deve implicar uma iniciativa da empresa em causa, que vá além da mera cessação da infracção na sequência da intervenção da Comissão¹⁴⁸. Também não se descortina qualquer razão jurídica para censurar a apreciação dos factos efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância no caso em apreço, concluindo que a recorrente não desenvolveu qualquer iniciativa correspondente e, por conseguinte, também não beneficia da circunstância atenuante em questão.

233. De resto, o conteúdo deste entendimento das circunstâncias atenuantes dirigido à apreciação do comportamento está em conformidade com a jurisprudência relativa

144 — N.º 277 do acórdão recorrido.

145 — N.º 278 do acórdão recorrido.

146 — V. também n.º 278 do acórdão recorrido.

147 — V. também Engelsing/Schneider, «Kommentierung zu Art. 23 VO 1/2003», n.º 144, in: Hirsch/Montag/Säcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, vol. 1. V. também ponto 29 das Orientações de 2006 quanto às circunstâncias atenuantes, nos termos do qual o montante de base da coima pode ser diminuído sempre que a Comissão verifique existirem circunstâncias atenuantes, designadamente quando «a empresa em causa prova que pôs termo à infracção desde as primeiras intervenções da Comissão. Tal não será aplicado aos acordos ou práticas de natureza secreta (em especial os cartéis)».

148 — N.º 285 do acórdão recorrido.

a circunstâncias atenuantes, respeitante a situações anteriores à aplicação das Orientações de 1998 e que, para efeitos da redução da coima, pressupõe¹⁴⁹ a cooperação durante o procedimento administrativo.

234. Note-se, contudo, que a fundamentação aqui defendida, que aprecia a autovinculação da Comissão, contida nas Orientações de 1998, à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE, vai além da fundamentação constante do acórdão Dalmine/Comissão¹⁵⁰. Nessa decisão — como, por exemplo, também no acórdão do Tribunal de Primeira Instância¹⁵¹ nesse processo — atende-se apenas à exigência de um nexo de causalidade com as primeiras intervenções da Comissão.

235. Para uma análise mais completa, importa referir que, mesmo atendendo a um mero nexo de causalidade com as primeiras intervenções da Comissão, não existe qualquer circunstância atenuante no caso em apreço. Com efeito, decorre dos factos apurados pelo Tribunal de Primeira Instância, que a Comissão só a partir de Fevereiro de 1998 enviou pedidos de informações aos principais produtores, importadores, exportadores e compradores de gluconato de sódio na Europa¹⁵², ou seja, quando a ADM,

segundo ela própria indica¹⁵³ tinha terminado a sua participação no cartel há alguns anos.

236. Assim, este fundamento invocado a título subsidiário deve também ser julgado improcedente.

237. Dado que, em minha opinião, nenhum dos fundamentos pode ser acolhido, proponho que seja negado provimento ao recurso na sua totalidade.

VII — Quanto às despesas

238. Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Dado que a Comissão pediu a condenação nas despesas e que a recorrente é parte vencida, há que condená-la nas despesas.

149 — V., por exemplo, acórdão de 16 de Novembro de 2000, SCA Holding/Comissão (C-297/98 P, Colect., p. I-10101, n.º 36 e 37). Quanto à prática da Comissão, v. também acórdão de 25 de Janeiro de 2007, Dalmine/Comissão (C-407/04 P, Colect., p. I-835, n.º 154).

150 — Acórdão Dalmine/Comissão (já referido na nota 148, n.º 158 a 160).

151 — Acórdão de 8 de Julho de 2004, Dalmine/Comissão (T-50/00, Colect., p. II-2395, n.º 328 a 330).

152 — N.º 5 do acórdão recorrido.

153 — V. *supra*, n.º 164 das presentes conclusões: a recorrente afirma ter terminado a sua participação no cartel logo na reunião de 4 de Outubro de 1994 em Londres.

VIII — **Conclusão**

239. À luz das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que:

1. Negue provimento ao recurso;
2. Condene a Archer Daniels Midland Company nas despesas.