

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 14 de Abril de 2011¹

Índice

I – Introdução	I - 10337
II – Antecedentes do litígio	I - 10338
III – Tramitação processual no Tribunal de Justiça	I - 10340
IV – Quanto ao pedido de anulação do acórdão recorrido	I - 10341
A – Quanto a certas questões jurídicas relacionadas com a aplicação do artigo 82.º CE (sexto, sétimo, oitavo e nono fundamentos)	I - 10341
1. Observações preliminares	I - 10341
2. Quanto à delimitação do mercado geograficamente pertinente (sexto fundamento)	I - 10342
a) Primeira parte do sexto fundamento	I - 10342
b) Segunda parte do sexto fundamento	I - 10344
c) Quanto aos restantes argumentos no âmbito do sexto fundamento ..	I - 10345
d) Conclusão intermédia	I - 10346
3. Quanto à posição dominante da Solvay (sétimo fundamento)	I - 10346
a) Quanto às referências da Solvay ao seu sexto fundamento	I - 10347

1 – Língua original: alemão.

b)	Quanto à posição dominante nos mercados nacionais (segunda parte do sétimo fundamento)	I - 10347	
	i)	Quanto à alegada restrição da análise do Tribunal Geral a meras quotas de mercado	I - 10347
	ii)	Quanto à alegada não tomada em consideração de diversos argumentos apresentados pela Solvay	I - 10348
	iii)	Quanto à alegada falta de prova suficiente das quotas de mercado	I - 10349
c)	Quanto às alegadas circunstâncias excepcionais (terceira parte do sétimo fundamento)	I - 10349	
	i)	Quanto às exigências impostas à fundamentação do acórdão recorrido	I - 10349
	ii)	Quanto às exigências impostas à fundamentação da decisão controvertida	I - 10350
	iii)	Quanto à alegada violação do artigo 102.º TFUE (artigo 82.º CE)	I - 10351
d)	Conclusão intermédia	I - 10351	
4.	Quanto ao abuso de posição dominante por parte da Solvay (oitavo e nono fundamentos)	I - 10351	
	a)	Quanto ao desconto de grupo concedido à Saint-Gobain (oitavo fundamento)	I - 10351
	i)	Quanto ao argumento relativo à ausência de um vínculo de exclusividade	I - 10352
	ii)	Quanto ao argumento relativo ao montante reduzido do desconto de grupo	I - 10354
	iii)	Quanto ao argumento relativo à inexistência de efeitos sobre a concorrência	I - 10355
	iv)	Conclusão intermédia	I - 10356

b)	Quanto ao carácter discriminatório das práticas comerciais desenvolvidas pela Solvay (nono fundamento)	I - 10356
i)	Primeira parte do nono fundamento	I - 10356
–	Quanto à alegada desvirtuação dos articulados da Solvay ..	I - 10356
–	Quanto ao erro de direito material	I - 10357
ii)	Segunda parte do nono fundamento	I - 10361
–	Quanto à alegada desvirtuação dos articulados da Solvay ..	I - 10361
–	Quanto à falta de fundamentação	I - 10361
iii)	Conclusão intermédia	I - 10363
B –	Quanto à proibição de utilização das provas recolhidas no âmbito da inspeção de Abril de 1989 (segundo fundamento)	I - 10363
1.	Admissibilidade do segundo fundamento	I - 10363
2.	Procedência do segundo fundamento	I - 10364
a)	Quanto à primeira e segunda partes do segundo fundamento (violação dos artigos 14.º, n.º 3 e 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17)	I - 10364
b)	Terceira parte do segundo fundamento (acusação de desvirtuação dos factos da causa)	I - 10367
c)	Conclusão intermédia	I - 10368
C –	Quanto aos direitos de defesa (terceiro, quarto e quinto fundamentos)	I - 10368
1.	Quanto ao direito de acesso ao processo (terceiro e quarto fundamentos)	I - 10369
a)	Admissibilidade do terceiro e quarto fundamentos	I - 10371

b)	Quanto às partes dos documentos dos autos facultadas apenas no Tribunal Geral (quarto fundamento)	I - 10372
i)	Primeira parte do quarto fundamento	I - 10372
ii)	Segunda parte do quarto fundamento	I - 10375
iii)	Conclusão intermédia	I - 10377
c)	Quanto à perda de partes dos documentos dos autos (terceiro fundamento)	I - 10377
2.	Quanto ao direito a ser ouvido (quinto fundamento)	I - 10381
a)	Primeira parte do quinto fundamento	I - 10381
b)	Segunda parte do quinto fundamento	I - 10382
c)	Conclusão intermédia	I - 10386
D –	Quanto ao direito a ser julgado num prazo razoável (primeiro fundamento) ..	I - 10386
1.	Critérios de avaliação da duração do processo (primeira e segunda partes do primeiro fundamento)	I - 10386
a)	Quanto à questão prévia da ineficácia das críticas formuladas pela Solvay	I - 10387
b)	Quanto à necessidade de uma apreciação global da duração do processo (primeira parte do primeiro fundamento)	I - 10387
c)	Quanto à alegada falta de fundamentação (segunda parte do primeiro fundamento)	I - 10389
2.	Consequências jurídicas decorrentes de um processo excessivamente longo (terceira a quinta partes do primeiro fundamento)	I - 10390
a)	Exigência de um prejuízo para os direitos de defesa (terceira parte do primeiro fundamento)	I - 10390

b)	Incidência da duração do processo sobre as possibilidades de defesa da Solvay (quarta parte do primeiro fundamento)	I - 10393
i)	Quanto à alegada falta de fundamentação	I - 10394
ii)	Quanto alegado erro de direito material	I - 10394
iii)	Quanto às restantes acusações	I - 10396
iv)	Conclusão intermédia	I - 10396
c)	Suposta renúncia da Solvay a uma redução da coima (quinta parte do primeiro fundamento)	I - 10396
3.	Conclusão intermédia	I - 10398
E –	Anulação do acórdão recorrido	I - 10398
F –	Decisão sobre o recurso em primeira instância	I - 10399
1.	Quanto ao direito de acesso ao processo	I - 10399
2.	Quanto ao direito a ser ouvido	I - 10400
3.	Quanto ao direito a ser julgado num prazo razoável	I - 10400
4.	Conclusão intermédia	I - 10403
V –	Quanto ao pedido de redução da coima	I - 10403
A –	Observação preliminar	I - 10404
B –	Redução da coima	I - 10406
1.	Quanto à duração excessiva das fases administrativa e judicial do processo	I - 10406
2.	Quanto à medida da redução da coima a efectuar	I - 10409
VI –	Despesas	I - 10411
VII –	Conclusão	I - 10412
I -	10336	

I – Introdução

1. A questão de saber se o tempo cura efectivamente tudo, como diz um velho provérbio, parece, face ao litígio em apreço, suscitar dúvidas sérias. Este caso tem ocupado a administração e os órgãos jurisdicionais a nível europeu ao longo de mais de 20 anos. Sobre ele debruçaram-se diferentes gerações de juristas, desapareceram documentos e os processos judiciais prolongaram-se durante anos.

2. As origens deste litígio remontam à década de 80. A Comissão Europeia acusa a empresa belga Solvay designadamente de, entre 1983 e 1990, ter feito uma utilização abusiva da sua posição dominante no mercado do carbonato de sódio². Por esta razão, a Comissão aplicou à Solvay, por duas vezes (1990 e 2000), uma coima, contra a qual esta empresa se opõe até hoje em juízo.

3. O Tribunal de Justiça ocupa-se agora, pela segunda vez, na qualidade de tribunal de recurso, deste caso. Nesta fase, as partes estão em desacordo – a par de numerosos outros aspectos –, no essencial, ainda relativamente

a duas questões jurídicas fundamentais, das quais uma diz respeito ao direito de acesso ao processo e a outra ao princípio do prazo razoável.

4. Por um lado, a Solvay alega não lhe ter sido concedido um acesso regular ao processo, o que violou os seus direitos de defesa. A este respeito, o Tribunal de Justiça vê-se confrontado nomeadamente com a questão de saber como deve ser avaliado o facto de a Comissão não conseguir encontrar uma parte dos seus processos pertencentes ao procedimento administrativo.

5. Por outro lado, a Solvay sustenta que a duração das fases administrativa e judicial do processo neste caso foi excessiva. Isto constitui uma violação do direito a ser julgado num prazo razoável, que deve ser objecto de uma sanção efectiva.

2 — O carbonato de sódio é utilizado na fabricação do vidro (carbonato de sódio denso), bem como na indústria química e na metalurgia (carbonato de sódio leve). Há que distinguir o carbonato de sódio natural (denso) do carbonato de sódio sintético (denso e leve). O sódio natural é obtido pela trituração, purificação e calcinação do minério de trona. O sódio sintético resulta da reacção do sal comum e da pedra calcária pelo processo «amónia – sódio», criado pelos irmãos Solvay em 1863.

6. Em paralelo ao presente recurso, a Solvay formula, além disso, a acusação relativa à duração excessiva do processo também no âmbito de uma queixa apresentada no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) contra todos os 27 Estados-Membros da

União Europeia com base numa alegada violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH³.

utilização abusiva de uma posição dominante no mercado do carbonato de sódio.

II – Antecedentes do litígio

7. Como o Tribunal Geral constatou⁵, a Comissão Europeia efectuou, em Abril de 1989, nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 17⁶, buscas sem pré-aviso («inspecções») nas instalações de várias empresas activas no mercado do carbonato de sódio, entre elas, a empresa belga Solvay⁷. Posteriormente, a Comissão procedeu à recolha de informações complementares junto das empresas em causa.

8. Após a conclusão dos seus inquéritos, a Comissão acusou a Solvay, por um lado, da participação em acordos e, por outro, da

9. O presente processo debruça-se unicamente sobre o abuso de posição dominante identificado pela Comissão⁸. Neste sentido, em 1990, numa primeira decisão adoptada nos termos do artigo 86.º do Tratado CEE, em conjugação com o Regulamento n.º 17 (Decisão 91/299/CEE⁹), a Comissão aplicou à Solvay uma coima – comparativamente elevada em relação à época em que os factos ocorreram – de aproximadamente 20 milhões de euros¹⁰. No entanto, uma vez que esta primeira decisão padecia de um vício de forma no que diz respeito à sua autenticação, esta foi anulada pelo Tribunal Geral¹¹. Mais tarde, em 2000, a Comissão adoptou, sem efectuar

3 — Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais («CEDH», assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950).

4 — A petição inicial apresentada pela Solvay ao TEDH data de 26 de Fevereiro de 2010 e encontra-se anexada à petição de recurso desta empresa no presente processo.

5 — V., quanto a este aspecto e aos números seguintes, n.ºs 19 a 59 do acórdão recorrido.

6 — Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962: Primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO L 13, p. 204).

7 — A Solvay SA (então Solvay et Cie SA) é uma sociedade anónima de direito belga, com actividade nos sectores da farmácia, da química, do plástico e da transformação. Para além da Solvay, as inspecções englobaram igualmente as empresas AKZO, Chemische Fabrik Kalk (CFK), Imperial Chemical Industries (ICI), Matthes & Weber e Rhône Poulenc. Estas inspecções tiveram por base a decisão de inspecção da Comissão de 5 de Abril de 1989 citada no n.º 19 do acórdão recorrido.

8 — No que se refere à participação da Solvay em acordos identificada pela Comissão, remeto para as conclusões que apresentei hoje no processo Solvay/Comissão (C-110/10 P) paralelamente em curso no Tribunal de Justiça.

9 — Decisão 91/299/CEE da Comissão, de 19 de Dezembro de 1990, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/33.133-C: Carbonato de sódio - Solvay) (JO L 152, p. 21). Esta decisão é apenas uma das quatro decisões dirigidas nesse dia pela Comissão às empresas que operam no mercado do carbonato de sódio. De entre essas outras decisões, uma visava a Solvay e a ICI (Decisão 91/297/CEE da Comissão, de 19 de Dezembro de 1990, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/33.133-A: Carbonato de sódio - Solvay, ICI) (JO L 152, p. 1), outra a Solvay e a CFK (Decisão 91/298/CEE da Comissão, de 19 de Dezembro de 1990, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/33.133-B: Carbonato de sódio - Solvay, CFK) (JO L 152, p. 16), e a última a ICI (Decisão 91/300/CEE da Comissão, de 19 de Dezembro de 1990, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/33.133-D: Carbonato de sódio - ICI) (JO L 152, p. 40).

10 — Naquele tempo 20 milhões de ecus.

11 — Acórdão do Tribunal Geral de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-32/91, Colect., p. II-1825), confirmado pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 2000, Comissão/Solvay (C-287/95 P e C-288/95 P, Colect., p. I-2391).

quaisquer outras diligências de carácter processual¹² – em especial, sem uma nova audição da Solvay – uma segunda decisão, desta vez, com base no artigo 82.º CE, em conjugação com o Regulamento n.º 17, aplicando novamente à Solvay uma coima com o mesmo montante (Decisão 2003/6/CE)¹³. Esta última decisão constitui o ponto de partida deste processo judicial.

10. Em primeira instância, mediante o seu recurso de anulação interposto da Decisão 2003/6, a Solvay alcançou apenas um resultado muito pouco significativo: com o acórdão de 17 de Dezembro de 2009, o Tribunal Geral reduziu, efectivamente, o montante da coima em 5%, isto é, para 19 milhões de euros, negando, porém, quanto ao restante, provimento ao recurso da Solvay¹⁴. Através do presente recurso, a Solvay¹⁵ impugna agora esse acórdão do Tribunal Geral até à prolação do qual decorreram mais de oito anos e nove meses.

11. Em termos cronológicos, as fases mais importantes deste litígio concluídas até ao momento podem resumir-se do seguinte modo:

— *Procedimento administrativo até à adopção da primeira decisão de aplicação da coima*

Abril de 1989: Buscas efectuadas pela Comissão

Março de 1990: Comunicação de acusações

Dezembro de 1990: Decisão de aplicação da coima 91/299 da Comissão

— *Processo judicial destinado à anulação da primeira decisão de aplicação da coima*

Maiço de 1991: Recurso de anulação da Solvay perante o Tribunal Geral (T-32/91)

Junho de 1995: Anulação da Decisão 91/299

Agosto de 1995: Recurso da Comissão (C-288/95 P)

Abril de 2000: Negação de provimento ao recurso

12 — N.º 455 do acórdão recorrido.

13 — Decisão 2003/6/CE da Comissão, de 13 de Dezembro de 2000, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º CE (COMP/33.133-C: Carbonato de sódio — Solvay) (JO L 10, p. 10); a seguir igualmente «decisão controvertida». Além disso, no mesmo dia, foi adoptada a Decisão 2003/5/CE da Comissão, de 13 de Dezembro de 2000, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º CE (COMP/33.133-B: Carbonato de sódio — Solvay, CFK) (JO L 10, p. 1), que está na origem do processo de recurso Solvay/Comissão (C-110/10 P) paralelamente em curso no Tribunal de Justiça.

14 — Acórdão do Tribunal Geral de 17 de Dezembro de 2009, Solvay/Comissão (T-57/01, Colect., p. II-4621). No mesmo dia, foi proferido o acórdão do Tribunal Geral no processo paralelo Solvay/Comissão (T-58/01, Colect., p. II-4781); este último é objecto do processo de recurso Solvay/Comissão (C-110/10 P) pendente de igual modo no Tribunal de Justiça.

15 — A seguir igualmente «recorrida».

- *Procedimento administrativo até à adopção da segunda decisão de aplicação da coima*
- reanalisar o recurso quanto aos pontos anulados e anular a decisão da Comissão, de 13 de Dezembro de 2000, total ou parcial, consoante o alcance dos fundamentos em causa;

Dezembro de 2000: Decisão de aplicação da coima 2003/6 da Comissão

- *Processo judicial desde a adopção da segunda decisão de aplicação da coima*
- anular a coima de 19 milhões de euros ou, subsidiariamente, reduzir muito substancialmente a mesma a título de reparação do grave prejuízo sofrido pela recorrente devido à duração extraordinária do processo;

Março de 2001: Recurso de anulação da Solvay perante o Tribunal Geral (T-57/01)

- condenar a Comissão nos custos do presente recurso e nos custos do processo no Tribunal Geral.

Dezembro de 2009: Acórdão recorrido do Tribunal Geral (T-57/01)

Março de 2010: Presente recurso da Solvay (C-109/10 P)

13. Por sua vez, a Comissão pede que o Tribunal de Justiça se digne:

- negar provimento ao recurso e

III – Tramitação processual no Tribunal de Justiça

12. No presente recurso, a Solvay pede que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão proferido em 17 de Dezembro de 2009;

- condenar a recorrente nas despesas.

14. No âmbito do presente recurso, foram apresentadas no Tribunal de Justiça alegações escritas e, posteriormente, em 18 de Janeiro de 2001, alegações orais. A audiência foi realizada em conjunto para os processos C-109/10 P e C-110/10 P.

IV – Quanto ao pedido de anulação do acórdão recorrido

15. No seu pedido principal, a Solvay requer, apoiada no total em nove fundamentos de recurso, a anulação do acórdão recorrido. Analisarei estes fundamentos numa ordem diferente: as questões jurídicas relacionadas com a aplicação do artigo 82.º CE serão debatidas no início (v., *infra*, subtítulo A), seguidamente, serão examinados os problemas de carácter processual (v., *infra*, subtítulos B e C) e, no final da apreciação jurídica, serão abordados os fundamentos relativos ao direito a ser julgado num prazo razoável (v., *infra*, subtítulo D).

16. Embora a este caso ainda fosse aplicável o antigo regulamento processual sobre a concorrência na versão que resulta do Regulamento n.º 17, as questões jurídicas suscitadas não perderam a sua relevância com a modernização do direito processual da concorrência levada a cabo pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003¹⁶.

16 — Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1, p. 1). De acordo com o seu artigo 45.º, n.º 2, este regulamento é aplicável desde 1 de Maio de 2004.

A – Quanto a certas questões jurídicas relacionadas com a aplicação do artigo 82.º CE (sexto, sétimo, oitavo e nono fundamentos)

17. Com o seu sexto, sétimo, oitavo e nono fundamentos, a Solvay levanta várias questões relacionadas com a aplicação do artigo 82.º CE ao caso vertente.

1. Observações preliminares

18. Antes da análise propriamente dita das acusações formuladas pela Solvay, importa fazer duas breves observações relativas, por um lado, às disposições de direito material aplicáveis e, por outro, à observância de determinadas declarações da Comissão a respeito da política de concorrência.

19. No que se refere, em primeiro lugar, às disposições de direito material aplicáveis, a Solvay cita exclusivamente o artigo 102.º TFUE. Porém, uma vez que a situação jurídica pertinente é a do momento da adopção da decisão controvertida, considero preferível fazer referência ao artigo 82.º CE¹⁷. Na verdade, não existem quaisquer diferenças na apreciação jurídica do recurso, dado que, na

17 — Uma vez que a decisão controvertida foi adoptada em Dezembro de 2000, é-lhe aplicável o Tratado CE com a redacção que lhe foi dada pelo Tratado de Amesterdão (assinado em 2 de Outubro de 1997 e em vigor deste 1 de Maio de 1999).

parte que releva para o presente processo, as duas disposições são idênticas.

20. No que se refere, em seguida, às declarações da Comissão a respeito da política de concorrência, no seu recurso, a Solvay apoia-se, em várias ocasiões, numa Comunicação de 2009, que contém «[orientações] sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante»¹⁸.

21. Esta comunicação não pode ser tida em conta na apreciação do presente recurso. É irrelevante saber como a Comissão pretende orientar no futuro a sua política de concorrência, na perspectiva do artigo 102.º TFUE (ex-artigo 82.º CE). As novas orientações no que respeita a esta disposição só podem ser relevantes para as futuras decisões da Comissão e não relativamente à apreciação jurídica de uma decisão já tomada. Além disso, mesmo que a sua prática administrativa fosse alterada, a Comissão teria de continuar a actuar dentro do quadro definido pelos Tratados, como interpretados pelo Tribunal de Justiça¹⁹.

18 — JO C 45, p. 7.

19 — V., a este respeito, as minhas conclusões apresentadas em 23 de Março de 2006 no processo *British Airways/Comissão* («*British Airways*», C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 28).

2. Quanto à delimitação do mercado geograficamente pertinente (sexto fundamento)

22. O sexto fundamento, que se dirige contra os n.ºs 252 a 259 do acórdão recorrido, critica as considerações tecidas pelo Tribunal Geral a respeito da delimitação do mercado geograficamente pertinente.

23. No essencial, a Solvay censura ao Tribunal Geral a falta de fundamentação do acórdão recorrido: a fundamentação do acórdão é, por um lado, obscura e contraditória (primeira parte do sexto fundamento) e, por outro, apresenta lacunas e não atenta a numerosos argumentos apresentados pela recorrente em primeira instância (segunda parte do sexto fundamento). No centro deste fundamento está, por conseguinte, o dever de o Tribunal Geral fundamentar devidamente os seus acórdãos (artigo 36.º, em conjugação com o artigo 53.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça).

a) Primeira parte do sexto fundamento

24. A primeira parte do sexto fundamento tem a sua origem numa certa confusão conceptual existente na decisão controvertida. Nesta decisão, a Comissão define o mercado geograficamente pertinente como o «mercado na Comunidade (com exclusão do Reino

Unido e da Irlanda)»²⁰, mas utiliza, em vários pontos, igualmente expressões como «Comunidade», «Europa Ocidental» e «mercado da Europa Ocidental»²¹. Se, na decisão controvertida, a Comissão tivesse utilizado uma terminologia clara e uniforme, os órgãos jurisdicionais da União não teriam, muito provavelmente, de analisar os argumentos esgrimidos pelas partes a este respeito.

25. A Solvay considera não ser possível determinar, com base no acórdão recorrido, se o Tribunal Geral entende no mesmo sentido os termos «Comunidade», «na Comunidade, com excepção do Reino Unido e da Irlanda», «Europa Ocidental» e «mercado da Europa Ocidental», ou se reconhece diferenças entre eles.

26. Esta acusação não resiste a uma análise mais detalhada.

27. Segundo jurisprudência assente, a fundamentação de um acórdão deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio do Tribunal Geral, de forma a permitir aos interessados conhecerem as justificações da medida tomada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional²².

28. Da leitura conjunta dos n.ºs 251 a 254 do acórdão recorrido resulta de forma clara e inequívoca que o Tribunal Geral não reconheceu *qualquer* diferença de conteúdo entre os termos referidos.

29. Como ponto de partida do seu raciocínio, o Tribunal Geral considerou a definição de mercado geograficamente pertinente dada pela Comissão como o «mercado na Comunidade com exclusão do Reino Unido e da Irlanda»²³. Além disso, no processo em primeira instância, o Tribunal Geral obteve por parte da Comissão a confirmação de que as referências feitas ao «mercado da Europa Ocidental», à «Europa Ocidental» ou à «Comunidade» em determinadas passagens da decisão controvertida dizem respeito ao mesmo mercado geográfico, isto é, também ao «mercado na Comunidade com exclusão do Reino Unido e da Irlanda»²⁴. Por outro lado, o Tribunal Geral salientou que a definição do mercado geográfico como «mercado na Comunidade com exclusão do Reino Unido e da Irlanda» feita no centésimo trigésimo sexto considerando da decisão controvertida «não está em contradição com outros considerandos» da decisão²⁵.

30. Deste modo, no ponto contestado pela Solvay, o acórdão recorrido encontra-se fundamentado de forma clara e não contraditória. É possível que a Solvay considere incorrectas, as considerações tecidas, quanto ao mérito, pelo Tribunal Geral a respeito do mercado geograficamente pertinente. O

20 — Centésimo trigésimo sexto considerando da decisão controvertida, reproduzido no n.º 251 do acórdão recorrido.

21 — V., a este respeito, as indicações constantes do n.º 253 do acórdão recorrido.

22 — Acórdão de 14 de Maio de 1998, Conselho/de Nil e Impens (C-259/96 P, Colect., p. I-2915, n.ºs 32 e 33), de 17 de Maio de 2001, IECC/Comissão (C-449/98 P, Colect., p. I-3875, n.º 70), de 2 de Abril de 2009, France Télécom/Comissão (C-202/07 P, Colect., p. I-2369, n.º 29), e de 14 de Outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão (C-280/08 P, Colect., p. I-9555, n.º 136).

23 — N.º 251 do acórdão recorrido.

24 — N.ºs 252 e 253 do acórdão recorrido.

25 — N.º 254, primeiro período, do acórdão recorrido.

facto de o Tribunal Geral ter chegado, quanto ao mérito, a uma conclusão diferente da da recorrente não significa, por si só, que o acórdão recorrido padeça de fundamentação insuficiente²⁶. Por conseguinte, a acusação de falta de fundamentação é improcedente.

b) Segunda parte do sexto fundamento

31. Na segunda parte do sexto fundamento, a Solvay censura o Tribunal Geral por não ter precisado mais detalhadamente por que razão, ao apreciar a legalidade da decisão controvertida, considerou relevantes os mercados nacionais. Além disso, o Tribunal Geral não teve em atenção numerosos argumentos apresentados pela Solvay nesta matéria em primeira instância.

32. Esta parte do sexto fundamento não pode ser acolhida por duas ordens de razões.

33. Em primeiro lugar, a crítica formulada pela Solvay assenta numa leitura errónea do acórdão recorrido. Contrariamente ao que a Solvay sustenta, o Tribunal Geral não considerou, de modo algum, «relevantes os

mercados nacionais». Ele debruçou-se sobre a questão dos mercados nacionais apenas a título subsidiário, para o caso de a Comissão não ter definido correctamente o mercado geograficamente pertinente – com foi alegado pela Solvay – como o «mercado na Comunidade com exclusão do Reino Unido e da Irlanda»²⁷ e²⁸.

34. Assim, a acusação formulada pela recorrente relativamente aos mercados nacionais dirige-se, em última análise, contra uma passagem dos fundamentos da decisão controvertida, na qual estão contidos não fundamentos essenciais do acórdão, mas sim simplesmente *obiter dicta*. De acordo com jurisprudência constante, essas críticas devem ser rejeitadas por «inefcazes» e «inoperantes» (em francês: «inopérant») ²⁹.

35. Em segundo lugar, na sua crítica, a recorrente impõe exigências excessivas ao alcance do dever de fundamentação relativamente a acórdãos proferidos em primeira instância. Resulta de jurisprudência assente que o dever de fundamentação não impõe ao Tribunal Geral uma exposição que acompanhe exaustiva e individualmente todos os passos do raciocínio articulado pelas partes no litígio e que a fundamentação pode, portanto, ser implícita, na condição de permitir aos

26 — Acórdãos de 7 de Junho de 2007, Wunenburger/Comissão (C-362/05 P, Colect., p. I-4333, n.º 80), e de 20 de Maio de 2010, Gogos/Comissão (C-583/08 P, Colect., p. I-4469, n.º 35).

27 — V., a este respeito, novamente o centésimo trigésimo sexto considerando da decisão controvertida e o n.º 251 do acórdão recorrido.

28 — É o que resulta, em especial, do n.º 259 do acórdão recorrido.

29 — Acórdãos de 18 de Março de 1993, Parlamento/Frederiksen (C-35/92 P, Colect., p. I-991, n.º 31), de 25 de Janeiro de 2007, Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão («Sumitomo», C-403/04 P e C-405/04 P, Colect., p. I-729, n.º 106), de 2 de Abril de 2009, Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão (C-431/07 P, Colect., p. I-2665, n.º 148 e 152), e Deutsche Telekom/Comissão (já referido na nota 22, n.º 108).

interessados conhecerem as razões por que o Tribunal Geral não acolheu os respectivos argumentos e ao Tribunal de Justiça dispor dos elementos suficientes para exercer a sua fiscalização³⁰.

Irlanda em vez da presunção correcta de que se tratava dos mercados nacionais) não podia conduzir à anulação da decisão controvertida³³. O Tribunal Geral não necessita de mais esclarecimentos para chegar a esta conclusão clara.

36. É certo que, no seu acórdão, o Tribunal Geral é obrigado a abordar todas as ilegalidades alegadas em primeira instância³¹. Porém, no caso precisamente de um litígio volumoso em matéria de concorrência, não pode competir aos órgãos jurisdicionais da União, face aos recursos limitados existentes, analisar intensivamente todos os argumentos, mesmo que marginais, apresentados pelas partes. Num caso como o vertente, o decisivo é apenas que o Tribunal Geral – de modo, pelo menos, sumário – justifique suficientemente a razão pela qual considera legal a decisão controvertida.

37. O Tribunal Geral cumpriu estas exigências no presente caso: demonstrou que a Solvay detém, tendo também em conta os mercados nacionais, uma posição dominante em cada um dos Estados em que a infracção lhe foi imputada³². O Tribunal Geral conclui daqui, logicamente e com razão, que mesmo um eventual erro por parte da Comissão na delimitação do mercado (isto é, a presunção errada de que se tratava do mercado na Comunidade com exclusão do Reino Unido e da

c) Quanto aos restantes argumentos no âmbito do sexto fundamento

38. No âmbito do sexto fundamento, a Solvay invoca ainda a violação do artigo 102.º TFUE (artigo 82.º CE). No entanto, as críticas formuladas a este respeito são desprovidas de conteúdo autónomo face à falta de fundamentação alegada pela Solvay, pelo que não necessitam de qualquer análise específica, aplicando-se-lhes *mutatis mutandis* o que foi referido acima em relação à falta de fundamentação³⁴.

39. Além disso, a Solvay sustenta que o Tribunal Geral desvirtuou factos e provas. Esta crítica é, no entanto, desprovida igualmente de conteúdo autónomo. Em especial, a Solvay não satisfaz as exigências conforme são deduzidas, em jurisprudência assente, do artigo 256.º TFUE, do artigo 58.º, n.º 1, do Estatuto e do artigo 112.º, n.º 1, alínea c),

30 — Acórdão de 9 de Setembro de 2008, FIAMM e o./Conselho e Comissão (C-120/06 P e C-121/06 P, Colect., p. I-6513, n.º 96), de 16 de Julho de 2009, Comissão/Schneider Electric (C-440/07 P, Colect., p. I-6413, n.º 135), Gogos/Comissão (já referido na nota 26, n.º 30) e de 16 de Dezembro de 2010, AceaElectrabel Produzione/Comissão (C-480/09 P, Colect., p. I-13355, n.º 77).

31 — Acórdão de 25 de Outubro de 2007, Komninou e o./Comissão (C-167/06 P, n.º 22).

32 — N.º 258 do acórdão recorrido.

33 — N.º 259 do acórdão recorrido.

34 — V., a este respeito, n.ºs 24 a 37 destas conclusões.

do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça³⁵: a petição de recurso não indica de maneira precisa os elementos de prova supostamente desvirtuados pelo Tribunal Geral e não demonstra de forma detalhada os erros de apreciação eventualmente cometidos pelo Tribunal Geral nessa desvirtuação.

geográficas e políticas convencionais, ainda que isto possa não ser desejável. Com efeito, como a Comissão observa acertadamente, no direito da concorrência, o mercado geograficamente pertinente consiste num conceito funcional cuja delimitação assenta, em primeira linha, em considerações económicas.

40. Por último, a Solvay alega a violação respectivamente do artigo 299.º, n.º 1, CE (ex-artigo 227.º, n.º 1, do Tratado CEE), no qual se define o território da Comunidade Europeia³⁶. À luz desta disposição, não é legítimo equiparar os termos «Comunidade Europeia», «Europa Ocidental» e «mercado da Europa Ocidental».

d) Conclusão intermédia

42. Por conseguinte, o sexto fundamento é, na sua totalidade, improcedente.

41. Também esta argumentação não é convincente. É certo que, numa utilização normal, o conceito geográfico-político de «Europa Ocidental» não coincide com o território da então Comunidade Europeia. Contudo, numa decisão em matéria de concorrência, a Comissão (e, na sua senda, os órgãos jurisdicionais da União) pode utilizar uma definição própria dos conceitos, que não tem necessariamente de ser idêntica às concepções

3. Quanto à posição dominante da Solvay (sétimo fundamento)

43. O sétimo fundamento é dedicado à posição dominante da Solvay. Este fundamento dirige-se contra os n.ºs 275 a 305 do acórdão recorrido. Segundo a Solvay, o Tribunal Geral aceitou erradamente as constatações da Comissão a respeito da posição dominante da empresa. Assim sendo, o Tribunal Geral violou o dever de fundamentação (artigo 36.º, em conjugação com o artigo 53.º, n.º 1, do

35 — Acórdãos de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão («Aalborg Portland», 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 50), Komninou e o./Comissão (já referido na nota 31, n.º 41) e de 17 de Junho de 2010, Lafarge/Comissão (C-413/08 P, Colect., p. I-5361, n.º 16).

36 — Em bom rigor, está em causa o âmbito de aplicação territorial do Tratado CE(E).

Estatuto do Tribunal de Justiça), bem como o artigo 102.º TFUE (artigo 82.º CE).

b) Quanto à posição dominante nos mercados nacionais (segunda parte do sétimo fundamento)

a) Quanto às referências da Solvay ao seu sexto fundamento

46. A segunda parte do sétimo fundamento é dedicada às exigências em matéria de prova de uma posição dominante.

44. Na primeira parte – como também em algumas passagens da segunda e terceira partes – do sétimo fundamento, a Solvay remete, no essencial, unicamente para as suas considerações tecidas a respeito do sexto fundamento. Uma vez que existiam dúvidas relativamente à delimitação do mercado geograficamente pertinente, o Tribunal Geral não podia declarar a existência de qualquer posição dominante «no mercado comunitário»³⁷.

i) Quanto à alegada restrição da análise do Tribunal Geral a meras quotas de mercado

47. Por um lado, a Solvay alega que o Tribunal Geral violou o artigo 102.º TFUE (artigo 82.º CE) ao ter afirmado que a empresa ocupava uma posição dominante nos mercados nacionais apenas com base numa apreciação das quotas de mercado, sem ter em consideração outros factores relevantes.

45. As acusações aqui formuladas dependem, quanto ao mérito, inteiramente do destino do sexto fundamento, ao qual fazem referência de forma predominante. Assim, se a primeira parte do sexto fundamento for, como por mim proposto³⁸, julgada improcedente, o mesmo deverá suceder em relação à primeira parte do sétimo fundamento. Devem também ser julgadas improcedentes as passagens na segunda e terceira partes do sétimo fundamento relacionadas unicamente com a problemática da delimitação do mercado.

48. Esta argumentação não é convincente, pois baseia-se numa leitura manifestamente errada do acórdão recorrido.

49. O Tribunal Geral não restringiu, de modo algum, a sua análise a uma simples apreciação das quotas de mercado. Pelo contrário, o Tribunal Geral orientou-se, numa primeira fase, pela jurisprudência, segundo a qual a existência de uma posição dominante resulta

37 — N.º 283 do acórdão recorrido.

38 — V., *supra*, n.ºs 24 a 30 e 38 destas conclusões.

geralmente da reunião de vários factores, que, isoladamente, não seriam necessariamente determinantes³⁹.

50. No entanto, numa segunda fase, o Tribunal Geral partiu correctamente do princípio de que as grandes quotas de mercado constituem por si só, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante⁴⁰. Além disso, o Tribunal Geral observou, com razão, que uma quota de mercado de 50% constitui só por si, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante⁴¹.

51. Numa terceira fase, o Tribunal Geral examinou, por último, alguns aspectos suscitados em primeira instância que, segundo a Solvay, como circunstâncias excepcionais, poderiam ter refutado a presunção de uma posição dominante⁴².

52. Por conseguinte, contrariamente ao que é afirmado pela Solvay, o Tribunal Geral abordou igualmente outros aspectos para além das quotas de mercado. Ele adoptou simplesmente a presunção da existência de uma posição dominante, decorrente de quotas de mercado a partir dos 50%, como ponto de partida do seu raciocínio, completando-o, porém, em seguida, com considerações a respeito

da eventual existência de circunstâncias excepcionais. Esta abordagem é inteiramente conforme às exigências decorrentes do artigo 82.º CE (artigo 102.º TFUE) e à jurisprudência proferida a este respeito.

ii) Quanto à alegada não tomada em consideração de diversos argumentos apresentados pela Solvay

53. A Solvay queixa-se ainda de que o Tribunal Geral não respondeu a vários dos seus argumentos apresentados em primeira instância. Está aqui em causa, por um lado, a diferença entre as quotas de mercado da Solvay e dos seus concorrentes e, por outro, as capacidades de produção. Esta argumentação serve ainda de base à alegação de uma violação do dever de fundamentação⁴³.

54. Esta crítica não pode ser acolhida pelas razões acima referidas no contexto do sexto fundamento⁴⁴. Na medida em que, como sucede no caso em apreço, o Tribunal Geral responda de modo fundamentado a cada uma das ilegalidades alegadas, este não necessita de analisar detalhadamente cada um dos argumentos específicos constantes das alegações das partes.

39 — N.º 276 do acórdão recorrido, que remete para o acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands e United Brands Continental/Comissão* («United Brands», 27/76, Colect., p. 77, n.º 66).

40 — N.º 277 do acórdão recorrido, que remete para o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* («Hoffmann-La Roche», 85/76, Recueil, p. 461, n.º 41).

41 — N.º 279 do acórdão recorrido, que remete para o acórdão de 3 de Julho de 1991, *AKZO/Comissão* (C-62/86, Colect., p. I-3359, n.º 60).

42 — N.ºs 286 a 304 do acórdão recorrido.

43 — Acórdão *Gogos/Comissão* (já referido na nota 26, n.º 29); no mesmo sentido, desde logo, acórdãos de 1 de Outubro de 1991, *Vidrányi/Comissão* (C-283/90 P, Colect., p. I-4339, n.º 29), e de 17 de Dezembro de 1992, *Moritz/Comissão* (C-68/91 P, Colect., p. I-6849, n.ºs 37 a 39).

44 — N.ºs 35 e 36 destas conclusões.

iii) Quanto à alegada falta de prova suficiente das quotas de mercado

55. Por último, a Solvay alega não ter sido feita prova suficiente das suas quotas de mercado, nas quais se baseia a presunção da sua posição dominante.

56. Este argumento deve ser rejeitado por inadmissível, sem qualquer análise suplementar, visto que conduz a um questionamento da apreciação dos factos e das provas feita pelo Tribunal Geral, o qual escapa à competência do Tribunal de Justiça no presente recurso⁴⁵.

c) Quanto às alegadas circunstâncias excepcionais (terceira parte do sétimo fundamento)

57. Na terceira parte do sétimo fundamento, a Solvay acusa o Tribunal Geral de não ter respondido aos seus argumentos a respeito da existência de circunstâncias excepcionais, que, segundo a Solvay, se teriam oposto à consideração da posição dominante da empresa.

58. Esta acusação não tem qualquer fundamento. O acórdão recorrido consagra nada menos do que dezanove números⁴⁶ à análise de eventuais circunstâncias excepcionais e à argumentação da Solvay apresentada a este respeito.

i) Quanto às exigências impostas à fundamentação do acórdão recorrido

59. Como já foi referido, o dever de fundamentação não impõe ao Tribunal Geral uma exposição que acompanhe exaustiva e individualmente todos os passos do raciocínio articulado pelas partes no litígio. A fundamentação pode, portanto, ser implícita, na condição de permitir aos interessados conhecerem as razões pelas quais o Tribunal Geral não acolheu os respectivos argumentos e ao Tribunal de Justiça dispor dos elementos suficientes para exercer a sua fiscalização⁴⁷.

60. A Solvay pode não partilhar, quanto ao mérito, das razões com base nas quais o Tribunal Geral rejeitou a existência de circunstâncias excepcionais. No entanto, isto não basta para se concluir que o acórdão recorrido padece de um erro de fundamentação⁴⁸.

45 — Acórdãos Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.ºs 47 a 49), Wunenburger/Comissão (já referido na nota 26, n.º 66), Sumitomo (já referido na nota 29, n.º 38) e Comissão/Schneider Electric (já referido na nota 30, n.º 103).

46 — N.ºs 286 a 304 do acórdão recorrido.

47 — V., a este respeito, a jurisprudência referida na nota 30 destas conclusões.

48 — V., *supra*, n.º 30 e nota 26 destas conclusões.

61. Contrariamente ao que é afirmado pela recorrente, o Tribunal Geral não exclui, de igual modo, a existência de circunstâncias excepcionais exclusivamente com base nas elevadas quotas de mercado da Solvay. Pelo contrário, na passagem em causa do acórdão, o Tribunal Geral aborda vários outros factores, como, por exemplo, as supostas possibilidades de substituição dos produtos da Solvay⁴⁹ e a questão do poder de compensação dos clientes⁵⁰.

62. Sem prejuízo de uma eventual desvirtuação, não invocada neste caso, não compete, de resto, ao Tribunal de Justiça em sede de recurso substituir pela sua própria avaliação a apreciação dos factos feita pelo Tribunal Geral no quadro das alegadas circunstâncias excepcionais⁵¹.

ii) Quanto às exigências impostas à fundamentação da decisão controvertida

63. À margem desta terceira parte do sétimo fundamento, a Solvay alega, além disso, que o Tribunal Geral violou o artigo 296.º TFUE (ex-artigo 253.º CE), por não ter constatado

que a decisão controvertida da Comissão parecia de falta de fundamentação relativamente ao poder de compensação dos clientes da Solvay.

64. Este argumento não tem igualmente qualquer hipótese de proceder.

65. Como resulta de jurisprudência assente, a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE (artigo 296.º TFUE) deve ser adaptada à natureza do acto em causa e revelar, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição autora do acto, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua fiscalização⁵².

66. Todavia, o autor de um acto dessa natureza não está obrigado a tomar posição sobre elementos claramente secundários ou a antecipar potenciais objecções⁵³. À semelhança do Tribunal Geral no acórdão recorrido, também a Comissão na decisão controvertida não estava, portanto, necessariamente obrigada a responder a cada um dos argumentos apresentados pela Solvay.

49 — O Tribunal Geral examina, em especial, «a possibilidade de uma substituição do carbonato de sódio pela soda cáustica e pelo vidro partido reciclado» (n.ºs 295 a 298 do acórdão recorrido).

50 — N.ºs 299 a 303 do acórdão recorrido dedicados à «a pressão concorrencial exercida pelos clientes».

51 — V., a este respeito, a jurisprudência referida *supra* na nota 45.

52 — Acórdãos de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 63), de 10 de Julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala («Impala», C-413/06 P, Colect., p. I-4951, n.º 166), e Deutsche Telekom/Comissão (já referido na nota 22, n.º 130).

53 — Acórdãos de 25 de Outubro de 2005, Alemanha e Dinamarca/Comissão («Feta», C-465/02 e C-466/02, Colect., p. I-9115, n.º 106), e Impala (já referido na nota 52, n.º 167).

iii) Quanto à alegada violação do artigo 102.º TFUE (artigo 82.º CE)

67. Por último, no âmbito desta terceira parte do sétimo fundamento, a Solvay alega, em diversas ocasiões, a existência de violações do artigo 102.º TFUE (artigo 82.º CE). No entanto, esta disposição é apenas referida, sem mais explicações, em conjunto com a alegada falta de fundamentação⁵⁴. Uma crítica neste sentido é desprovida de conteúdo autónomo e não necessita de nenhuma análise específica.

d) Conclusão intermédia

68. Pelo exposto, o sétimo fundamento é em parte inadmissível e em parte improcedente.

4. Quanto ao abuso de posição dominante por parte da Solvay (oitavo e nono fundamentos)

69. No oitavo e nono fundamentos são invocados alegados erros de direito relacionados com o abuso de posição dominante por parte da Solvay declarado pela Comissão.

a) Quanto ao desconto de grupo concedido à Saint-Gobain (oitavo fundamento)

70. O oitavo fundamento versa sobre o desconto de grupo de 1,5% concedido pela Solvay à empresa francesa Saint-Gobain, na qualidade de uma das suas maiores clientes, no âmbito de um «protocolo secreto». Na decisão controvertida, a Comissão considerou, com a aprovação do Tribunal Geral, esse desconto de grupo um abuso de posição dominante por parte da Solvay⁵⁵. Neste contexto, a Solvay contesta as considerações tecidas pelo Tribunal Geral nos n.ºs 348 a 358 do acórdão recorrido: o Tribunal Geral considerou incorrectamente o referido desconto de grupo um desconto de fidelidade abusivo e contrário ao artigo 82.º CE⁵⁶.

71. Em termos concretos, a Solvay invoca, por um lado, uma violação do artigo 102.º TFUE (artigo 82.º CE) e, por outro, uma violação do dever de fundamentação dos acórdãos proferidos em primeira instância (artigos 36.º e 53.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça). No entanto, a alegada violação do dever de fundamentação não tem qualquer dimensão autónoma face aos erros de direito material invocados. Na verdade, a Solvay defende uma opinião materialmente distinta da do Tribunal Geral no que se refere à apreciação do desconto de grupo. Contudo, como foi referido anteriormente, as divergências de opinião a esse nível não dizem respeito a qualquer problema relacionado com o dever

54 — Nas observações relativas ao sétimo fundamento, encontram-se frequentemente formulações como: «l'arrêt attaqué ne motive pas régulièrement sa décision et viole de surcroît l'article 102 TFUE».

55 — Centésimo sexagésimo primeiro a centésimo sexagésimo quinto considerandos da decisão controvertida e n.º 48 do acórdão recorrido.

56 — V., em especial, n.ºs 354, 355 e 358 do acórdão recorrido.

de fundamentação⁵⁷, pelo que a acusação da existência de uma falta de fundamentação deve ser rejeitada liminarmente. Por conseguinte, analisarei, em seguida, o oitavo fundamento exclusivamente sob o ângulo da alegada violação do artigo 82.º CE (artigo 102.º TFUE).

i) Quanto ao argumento relativo à falta de um vínculo de exclusividade

72. Em primeiro lugar, a Solvay critica o Tribunal Geral por ter qualificado erradamente o desconto de grupo concedido à Saint-Gobain como um desconto de fidelidade. O Tribunal Geral ignorou que, naquele tempo, a Solvay cobria apenas cerca de 67 % das necessidades da Saint-Gobain e, em França, até mesmo apenas 15 %. Assim sendo, o desconto de grupo concedido pela Solvay não estava subordinado a uma exclusividade ou uma quase exclusividade no abastecimento à Saint-Gobain, o que, todavia, segundo a recorrente, seria necessário para a admissão de um desconto de fidelidade abusivo.

73. Numa primeira análise, poder-se-ia concluir que, com esta argumentação, a Solvay pretende, de um modo inadmissível, levar o Tribunal de Justiça a substituir, na qualidade de tribunal de recurso, pela sua própria avaliação a apreciação dos factos e das provas feita

pelo Tribunal Geral. Contudo, na realidade, o Tribunal Geral é acusado de, ao apreciar o desconto de grupo, não ter tido em conta um critério considerado determinante do ponto de vista jurídico pela Solvay: o critério da exclusividade ou quase exclusividade do abastecimento do beneficiário do desconto junto da empresa em posição dominante. A questão de saber se esse critério de exclusividade é relevante do ponto de vista jurídico no que concerne à admissão de um abuso, na aceção do artigo 82.º CE, constitui uma questão de direito para cuja apreciação é competente o Tribunal de Justiça em sede de recurso⁵⁸.

74. A Solvay pretende poder concluir com base na jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça até ao momento que os descontos de fidelidade apenas consistem numa prática comercial abusiva quando estejam ligados a um abastecimento exclusivo ou quase exclusivo do cliente junto da empresa em posição dominante.

75. Este pressuposto é errado. A Solvay apoia-se, de forma significativa, unicamente no acórdão Hoffmann-La Roche⁵⁹. Outros acórdãos pertinentes proferidos pelo Tribunal de Justiça a respeito da problemática dos

57 — V., a este respeito, *supra* o n.º 30 destas conclusões e a jurisprudência referida na nota 26.

58 — No mesmo sentido, o acórdão Deutsche Telekom/Comissão (já referido na nota 22, n.º 77, 155 e 195), no qual o Tribunal de Justiça considerou admissíveis diversas críticas mediante as quais se alegou que, no acórdão proferido em primeira instância, o Tribunal Geral se baseou em critérios juridicamente errados; v., além disso, acórdãos Sumitomo (já referido na nota 29, n.º 40), Impala (já referido na nota 52, n.º 117) e de 16 de Dezembro de 2008, Masdar (UK)/Comissão (C-47/07 P, Colect., p. 1-9761, n.º 77).

59 — Referido *supra* na nota 40.

descontos, em especial os acordãos Michelin I⁶⁰ e British Airways⁶¹, não são referidos nem sequer à margem.

76. Como o Tribunal de Justiça sublinhou, não se pode, de modo algum, deduzir dos seus acordãos anteriores relativos ao artigo 86.º do Tratado CEE (artigo 82.º CE) que os prémios e descontos concedidos por empresas em posição dominante só revestem carácter abusivo nos casos aí descritos⁶².

77. Pelo contrário, o carácter abusivo dos descontos concedidos por empresas em posição dominante deve avaliar-se tendo em consideração todas as circunstâncias de cada caso concreto, nomeadamente os critérios e as modalidades da concessão dos descontos⁶³. O que é relevante é verificar se estes descontos podem ter um *efeito eliminatório*, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os co-contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento

ou vários parceiros comerciais⁶⁴. Além disso, há que averiguar se existe uma justificação económica objectiva para os descontos e os prémios concedidos⁶⁵.

78. Da jurisprudência actual não é possível inferir que os descontos apenas serão abusivos no caso de um vínculo exclusivo ou quase exclusivo do cliente à empresa em posição dominante. Pelo contrário, os processos Michelin I⁶⁶ e British Airways⁶⁷ diziam respeito a sistemas de descontos e prémios *sem* esse vínculo de exclusividade.

79. Tendo em conta todas as considerações precedentes, a renúncia do Tribunal Geral a uma declaração expressa no que se refere ao abastecimento exclusivo ou quase exclusivo da Saint-Gobain junto da Solvay não constitui um erro de direito⁶⁸.

60 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão* («Michelin I», 322/81, Colect., p. 3461).

61 — Acórdão de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão* («British Airways», C-95/04 P, Colect., p. I-2331).

62 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 64).

63 — Acordãos *Michelin I* (já referido na nota 60, n.º 73) e *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 67).

64 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 68); no mesmo sentido, desde logo, acórdão *Michelin I* (já referido na nota 60, n.º 73).

65 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.ºs 69 e 84 a 86); em termos gerais, sobre o critério de uma justificação económica objectiva relativamente ao comportamento no mercado da empresa em posição dominante, v. acordãos *United Brands* (já referido na nota 39, n.º 184); de 16 de Setembro de 2008, *Sot. Lélou kai Sia* (C-468/06 a C-478/06, Colect., p. I-7139, n.º 39), de 11 de Dezembro de 2008, *Kanal 5 e TV 4* (C-52/07, Colect., p. I-9275, n.º 47), e de 17 de Fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, Colect., p. I-527, n.ºs 31 e 75).

66 — Acórdão *Michelin I* (já referido na nota 60, em especial, n.º 72); v., igualmente, acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 65).

67 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 3 a 9).

68 — O acórdão recorrido (n.ºs 349 e 352) limita-se a indicar que o desconto de grupo de 1,5% é válido para «todas as compras de carbonato de sódio da Saint-Gobain à Solvay na Europa». Porém, isto não significa necessariamente que a Saint-Gobain se abasteça exclusivamente ou quase exclusivamente, na totalidade das suas necessidades de carbonato de sódio na Europa, junto da Solvay.

80. Apenas de forma a completar o acima exposto, acrescento que é igualmente imprudente a acusação – muito pouco circunstanciada – da Solvay, segundo a qual a jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça a respeito dos descontos de fidelidade é formalista e carece de um fundamento económico. Como já foi referido, na apreciação de sistemas de desconto, o Tribunal de Justiça tem em consideração, nomeadamente, todas as circunstâncias do caso concreto e reconhece expressamente a possibilidade de uma justificação económica objectiva⁶⁹. Esta situação é tudo, menos formalista.

ii) Quanto ao argumento relativo ao montante reduzido do desconto de grupo

81. Em segundo lugar, a Solvay argumenta que o montante do desconto de grupo de 1,5 % era demasiado reduzido para que pudesse ter tido um impacto significativo sobre as decisões comerciais do grupo Saint-Gobain. O Tribunal Geral não esclarece em que medida o desconto concedido pela Solvay era susceptível, em termos concretos, de influenciar o comportamento do grupo Saint-Gobain.

82. Efectivamente, o Tribunal Geral abordou, no n.º 355 do acórdão recorrido, a questão dos eventuais efeitos anticoncorrenciais apenas de uma forma muito sucinta. No entanto, a sua afirmação lapidar, de que «mesmo

modesto, o montante de um desconto de fidelidade exerce influência nas condições da concorrência», deve ser considerada em articulação com as suas observações precedentes. Em especial, o Tribunal Geral salientou que o desconto de grupo da Solvay foi concedido sem qualquer relação com as vantagens económicas em termos de eficiência e de economia de escala e se estendia a todas as compras de carbonato de sódio da Saint-Gobain à recorrente na Europa⁷⁰.

83. A possibilidade de esses descontos produzirem efeitos anticoncorrenciais é reconhecida pela jurisprudência. Como o Tribunal de Justiça declarou, os compromissos dos co-contratantes face à empresa em posição dominante e a pressão exercida sobre estes podem ser particularmente fortes quando os descontos ou prémios não se referem apenas ao aumento do volume de negócios relativo às compras ou às vendas dos produtos desta empresa realizadas por estes co-contratantes durante o período tomado em consideração, mas abrangem igualmente a totalidade do volume de negócios relativo a estas compras ou a estas vendas⁷¹.

84. Além disso, é especialmente difícil para os concorrentes da empresa em posição dominante competir com descontos ou prémios

69 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, em especial, n.ºs 67, 69 e 84 a 86).

70 — N.ºs 349, 352 e 354 do acórdão recorrido.

71 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 73).

concedidos em função do volume total de vendas. Devido, desde logo, à sua quota de mercado sensivelmente mais elevada, a empresa em posição dominante é, em regra, um parceiro obrigatório no mercado. Normalmente, os descontos ou prémios concedidos por uma tal empresa em função do volume total das vendas são, em regra, mais significativos, em valores absolutos, que mesmo as ofertas mais generosas dos seus concorrentes. Para atrair os co-contratantes da empresa em posição dominante, ou para deles receber um volume suficiente de encomendas, estes concorrentes teriam de lhes oferecer descontos ou prémios nitidamente mais elevados⁷².

85. Os descontos e as comissões reconhecidas como abusivas pela jurisprudência actual eram, em parte, inferiores a 1 %⁷³, sendo mesmo, portanto, em termos percentuais, mais reduzidas do que o desconto de grupo de 1,5 % em causa no caso vertente.

86. Neste contexto, tendo em conta as circunstâncias do caso em apreço, a afirmação feita pelo Tribunal Geral, de que «mesmo modesto, o montante de um desconto de fidelidade exerce influência nas condições da concorrência», não é criticável do ponto de

vista jurídico. Esta afirmação baseia-se em considerações económicas razoáveis.

iii) Quanto ao argumento relativo à inexistência de efeitos sobre a concorrência

87. Em terceiro lugar, a Solvay opõe-se à afirmação do Tribunal Geral, segundo a qual a recorrente não teria provado as alegações por si feitas a respeito do comportamento das filiais nacionais da Saint-Gobain. Isto refere-se ao argumento apresentado pela Solvay em primeira instância, segundo o qual as filiais nacionais da Saint-Gobain teriam conseguido negociar condições contratuais mais vantajosas, ou mesmo rescindir o contrato com a Solvay, como no caso da Saint-Gobain France⁷⁴.

88. Efectivamente, o Tribunal Geral rejeitou este argumento apresentado pela Solvay por não se encontrar suficientemente circunstanciado⁷⁵. No entanto, não é necessário chegar a analisar se argumentação da Solvay não se encontrava, de facto, suficientemente circunstanciada ou provada, já que, de qualquer forma, este argumento é inoperante, como o Tribunal Geral justamente salientou⁷⁶. O carácter anticoncorrencial de uma prática comercial desenvolvida por uma empresa em posição dominante não pode ser afastado,

72 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 75).

73 — V., o acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 9), segundo o qual todos os agentes de viagens estabelecidos no Reino Unido podiam receber, para além da sua comissão normal de base, uma comissão adicional «até um 1 %» para a distribuição de bilhetes internacionais da BA.

74 — N.º 346 do acórdão recorrido.

75 — N.º 357 do acórdão recorrido.

76 — No n.º 357 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral salientou que o argumento mencionado «não se refere a uma circunstância excepcional que justificasse o comportamento qualificado de abuso de posição dominante».

nomeadamente, por essa prática resultar de um pedido de um cliente⁷⁷, e, por maioria de razão, por o cliente conseguir habilmente⁷⁸ obter da parte de empresa em posição dominante mais concessões.

n.^{os} 397 a 402 do acórdão recorrido quanto ao carácter discriminatório das práticas comerciais desenvolvidas pela Solvay nos termos do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE.

89. Por conseguinte, o terceiro argumento apresentado pela Solvay é, de igual modo, inconcludente.

i) Primeira parte do nono fundamento

iv) Conclusão intermédia

90. O oitavo fundamento é, na sua totalidade, improcedente.

92. Na primeira parte do nono fundamento, a Solvay contesta, em especial, os n.^{os} 397 a 400 do acórdão recorrido e alega que o Tribunal Geral desvirtuou os articulados por si apresentados em primeira instância, assim como violou o artigo 102.º, n.º 2, alínea c), TFUE [artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE].

b) Quanto ao carácter discriminatório das práticas comerciais desenvolvidas pela Solvay (nono fundamento)

– Quanto à alegada desvirtuação dos articulados da Solvay

91. O nono fundamento refere-se às considerações tecidas pelo Tribunal Geral nos

93. Em primeiro lugar, a recorrente opõe-se à passagem do acórdão recorrido, em que o Tribunal Geral considera que a Solvay não contestou os factos apurados quanto ao sistema de descontos instituído em França⁷⁹. Segundo a Solvay, esta afirmação é contrária à sua petição e à sua réplica apresentadas em primeira instância, as quais foram desvirtuadas pelo Tribunal Geral.

77 — Acórdãos Hoffmann-La Roche (já referido na nota 40, n.º 89), AKZO/Comissão (já referido na nota 41, n.º 149), e de 27 de Abril de 1994, Almelo (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.º 44), bem como despacho de 28 de Setembro de 2006, Unilever Bestfoods/Comissão (C-552/03 P, Colect., p. I-9091, n.º 129, último período).

78 — V., a este respeito, o octogésimo quarto considerando da decisão controvertida referido pela própria Solvay, segundo o qual o «grupo St. Gobain (o que aparentemente desagradava à Solvay) utilizava a sua presença nos vários países para exercer uma pressão no sentido da baixa sobre os preços diferenciados praticados pela Solvay».

79 — V., em especial, n.º 397 do acórdão recorrido.

94. Segundo jurisprudência constante, [esta desvirtuação] verifica-se quando, sem recorrer a novos elementos de prova, a apreciação dos elementos de prova existentes é manifestamente incorrecta⁸⁰. Transpondo o exposto para as alegações das partes em sede de primeira instância, só se deve considerar a existência dessa desvirtuação quando as mesmas forem, de modo manifesto, compreendidas erradamente ou reproduzidas de forma distorcida pelo Tribunal Geral.

95. No caso vertente não existem indícios suficientes que permitam chegar a esta conclusão.

96. Como a própria Solvay reconhece⁸¹, as considerações específicas por país constantes da sua petição apresentada em primeira instância referiam-se ao mercado alemão. Caso contrário, a Solvay limitou-se a negar, em geral, que os descontos por ela praticados revestissem a natureza de descontos de fidelidade. Nem a sua petição, nem tão-pouco a sua réplica então apresentada continham considerações especialmente dirigidas ao mercado francês. Também as passagens especialmente evidenciadas pela Solvay da sua réplica apresentada em primeira instância⁸² referem, só a título muito marginal, o mercado francês

e não estão, de qualquer modo, relacionadas com a problemática da discriminação dos parceiros comerciais em causa no caso vertente⁸³.

97. Neste contexto, o Tribunal Geral não pode ser acusado de ter, de modo manifesto, compreendido erradamente ou reproduzido de forma distorcida as alegações da Solvay. Por conseguinte, a acusação de desvirtuação é infundada.

– Quanto ao erro de direito material

98. A Solvay denuncia ainda a violação do artigo 102.º, n.º 2, alínea c), TFUE [artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE] ocorrida, segundo a recorrente, nos n.ºs 398 e 400 do acórdão recorrido. O Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não analisar se entre os clientes da Solvay referidos a título de exemplo existia uma relação de concorrência, nomeadamente, entre, por um lado, dois clientes franceses (Durand e Perrier) e, por outro, os produtores alemães de vidro plano e de vidro côncavo.

99. A Comissão contesta a *admissibilidade desta crítica* com o argumento de que

80 — Acórdãos de 18 de Janeiro de 2007, PKK e KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect., p. I-439, n.º 37), de 22 de Novembro de 2007, Sniace/Comissão (C-260/05 P, Colect., p. I-10005, n.º 37), e Lafarge/Comissão (já referido na nota 35, n.º 17).

81 — N.ºs 329 e 330 da petição de recurso.

82 — A Solvay remete para os n.ºs 375 e 387 da sua réplica apresentada em primeira instância.

83 — Os n.ºs 464 a 474 da réplica apresentada em primeira instância eram dedicados à problemática da discriminação, não contendo, porém, de igual modo, quaisquer declarações específicas sobre o mercado francês.

a Solvay não suscitou em sede de primeira instância qualquer violação do artigo 102.º, n.º 2, alínea c), TFUE. No quadro da alegada inexistência de uma discriminação foi apenas discutido o facto de os produtores de vidro plano e de vidro côncavo terem actividade em mercados diferentes e, portanto, não se encontrarem em situações comparáveis.

100. Devo confessar que considero esta objecção extremamente formalista e pouco convincente. Na decisão controvertida, foi feita expressamente referência, tendo em conta o carácter discriminatório do sistema de descontos da Solvay, ao artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE⁸⁴. Por conseguinte, é evidente que a problemática da discriminação discutida no Tribunal Geral deve ser tida igualmente em consideração no contexto desta disposição, ainda que as partes tenham deixado de a citar expressamente dos seus articulados⁸⁵.

101. Além disso, é certo que, de acordo com o artigo 42.º, n.º 2, em conjunção com o artigo 118.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, é proibido nesta instância de recurso invocar novos fundamentos de ataque ou de defesa. No entanto, é permitido ao recorrente apresentar novos argumentos relativos aos fundamentos por si já apresentados na primeira instância, em especial como

reacção ao entendimento jurídico expresso no acórdão recorrido do Tribunal⁸⁶.

102. Ora, este é o caso da situação em apreço: tendo em conta a exposição sumária das alegações das partes no acórdão recorrido, a Solvay já tinha alegado em sede de primeira instância que os produtores de vidro plano tinham actividade num mercado diferente do dos produtores de vidro côncavo⁸⁷. A questão discutida em primeira instância de saber se as empresas têm actividade em mercados diferentes, e a questão agora colocada de saber se entre estas empresas existe uma relação de concorrência, são duas faces da mesma moeda. Assim, através da sua crítica relativa à relação de concorrência formulada no presente recurso, a Solvay desenvolve simplesmente os argumentos por si já apresentados em sede de primeira instância.

103. Além disso, esta crítica formulada pela Solvay não tem igualmente, de modo algum, por objectivo levar o Tribunal de Justiça a uma apreciação dos factos inadmissível em sede do presente recurso. Pelo contrário, está aqui em discussão a questão de saber se, ao renunciar à apreciação da relação de concorrência entre os produtores de vidro plano e de vidro côncavo, o Tribunal Geral deixou de ter em consideração um critério cuja observância no âmbito do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE teria sido juridicamente necessária. Trata-se, a este

84 — Centésimo octogésimo considerando da decisão controvertida.

85 — Em todo o caso, no âmbito da problemática da discriminação, o Tribunal Geral faz efectivamente referência ao artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE (v. n.º 396 do acórdão recorrido).

86 — Acórdãos PKK e KNK/Conselho (já referido na nota 80, n.ºs 64 e 66), e de 11 de Dezembro de 2008, Comissão/Département du Loiret (C-295/07 P, Colect., p. I-9363, n.º 99); no mesmo sentido, acórdão de 10 de Setembro de 2009, Akzo Nobel e o./Comissão (C-97/08 P, Colect., p. I-8237, n.ºs 38 e 39; v., igualmente, n.º 28 das minhas conclusões apresentadas em 23 de Abril de 2009 nesse processo).

87 — N.º 393, último período, do acórdão recorrido.

respeito, de uma questão de direito que pode ser objecto de análise no presente recurso⁸⁸.

104. Quanto à *procedência desta crítica*, importa recordar, em primeiro lugar, que o artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE [artigo 102.º, n.º 2, alínea c), TFUE] prevê um exame em duas etapas. A formulação «colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência» tem um conteúdo autónomo e não apenas o carácter de um complemento explicativo com valor declarativo⁸⁹.

105. Por conseguinte, para que estejam reunidas as condições de aplicação do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE, é necessário concluir que o comportamento da empresa em posição dominante num mercado é não só discriminatório mas ainda susceptível de falsear esta relação de concorrência, ou seja, de afectar a posição concorrencial de parte dos parceiros comerciais da empresa em posição dominante relativamente aos outros⁹⁰.

106. O raciocínio subjacente ao artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE consiste no facto de o comportamento comercial da empresa em posição dominante não [dever] falsear a concorrência num mercado situado a montante ou a jusante, ou seja, a concorrência entre fornecedores ou entre clientes desta empresa. Ao competir entre si, os parceiros da referida empresa [em posição dominante] não devem ser favorecidos nem prejudicados⁹¹.

107. Transpondo o exposto para o caso vertente, isto significa que, ao analisar o artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE, o Tribunal Geral não podia, de modo algum, ter renunciado à tomada em consideração das relações de concorrência existentes entre os diferentes clientes da Solvay. Apenas se poderia ter considerado a existência de uma violação do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE por parte da Solvay, contanto que os clientes da recorrente estivessem em concorrência entre si, sendo para tal relevante não o mercado do carbonato de sódio, mas sim o mercado ou os mercados a jusante do vidro. Deste modo, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao, no n.º 400 do acórdão recorrido, ter tido apenas em consideração o mercado do carbonato de sódio e não o mercado do vidro.

108. De facto, para a existência de um abuso na acepção do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE basta a conclusão de que o comportamento da empresa em posição dominante [tende],

88 — V., a este respeito, *supra* n.º 73 destas conclusões e a jurisprudência referida na nota 58.

89 — V., a este respeito, as minhas conclusões *British Airways* (já referidas na nota 19, n.º 124).

90 — Acórdãos *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 144) e *Kanal 5 e TV 4* (já referido na nota 65, n.º 44); no mesmo sentido, desde logo, acórdãos de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o./Comissão* (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.º 523 e 524), e *United Brands* (já referido na nota 39, n.º 232 a 234).

91 — Acórdão *British Airways* (já referido na nota 61, n.º 143).

tomando em conta todas as circunstâncias do caso concreto, a causar uma distorção da concorrência entre esses parceiros comerciais. Nesta hipótese, não é preciso exigir ainda a prova de uma deterioração efectiva quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais individualmente considerados⁹². A Comissão salientou com razão esta situação.

109. No entanto, constitui um erro de direito considerar completamente irrelevantes as relações de concorrência no mercado a jusante, no qual os clientes da empresa em posição dominante têm actividade, como o fez o Tribunal Geral no caso em apreço.

110. Contrariamente ao defendido pela Comissão, não é possível eliminar este erro de direito, precisando tratar-se, no caso dos clientes franceses em causa Durand e Perrier, assim como no caso dos clientes alemães do ramo do vidro plano e do vidro côncavo, apenas de exemplos isolados. Quando o Tribunal Geral analisa – na sequência da crítica formulada por uma das partes do processo – exemplos isolados, retirados da decisão controvertida, quanto à existência de erros de apreciação, este tem de efectuar essa análise com base em critérios juridicamente

correctos. Ora, no caso em apreço, o Tribunal Geral carecia desses critérios.

111. Dos acórdãos Hoffmann-La Roche⁹³ e Michelin I⁹⁴ nada se depreende em contrário. As passagens destes acórdãos invocadas pela Comissão não dizem especialmente respeito à aplicação do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE⁹⁵, tecendo antes considerações gerais sobre o carácter abusivo dos sistemas de descontos de empresas em posição dominante.

112. De resto, um olhar atento sobre o acórdão relativo à taxas aeroportuárias portuguesas, citado pela Comissão, mostra que as relações de concorrência existentes entre os parceiros comerciais de uma empresa em posição dominante devem ser tidas em consideração no âmbito do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça fez expressamente referência à «vantagem económica não justificada», que os beneficiários dos descontos podem obter «relativamente aos seus concorrentes»⁹⁶.

113. Por conseguinte, a primeira parte do nono fundamento é procedente.

93 — Acórdão Hoffmann-La Roche (já referido na nota 40, n.º 90).

94 — Acórdão Michelin I (já referido na nota 60, n.º 85); neste acórdão foi logo negada a existência de discriminação, pelo que o problema da desvantagem na concorrência não se colocava.

95 — Então artigo 86.º, n.º 2, alínea c), do Tratado CEE.

96 — Acórdão de 29 de Março de 2001, Portugal/Comissão (C-163/99, Colect., p. I-2613, n.º 52).

92 — Acórdão British Airways (já referido na nota 61, n.º 145).

ii) Segunda parte do nono fundamento

114. Na segunda parte do nono fundamento, a Solvay contesta, em especial, o n.º 401 do acórdão recorrido. Esta passagem do acórdão é dedicada à argumentação apresentada pela Solvay em primeira instância relativamente aos custos supostamente baixos do carbonato de sódio para os produtores de vidro. O Tribunal Geral refere a este respeito que a «afirmação» da Solvay relativamente a estes custos «não tem qualquer suporte», «nem é susceptível de pôr em causa o carácter discriminatório das práticas imputadas à [Solvay]». Esta última entende que, deste modo, o Tribunal Geral, por um lado, desvirtuou os seus articulados apresentados em primeira instância e, por outro, não cumpriu o dever de fundamentação segundo o disposto no artigo 36.º, em conjugação com o artigo 53.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça, assim como violou o artigo 102.º, n.º 2, alínea c), TFUE [artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE].

– Quanto à alegada desvirtuação dos articulados da Solvay

115. A acusação de desvirtuação dos articulados afigura-se infundada. Não existem

quaisquer indícios de que o Tribunal Geral tenha, de modo manifesto, compreendido erradamente ou reproduzido de forma distorcida as observações escritas apresentadas pela recorrente em primeira instância⁹⁷. Recorde-se que, em sede de primeira instância, a Solvay argumentou que embora o carbonato de sódio constitua a matéria-prima mais importante no fabrico de vidro, representa apenas 2% a 6% do preço médio de venda do vidro. O Tribunal Geral reproduziu correctamente esta argumentação⁹⁸. O simples facto de considerações complementares de conteúdo similar da Solvay constantes da sua tréplica não encontrarem qualquer referência expressa no acórdão recorrido, não significa que o Tribunal Geral tenha, nesta medida, desvirtuado em termos de conteúdo as alegações da Solvay.

– Quanto à falta de fundamentação

116. O mesmo não acontece com a acusação de falta de fundamentação. Como já foi referido, a fundamentação de um acórdão deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio do Tribunal Geral, de forma a permitir aos interessados conhecerem as justificações da medida tomada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional⁹⁹. O

97 — Quanto ao critério para apreciar a desvirtuação das alegações das partes, v., *supra*, n.º 94 destas conclusões.

98 — Estas considerações são sintetizadas no n.º 394 do acórdão recorrido.

99 — V., a este respeito, a jurisprudência referida na nota 22.

n.º 401 do acórdão recorrido não cumpre estas exigências mesmo na hipótese uma leitura muito benévola do mesmo.

[Solvay]». De facto, ainda que existam razões válidas para esta afirmação¹⁰², o acórdão recorrido não lhes fez qualquer alusão.

117. O Tribunal Geral nada disse por que razão considera «desprovidos de fundamento» os argumentos apresentados pela Solvay a respeito dos baixos custos do carbonato de sódio para os produtores de vidro. Em especial, da fundamentação do acórdão não é possível inferir se o Tribunal Geral teve de todo conhecimento das considerações tecidas pela Solvay na sua tréplica apresentada em primeira instância. Neste articulado, em apoio da sua afirmação a respeito dos baixos custos, a Solvay referiu um regulamento anti-dumping da Comissão¹⁰⁰, no qual o montante dos custos do carbonato de sódio para a produção do vidro é avaliado no máximo em 8 %¹⁰¹.

118. Do mesmo modo, o Tribunal Geral não explica tão-pouco por que razão os custos supostamente baixos do carbonato de sódio para a produção de vidro não podem ser «susceptíveis» «de pôr em causa o carácter discriminatório das práticas imputadas à

119. Para o Tribunal Geral, o montante dos custos de uma matéria-prima importante é, *em geral, irrelevante* para a apreciação de uma eventual discriminação entre os clientes de empresas em posição dominante? Ou o Tribunal Geral considerou que o montante dos custos na dimensão referida pela Solvay (2 % a 6 %) não tem qualquer impacto sobre o carácter discriminatório das práticas comerciais em causa? Em caso afirmativo, por que razão? A inclusão de algumas frases suplementares na fundamentação do acórdão poderia e deveria ter proporcionado a clareza necessária nesta matéria.

120. As considerações tecidas pelo Tribunal Geral no n.º 401 do acórdão recorrido deixam o leitor na incerteza quanto à razão pela qual se rejeitou a argumentação da Solvay a respeito dos custos supostamente baixos do carbonato de sódio para a produção de vidro. O Tribunal de Justiça não pode igualmente,

100 — Regulamento (CE) n.º 823/95 da Comissão, de 10 de Abril de 1995, que institui um direito anti-dumping provisório sobre as importações de carbonato dissódico originário dos Estados Unidos da América (JO L 83, p. 8).

101 — No sexagésimo segundo considerando do Regulamento n.º 823/95 lê-se: «o custo do carbonato dissódico representa, no máximo, 8 % do preço de uma tonelada de vidro (lote pós-reciclagem)».

102 — Não é possível, de modo algum, estar-se apenas perante uma distorção da concorrência entre os parceiros comerciais de uma empresa em posição dominante quando entre estes estejam presentes os parâmetros mais importantes da concorrência. Os benefícios concedidos relativamente a pequenos factores de custo podem igualmente conferir vantagens em matéria de concorrência a um cliente da empresa em posição dominante face a outros clientes da mesma empresa. Em especial, o artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE [artigo 102.º, n.º 2, alínea c), TFUE] não exige qualquer desvantagem *grave* na concorrência. Uma interpretação tão restritiva desta disposição equivaleria a um enfraquecimento claro do poder das normas de direito da União em matéria de concorrência. Esta circunstância seria incompatível com o objectivo fundamental de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência.

nestas condições, exercer a sua fiscalização jurisdicional. Consequentemente, a fundamentação do acórdão recorrido no seu n.º 401 é lacunar, pelo que a segunda parte do nono fundamento é procedente.

121. Neste contexto, não é necessário examinar mais em pormenor a alegação de violação do artigo 102.º, n.º 2, alínea c), TFUE. De facto, esta é desprovida de qualquer conteúdo autónomo em relação à alegada falta de fundamentação.

iii) Conclusão intermédia

122. Em suma, pode concluir-se que o nono fundamento é parcialmente procedente.

B – Quanto à proibição de utilização das provas recolhidas no âmbito da inspecção de Abril de 1989 (segundo fundamento)

123. Com o seu segundo fundamento, dirigido contra os n.ºs 218 a 230 do acórdão recorrido, a Solvay alega a violação dos artigos 14.º, n.º 3 e 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 (primeira e segunda partes do segundo

fundamento). Além disso, a empresa acusa o Tribunal Geral de desvirtuar os factos e os meios de prova (terceira parte do segundo fundamento).

124. Este fundamento baseia-se na circunstância de, na decisão de inspecção de 5 de Abril de 1989, mediante a qual a Comissão ordenou uma busca às instalações das empresas activas no mercado europeu do carbonato de sódio, se fazer apenas referência a eventuais infracções ao artigo 85.º do Tratado CEE (acordos entre empresas ou práticas concertadas), ao passo que a decisão de aplicação da coima aqui em causa declara a existência de uma violação do artigo 86.º do Tratado CEE, ou seja, do artigo 82.º CE (abuso de posição dominante). Segundo a Solvay, os meios de prova encontrados na sequência da busca efectuada no contexto do artigo 85.º do Tratado CEE não poderiam ter sido invocados como fundamento para uma decisão adoptada nos termos do artigo 86.º do Tratado CEE, ou seja, do artigo 82.º CE.

1. Admissibilidade do segundo fundamento

125. A Comissão considera que o segundo fundamento é inadmissível, visto que se apoia nas mesmas críticas já formuladas pela Solvay em sede de primeira instância.

126. Esta objecção é inconsistente.

127. De facto, segundo jurisprudência constante, o recorrente não deve limitar-se a reproduzir os fundamentos e argumentos já alegados no Tribunal Geral¹⁰³. Ora, quando uma parte contesta a interpretação ou a aplicação do direito da União feita pelo Tribunal Geral, as questões de direito examinadas em primeira instância podem ser de novo discutidas em sede de recurso para o Tribunal de Justiça. Com efeito, se uma parte não pudesse basear o seu recurso em fundamentos e argumentos já utilizados no Tribunal Geral, o processo de recurso de decisão do Tribunal Geral ficaria privado de uma parte do seu sentido¹⁰⁴.

128. Na sua petição de recurso, a Solvay aborda de forma pormenorizada a matéria dos n.ºs 218 a 230 do acórdão recorrido e formula, remetendo para os acórdãos do Tribunal de Justiça, críticas concretas de ordem jurídica a respeito das considerações tecidas pelo Tribunal Geral. Não se trata, pois, da mera reprodução global do fundamento correspondente apresentado em primeira instância.

129. Por conseguinte, a admissibilidade do segundo fundamento não pode ser razoavelmente posta em causa.

103 — Despacho de 26 de Abril de 1993, Kupka-Floridi/WSA (C-244/92 P, Colect., p. I-2041, n.º 10); acórdãos de 4 de Julho de 2000, Bergaderm e Goupil/Comissão (C-352/98 P, Colect., p. I-5291, n.º 35), e France Télécom/Comissão (já referido na nota 22, n.º 69).

104 — Acórdãos de 23 de Março de 2004, Bürgerbeauftragter/Lamberts (C-234/02 P, Colect., p. I-2803, n.º 75), Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão (já referido na nota 29, n.º 112), de 21 de Setembro de 2010, Schweden/API e Comissão (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, Colect., p. I-8533, n.º 116), e Deutsche Telekom/Comissão (já referido na nota 22, n.º 25).

2. Procedência do segundo fundamento

a) Quanto à primeira e segunda partes do segundo fundamento (violação dos artigos 14.º, n.º 3 e 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17)

130. Nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, as informações obtidas no âmbito de uma diligência de instrução realizada pela Comissão em matéria de concorrência só podem ser utilizadas para os fins para os quais tenham sido pedidas. Portanto, esta disposição contém, por um lado, uma limitação do objectivo e, por outro, uma proibição de utilização das provas recolhidas pela Comissão.

131. No caso vertente, discute-se qual o alcance desta limitação do objectivo e desta proibição de utilização. Não existe unanimidade entre as partes quanto à questão de saber se, para efeitos da determinação do abuso de posição dominante, a Comissão podia apoiar-se em meios de prova por si anteriormente obtidos no âmbito de uma diligência de instrução relacionada com alegadas infracções à proibição de acordos anticoncorrenciais entre empresas que operam no mesmo mercado.

132. A redacção do artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 não contém qualquer

referência concreta a este respeito. Por conseguinte, deve partir-se do sentido e finalidade desta disposição.

133. É facto assente que o artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 tem por objectivo a protecção dos direitos de defesa das empresas alvo de medidas de investigação da Comissão¹⁰⁵. Como afirmou o Tribunal de Justiça, estes direitos de defesa ficariam, com efeito, gravemente comprometidos se a Comissão pudesse invocar contra as empresas provas que, obtidas no decurso de diligências de instrução, fossem estranhas ao objecto ou à finalidade dessa instrução¹⁰⁶.

134. Determinantes para o alcance da limitação do objectivo e da proibição de utilização previstas nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 são, portanto, o objecto e a finalidade da respectiva diligência de instrução. Estes resultam do mandado para proceder às diligências de instrução definido pela Comissão¹⁰⁷. Nos termos do artigo 14.º, n.º 3, segundo período, do Regulamento n.º 17, esse objectivo e essa finalidade devem ser indicados na respectiva decisão adoptada pela Comissão que ordena essas diligências, o que constitui uma garantia fundamental dos direitos de defesa das empresas visadas¹⁰⁸.

135. No caso vertente, a decisão de inspecção da Comissão de 5 de Abril de 1989, com base na qual as instalações da Solvay foram revistadas, remete apenas para o artigo 85.º do Tratado CEE (artigo 81.º CE)¹⁰⁹. Segundo as constatações feitas pelo Tribunal Geral, a Comissão pretendia, na altura, verificar apenas se a Solvay participava em acordos e/ou práticas concertadas. Nenhum elemento permite considerar que, já naquela época, se teria suspeitado também de um abuso de posição dominante¹¹⁰.

136. Nestes termos, a Solvay conclui que a utilização dos meios de prova, recolhidos no decurso da inspecção, para efeitos da determinação do abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE (ex-artigo 86.º do Tratado CEE) não era admissível.

137. Este entendimento não me convence.

138. Numa decisão que ordena uma diligência de instrução, a Comissão «não deve deixar de referir claramente as presunções que são objecto da instrução»¹¹¹. Deste modo, pretende-se evitar que a Comissão possa proceder indiscriminadamente a diligências de instrução na falta de suspeitas concretas¹¹² – uma prática para a qual é utilizada frequentemente

105 — Acórdãos de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux/Comissão («Dow Benelux», 85/87, Colect., p. 3137, n.º 18), de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão («PVC II», 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 299).

106 — Acórdãos Dow Benelux (já referido na nota 105, n.º 18), PVC II (já referido na nota 105, n.º 300) e de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères (C-94/00, Colect., p. I-9011, n.º 48).

107 — Neste sentido, acórdão Dow Benelux (já referido na nota 105, n.º 17).

108 — Acórdão de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão («Hoechst», 46/87 e 227/88, Colect., p. 2859, n.º 41); v., igualmente, acórdão Roquette Frères (já referido na nota 106, n.º 47).

109 — V. n.º 220 do acórdão recorrido.

110 — N.º 222 do acórdão recorrido.

111 — Acórdão Hoechst (já referido na nota 108, n.º 41, último parágrafo).

112 — Conclusões do advogado-geral J. Mischo apresentadas em 21 de Fevereiro de 1989 no processo Hoechst (já referido na nota 108, n.º 206).

a expressão inglesa «fishing expeditions» [investigações aleatórias].

objectivo fundamental, nomeadamente, assegurar a execução das regras de concorrência previstas nos Tratados e garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno¹¹⁵.

139. No entanto, o dever de indicação do objecto e da finalidade de uma diligência de instrução não pode referir-se a uma identificação, em termos definitivos, de todas as regulamentações possivelmente violadas pelas empresas visadas. Com efeito, nesta fase inicial das suas investigações, a Comissão não está, de todo, obrigada a proceder a uma qualificação jurídica rigorosa das infracções alegadas¹¹³.

142. Neste contexto, estar-se-ia perante uma abordagem extremamente limitada e formalista, se se pretendesse restringir, desde o início, o objecto e a finalidade de uma diligência de instrução em matéria de concorrência apenas a determinados pressupostos jurídico-materiais da proibição identificados expressamente no mandado para proceder a essa diligência e excluir categoricamente os restantes.

140. Por vezes, é, de facto, muito difícil avaliar antecipadamente se o comportamento de uma empresa com uma forte posição no mercado comporta uma violação à proibição de acordos (artigo 85.º do Tratado CEE, artigo 81.º CE e artigo 101.º TFUE) ou, constitui, porém, um abuso de posição dominante (artigo 86.º do Tratado CEE, artigo 82.º CE e artigo 102.º TFUE). Como a Comissão indica a justo título, pode mesmo verificar-se a existência de sobreposições no âmbito de aplicação material da proibição de acordos e da proibição de abusos¹¹⁴.

143. No âmbito de uma diligência de instrução em matéria de concorrência, está em causa, pelo contrário, em primeira linha, o apuramento da matéria de facto e a obtenção dos meios de prova¹¹⁶, por exemplo, quanto à existência de um determinado acordo entre empresas, quanto à verificação de um determinado comportamento e quanto ao raciocínio económico que lhes está subjacente.

144. A Comissão só tem de se pronunciar quanto à qualificação jurídica exacta da matéria de facto por si apurada num momento

141. Além disso, as diligências de instrução tanto tendo em conta a primeira disposição, como a segunda, regem-se pelo mesmo

115 — Quanto à situação jurídica existente à data da adopção da decisão controvertida, v. artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE. O mesmo pode inferir-se hoje do Protocolo n.º 27 relativo ao mercado interno e à concorrência anexo aos Tratados (JO C 115, p. 309; JO C 83, p. 309), como o Tribunal de Justiça confirmou recentemente no contexto do artigo 102.º TFUE (acórdão TeliaSonera Sverige, já referido na nota 65, n.º 20 a 22). V., além disso, o artigo 119.º, n.º 1, TFUE (ex-artigo 4.º CE), segundo o qual os Estados-Membros e a União estão obrigados ao princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

113 — Acórdão Hoechst (já referido na nota 108, n.º 41, penúltimo parágrafo).

114 — A Comissão remete, a este respeito, para o acórdão de 23 de Outubro de 2003, Van den Bergh Foods/Comissão (T-65/98, Colect., p. II-4653) confirmado pelo despacho Unilever Bestfoods/Comissão (já referido na nota 77).

116 — Neste sentido, igualmente, advogado-geral J. Mischo nas suas conclusões apresentadas no processo Hoechst (já referido na nota 108, n.º 174).

muito mais tardio do procedimento administrativo, designadamente, em primeiro lugar, de uma forma provisória por meio da comunicação de acusações e, posteriormente, de uma forma definitiva com a adopção da sua decisão de encerramento do procedimento¹¹⁷. Esta circunstância não afecta as possibilidades de defesa das empresas visadas, possibilidades essas que são, pelo contrário, salvaguardadas precisamente pela comunicação de acusações e pelo consequente direito a ser ouvido.

145. Por conseguinte, o Tribunal Geral não cometeu qualquer erro de direito ao considerar que os documentos recolhidos na inspecção de Abril de 1989 podiam ser igualmente utilizados no âmbito da decisão controvertida, baseada no artigo 82.º CE¹¹⁸.

b) Terceira parte do segundo fundamento (acusação de desvirtuação dos factos da causa)

146. No âmbito deste segundo fundamento, a Solvay acusa, além disso, o Tribunal Geral de ter desvirtuado os factos da causa. O Tribunal Geral apoia-se, erradamente, numa semelhança entre os acordos entre empresas ou as práticas concertadas, que constituem a base da inspecção efectuada em 1989, e o

abuso de posição dominante, como é declarado na decisão controvertida¹¹⁹.

147. Esta acusação é igualmente impropriedade e assenta numa leitura pouco precisa do acórdão recorrido.

148. A recorrente ignora que o Tribunal Geral não considerou semelhantes as infracções, enquanto tais, visadas pelo artigo 85.º do Tratado CEE (artigo 81.º CE, artigo 101.º TFUE) e pelo artigo 86.º do Tratado CEE (artigo 82.º CE, artigo 102.º TFUE), mas sim apenas os factos («práticas»), que foram examinados pela Comissão no âmbito da sua inspecção e nos quais esta acabou por se apoiar também na decisão controvertida¹²⁰. Porém, são precisamente estes factos – e não a sua qualificação jurídica – que são relevantes quando se trata de apreciar se a Comissão violou a limitação do objectivo e a proibição de utilização na acepção do artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17¹²¹.

149. Como o Tribunal Geral referiu – sem ter sido contestado relativamente a este ponto –¹²², tanto no mandado para proceder à

117 — No mesmo sentido, igualmente, advogado-geral J. Mischo nas suas conclusões apresentadas no processo Hoechst (já referido na nota 108, n.º 176).

118 — V., em especial, n.º 228 do acórdão recorrido.

119 — Algo semelhante é sugerido igualmente, desde logo, no final das considerações tecidas pela Solvay quanto à primeira parte do segundo fundamento.

120 — N.º 225 («práticas») e n.º 226 («factos») do acórdão recorrido.

121 — V., a este respeito, igualmente n.ºs 139 e 143 destas conclusões.

122 — N.ºs 223 e 224 do acórdão recorrido.

inspecção de 1989, como na decisão controvertida de 2000 estava em causa, designadamente, a aplicação de acordos de compra exclusivos. Face a isto, o Tribunal Geral podia considerar, sem cometer um erro de direito, que a decisão controvertida apresentava uma ligação suficiente com o objecto e a finalidade da inspecção efectuada em 1989¹²³, pelo que a proibição de utilização prevista no artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 não foi violada.

c) Conclusão intermédia

150. Por conseguinte, o segundo fundamento é, na sua totalidade, improcedente.

C – Quanto aos direitos de defesa (terceiro, quarto e quinto fundamentos)

151. Com o seu terceiro, quarto e quinto fundamentos, a Solvay alega, no essencial, uma violação dos seus direitos de defesa.

152. Importa recordar que o respeito dos direitos de defesa em qualquer procedimento susceptível de ter como resultado a aplicação

de sanções, nomeadamente de coimas ou de sanções pecuniárias, constitui um princípio fundamental do direito da União, reiteradamente sublinhado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça¹²⁴. Este princípio foi, entretanto, igualmente consagrado nos artigos 41.º, n.º 2, alínea a) e 48.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais¹²⁵.

153. As críticas formuladas pela Solvay no âmbito do seu terceiro, quarto e quinto fundamentos revestem uma importância fundamental e dão ao Tribunal de Justiça a oportunidade de clarificar a sua jurisprudência relativa aos direitos de defesa nos procedimentos administrativos em matéria de concorrência.

154. O contexto processual, em que se enquadram estes três fundamentos, apresenta-se do seguinte modo:

- Antes da adopção da sua primeira decisão de aplicação da coima neste processo em 1990 (Decisão 91/299), a Comissão deu à Solvay a oportunidade, com base numa comunicação de acusações, de apresentar as suas observações¹²⁶. No entanto, não foi concedido à Solvay acesso

124 — Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Comissão o e. (C-550/07 P, Colect., p. I-8301, n.º 92); v., igualmente, acórdãos de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão («Thyssen Stahl», C-194/99 P, Colect., p. I-10821, n.º 30), e de 3 de Setembro de 2009, Papierfabrik August Koehler/Comissão (C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, Colect., p. I-7191, n.º 34).

125 — A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi inicialmente proclamada solenemente em 7 de Dezembro de 2000 em Nice (JO C 364, p. 1) e depois novamente em 12 de Dezembro de 2007 em Estrasburgo (JO C 303, p. 1 e JO C 83, p. 389).

126 — N.ºs 24 e 27 do acórdão recorrido.

123 — N.º 226 do acórdão recorrido.

ao processo em bom rigor. Foram simplesmente colocados à disposição da empresa cópias dos documentos incriminatórios, nos quais a Comissão baseou, na altura, as suas acusações¹²⁷. Pretendeu-se com isto «simplificar o processo»¹²⁸.

- Em 2000, portanto, antes da adopção da segunda decisão de aplicação da coima aqui em causa (Decisão 2003/6), a Solvay não foi ouvida novamente¹²⁹, nem tão-pouco foi concedido à empresa acesso ao processo nessa altura¹³⁰.
- Só no segundo processo perante o Tribunal Geral (processo T-57/01) é que a Comissão apresentou uma parte dos documentos dos autos do procedimento administrativo, para o que foi solicitada diversas vezes pelo Tribunal Geral ao abrigo das medidas de organização do processo¹³¹. A Solvay pôde consultar, na Secretaria do Tribunal Geral, vários documentos, aos quais antes nunca tinha tido acesso. A empresa teve igualmente oportunidade de apresentar, no Tribunal Geral, as suas observações sobre a utilidade desses documentos para a sua defesa¹³².
- A Comissão teve de reconhecer perante o Tribunal Geral não conseguir encontrar

a restante parte dos documentos dos autos, mais concretamente cinco pastas¹³³. Foi igualmente impossível à Comissão apresentar ao Tribunal Geral uma lista enumerativa dos documentos em falta¹³⁴.

155. Neste contexto, a Solvay alega, por um lado, uma violação do seu direito de acesso ao processo (terceiro e quarto fundamentos, v., a este respeito, ponto 1, *infra*) e, por outro, uma violação do seu direito a ser ouvida (quinto fundamento, v., a este respeito, ponto 2, *infra*).

1. Quanto ao direito de acesso ao processo (terceiro e quarto fundamentos)

156. Corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa, o direito de acesso ao processo implica que a Comissão deva facultar à empresa em causa a possibilidade de proceder a um exame de todos os documentos que figuram no processo de instrução e que possam ser pertinentes para a sua defesa. Estes incluem elementos de prova, tanto de acusação como de defesa, com a ressalva dos segredos comerciais de outras empresas, dos documentos internos da Comissão e de outras informações confidenciais¹³⁵.

127 — N.ºs 24, 450 e 451 do acórdão recorrido.

128 — N.º 451 do acórdão recorrido.

129 — N.º 43 do acórdão recorrido e centésimo nonagésimo nono considerando da decisão controvertida.

130 — N.ºs 455 e 456 do acórdão recorrido.

131 — N.ºs 57 a 65 do acórdão recorrido.

132 — N.ºs 67 e 68 do acórdão recorrido.

133 — N.ºs 65, 66 e 462 do acórdão recorrido.

134 — N.ºs 66, 454 e 464 do acórdão recorrido.

135 — Acórdãos Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 68) e de 1 de Julho de 2010, Knauf Gips («Knauf Gips», C-407/08 P, Colect., p. I-6375, n.º 22).

157. É pacífico que, no procedimento administrativo, apenas foram dadas a conhecer à Solvay as partes dos documentos dos autos utilizadas pela Comissão na decisão controvertida contra a empresa. Muitos outros documentos dos autos, cuja consulta deveria ter sido igualmente facultada à Solvay com base nos seus direitos de defesa, foram ocultados à empresa. Por conseguinte, a Comissão violou uma regra processual fundamental¹³⁶, que é reflexo do direito a uma boa administração¹³⁷. Após a adopção da decisão controvertida, deixou de ser possível sanar essa irregularidade processual, designadamente, através da apresentação de documentos específicos numa fase posterior do processo judicial¹³⁸.

158. Na fase actual, as partes do processo discutem simplesmente a questão de saber se o Tribunal Geral deveria ter anulado a decisão controvertida tendo em conta a referida irregularidade processual cometida pela Comissão. Segundo jurisprudência constante, as irregularidades processuais verificadas no acesso ao processo no decurso do procedimento administrativo só levam à declaração de nulidade de uma decisão adoptada pela Comissão quando essas irregularidades

impliquem uma violação dos direitos de defesa¹³⁹.

159. Ao contrário do que defendem a Comissão e o Tribunal Geral, a Solvay considera existir uma violação dos seus direitos de defesa e consolida esta opinião através de vários argumentos. Neste sentido, a recorrente baseia-se, no essencial, nos princípios gerais de direito reconhecidos a nível da União quanto à observância dos direitos de defesa, à presunção de inocência e ao ónus da prova. A Solvay invoca igualmente uma violação do dever de fundamentação de acordo com o disposto no artigo 36.º, em conjugação com o artigo 53.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça, bem como violações dos artigos 47.º, n.º 2, 48.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais, do artigo 6.º da CEDH e do artigo 6.º, n.º 1, TUE.

160. No entanto, a Solvay só desenvolve a sua argumentação no que se refere aos direitos de defesa e, a título marginal, à presunção de inocência e ao dever de fundamentação. As suas referências isoladas à Carta dos Direitos

136 — Nos n.ºs 453 a 456 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral parte igualmente da existência desta irregularidade processual.

137 — V., a este respeito, artigo 41.º, n.º 2, alínea b), da Carta dos Direitos Fundamentais.

138 — Acórdãos de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão («Hercules», C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.º 78), de 2 de Outubro de 2003, Corus UK/Comissão («Corus UK», C-199/99 P, Colect., p. I-11177, n.º 128), PVC II (já referido na nota 105, n.º 318) e Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 104); v., igualmente, acórdãos do Tribunal Geral de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91, Colect., p. II-1775, n.º 98) e ICI/Comissão (T-36/91, Colect., p. II-1847, n.º 108).

139 — Acórdãos Hercules (já referido na nota 138, n.º 77), Corus UK (já referido na nota 138, n.º 127) e PVC II (já referido na nota 105, n.ºs 317, 322 e 323).

Fundamentais, ao artigo 6.º da CEDH e ao artigo 6.º, n.º 1, TUE são desprovidas de qualquer conteúdo autónomo, pelo que não necessitam de qualquer análise aprofundada. Quanto ao artigo 6.º, n.º 1, TUE, basta recordar que esta disposição, enquanto tal, não contém quaisquer garantias de direitos fundamentais. O artigo 6.º da CEDH não é directamente aplicável às instituições da União antes da sua adesão à CEDH¹⁴⁰, devendo, contudo, ser tido em consideração na interpretação e aplicação dos princípios gerais de direito e dos direitos fundamentais da União invocados¹⁴¹.

161. Para efeitos da apreciação das críticas formuladas pela Solvay quanto aos direitos de defesa, à presunção de inocência e ao dever de fundamentação, proponho seguir a ordem de análise sugerida pela Comissão, que se orienta pela estrutura do acórdão recorrido. Por conseguinte, em primeiro lugar, antes de abordar as críticas relativas aos documentos facultados em primeira instância (quarto fundamento, a este respeito, v. secção B, *infra*), pronunciar-me-ei quanto à admissibilidade do terceiro e quarto fundamentos (a este respeito, v. secção A, *infra*). Por último, debruçar-me-ei sobre as críticas que têm por

objecto a parte dos documentos dos autos desaparecida (terceiro fundamento, a este respeito, v. secção C, *infra*).

a) Admissibilidade do terceiro e quarto fundamentos

162. A Comissão contesta a admissibilidade do quarto fundamento e uma parte do terceiro. Esta alega que a avaliação da utilidade de determinados documentos para a defesa de uma empresa faz parte da apreciação dos factos e das provas, que compete unicamente ao Tribunal Geral e não pode, em princípio, ser objecto de fiscalização em sede de recurso.

163. Este entendimento não me convence. No caso vertente, o Tribunal de Justiça não é levado, no que respeita a documentos específicos dos autos, a substituir pela sua própria avaliação a apreciação do Tribunal Geral¹⁴². Pelo contrário, o Tribunal de Justiça é chamado a esclarecer se, ao apreciar os factos e as provas, o Tribunal Geral teve por base

140 — Artigo 6.º, n.º 2, TUE, na redacção do Tratado de Lisboa.

141 — V., por exemplo, acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 64); no mesmo sentido, acórdãos de 28 de Março de 2000, Krombach (C-7/98, Colect., p. I-1935, n.ºs 25 e 26), de 14 de Fevereiro de 2008, Varec (C-450/06, Colect., p. I-581, n.º 45), e de 23 de Dezembro de 2009, Spector Photo Group e Van Raemdonck (C-45/08, Colect., p. I-12073, n.º 43).

142 — Isto seria, na realidade, inadmissível (v., acórdão PVC II, já referido na nota 105, n.ºs 330 e 331, e acórdão Aalborg Portland, já referido na nota 35, n.º 77 em conjugação com o n.º 76).

critérios e parâmetros correctos. Trata-se, a este respeito, de uma questão de direito que pode ser examinada pelo Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de recurso¹⁴³.

b) Quanto às partes dos documentos dos autos facultadas apenas no Tribunal Geral (quarto fundamento)

164. O quarto fundamento dirige-se contra os n.ºs 417 a 446 do acórdão recorrido, os quais são consagrados à utilidade para a defesa da Solvay das partes dos documentos dos autos facultadas pela primeira vez durante o processo judicial. Uma vez que o Tribunal Geral não considerou demonstrada essa utilidade, este concluiu que a Comissão não violou os direitos de defesa¹⁴⁴.

i) Primeira parte do quarto fundamento

165. A primeira parte do quarto fundamento contém duas críticas ao acórdão recorrido, das quais considero a primeira improcedente e a segunda, porém, procedente.

143 — Acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 125); v., a título complementar, *supra*, o n.º 73 destas conclusões e a jurisprudência referida na nota 58.

144 — N.º 446 do acórdão recorrido.

166. Por um lado, a recorrente considera que o Tribunal Geral deveria ter analisado, a título preliminar, as violações dos direitos de defesa invocadas em primeira instância, isto é, antes dos alegados erros de apreciação de direito material. Caso contrário, existe o risco de, ao apreciar a utilidade dos diferentes documentos para a defesa de uma empresa, o Tribunal Geral se deixar conduzir, desde logo, pelo resultado da análise do mérito da decisão controvertida.

167. Esta primeira crítica deve ser rejeitada. Como a Comissão observa correctamente, não existe qualquer ordem obrigatória em termos lógicos para a análise das acusações de carácter material e de carácter processual¹⁴⁵. (A questão de saber se, ao apreciar quanto ao mérito as acusações de carácter processual, o Tribunal Geral se pode deixar conduzir pelo destino das acusações de carácter material feitas por uma empresa, será ainda objecto de discussão especial no âmbito do terceiro fundamento¹⁴⁶.)

168. Por outro lado, a recorrente acusa o Tribunal Geral de adoptar uma visão demasiado restritiva do objectivo do acesso ao processo. Segundo a recorrente, o Tribunal Geral não

145 — Em alguns casos, o Tribunal de Justiça examinou igualmente, em primeiro lugar, questões de direito material antes da análise das acusações feitas de carácter processual; v., por exemplo, acórdãos Corus UK (já referido na nota 138, n.ºs 72 a 114 e 115 a 138), e de 18 de Setembro de 2003, Volkswagen/Comissão (C-338/00 P, Colect., p. I-9189, n.ºs 38 a 105 e 106 a 117).

146 — V., *infra*, n.ºs 197 a 200 destas conclusões.

deveria ter podido rejeitar a utilidade para a defesa de diversos documentos com o fundamento de que a Solvay já tinha conhecimento das informações aí constantes ou de que estas se referiam a aspectos já expostos pela empresa.

num momento posterior, demonstrar unicamente que a sua não divulgação pôde influenciar, em seu prejuízo, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão¹⁴⁹. Neste sentido, basta que a empresa demonstre que poderia ter feito uso dos referidos documentos de defesa¹⁵⁰.

169. Ao contrário da primeira, esta segunda crítica é fundamentada.

170. O acesso ao processo visa garantir um exercício efectivo dos direitos de defesa por parte das empresas intervenientes no procedimento administrativo acusadas de infringir as regras da concorrência do direito da União (estas são igualmente designadas por «empresas afectadas»)¹⁴⁷. Deve ser-lhes permitido tomar conhecimento dos elementos de prova que constam do processo da Comissão, a fim de que se possam pronunciar de forma útil, com base nesses elementos, sobre as conclusões a que a Comissão chegou na comunicação de acusações¹⁴⁸. Assim, contribui-se igualmente para a igualdade de armas entre as empresas afectadas e a Comissão e, deste modo, em última análise, para um procedimento administrativo equitativo.

172. Não há dúvida de que isto se aplica, em primeira linha, aos documentos que teriam permitido à empresa afectada apresentar novos elementos no decurso do procedimento administrativo. Neste contexto, no acórdão Aalborg Portland, o Tribunal de Justiça refere-se a elementos «que não concordavam com as deduções feitas nessa fase pela Comissão e, conseqüentemente, teriam podido influenciar, de uma maneira ou de outra, as apreciações feitas por esta última na eventual decisão, pelo menos no que respeita à gravidade e à duração do comportamento que lhe era censurado, e, portanto, o nível da coíma»¹⁵¹.

171. Se os documentos de defesa não foram comunicados à empresa afectada, esta deve,

173. No entanto, não creio que do acórdão Aalborg Portland, assim como de outros acórdãos em que o Tribunal de Justiça utilizou

147 — Acórdãos Hercules (já referido na nota 138, n.º 76), Corus UK (já referido na nota 138, n.º 126), PVC II (já referido na nota 105, n.º 315) e de 10 de Maio de 2007, SGL Carbon/Comissão (C-328/05 P, Colect., p. I-3921, n.º 55).

148 — Acórdãos Hercules (já referido na nota 138, n.º 75), Corus UK (já referido na nota 138, n.º 125) e PVC II (já referido na nota 105, n.º 315).

149 — Acórdãos Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 74) e Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 23).

150 — Acórdãos PVC II (já referido na nota 105, n.º 318 e 324), Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 75) e Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 23).

151 — Acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 75); v., igualmente, acórdão Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 23 e n.º 28, *in fine*, onde foi declarado que a Comissão já havia atendido a determinados argumentos na decisão controvertida).

formulações semelhantes¹⁵², seja possível inferir uma restrição geral do objectivo do acesso ao processo à mera descoberta de novos elementos. Pelo contrário, já no acórdão Aalborg Portland, parece-me verificar-se uma certa abertura do Tribunal de Justiça a outros objectivos do acesso ao processo, nomeadamente, em especial com a formulação «teria podido influenciar, de uma maneira ou de outra»¹⁵³.

174. Como a Solvay observou correctamente, o objectivo do acesso ao processo não se esgota em permitir às empresas afectadas apresentar novos argumentos ou elementos no decurso do procedimento administrativo. Pelo contrário, o acesso ao processo tem igualmente um grande interesse prático, visto que permite à empresa afectada cruzar as suas alegações apresentadas no procedimento administrativo com as observações feitas por terceiros, como, por exemplo, clientes, fornecedores, concorrentes e associações. Em particular, a empresa afectada pode utilizar certas observações apresentadas por terceiros para melhor consolidar as suas posições perante a Comissão.

152 — V. o acórdão Corus UK (já referido na nota 138, n.º 134) invocado pela Comissão, bem como o acórdão Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 23 e n.º 28, *in fine*).

153 — Acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 75), recentemente confirmado pelo acórdão Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 23).

175. É evidente que as declarações produzidas pela empresa afectada perante a Comissão são susceptíveis de ter uma importância considerável quando se podem apoiar não só nos seus próprios documentos e conhecimentos internos ou em fontes de domínio público, mas também, para além disso, quando são confirmadas pelas observações apresentados por terceiros com interesses eventualmente opostos¹⁵⁴. Com efeito, no procedimento administrativo, não está apenas em causa que a empresa afectada apresente argumentos pertinentes, mas também que esta os apresente de forma circunstanciada e os demonstre suficientemente.

176. O Tribunal Geral não tem isto em conta quando refere, em várias passagens do acórdão recorrido, que a não divulgação de determinados documentos durante o procedimento administrativo não pode ter tido influência, em prejuízo da Solvay, na tramitação do procedimento e no conteúdo da decisão recorrida,

— visto que a empresa «não ignorava»¹⁵⁵ os elementos referidos nos documentos,

154 — Erradamente a Comissão apenas abordou este argumento central apresentado pela recorrente numa nota da sua contestação, não o considerando «válido».

155 — N.ºs 423 e 424 do acórdão recorrido.

— visto que a empresa estava em condições de fornecer, ela própria, determinadas informações¹⁵⁶, sem se basear nos documentos dos seus concorrentes¹⁵⁷,

— visto que a empresa já tinha desenvolvido determinados argumentos decorrentes dos documentos¹⁵⁸ ou

— visto que a Comissão já tinha sido informada da situação de facto resultante dos documentos¹⁵⁹.

177. O acesso ao processo deve permitir à empresa afectada *se defender melhor*¹⁶⁰, do que o que poderia ter feito pelos seus próprios meios. Através da sua concepção demasiado restritiva do objectivo do acesso ao processo, que não tem em conta os elementos¹⁶¹ acima referidos, o Tribunal Geral ignorou o alcance dos direitos de defesa no âmbito do procedimento administrativo, cometendo, por conseguinte, um erro de direito.

156 — N.º 427 do acórdão recorrido.

157 — N.º 442 do acórdão recorrido.

158 — N.º 432 do acórdão recorrido.

159 — N.º 440 do acórdão recorrido.

160 — Neste sentido, na sua jurisprudência relativa a processos de concorrência e anti-dumping, o Tribunal de Justiça sublinha que se verifica, desde logo, uma violação dos direitos de defesa sempre que a empresa em causa *poderia ter garantido melhor a sua defesa* se a irregularidade processual não tivesse existido (acórdãos Thyssen Stahl, já referido na nota 124, n.º 31, e de 1 de Outubro de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conselho, «Foshan», C-141/08 P, Colect., p. I-9147, n.º 94).

161 — V., *supra*, n.ºs 174, 175 e 177 destas conclusões.

ii) Segunda parte do quarto fundamento

178. Na segunda parte do quarto fundamento, a Solvay acusa o Tribunal Geral de ter imposto exigências excessivamente rigorosas para provar a existência de uma violação dos direitos de defesa. A recorrente remete a este respeito para algumas passagens do acórdão recorrido, em que o Tribunal Geral refere:

— a Solvay «não demonstrou que a não divulgação [de determinados documentos] tinha influenciado, em seu prejuízo, a tramitação do procedimento e o conteúdo da decisão recorrida»¹⁶², e

— os elementos apresentados pela Solvay na sequência da consulta do processo no Tribunal Geral não põem em causa a análise da Comissão na decisão controvertida¹⁶³.

179. Como alega correctamente a Solvay, o critério para a admissão de uma violação dos direitos de defesa causada por um erro procedimental no acesso ao processo não consiste na questão de saber se a não divulgação de um documento de defesa «influenciou», em prejuízo desta empresa, o desenrolar do

162 — N.º 441 do acórdão recorrido.

163 — N.º 428 do acórdão recorrido.

processo e o conteúdo da decisão da Comissão, mas sim se essa não divulgação «pôde influenciar» o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão¹⁶⁴.

180. A diferença entre as formulações «influenciou» e «pôde influenciar» pode parecer mínima à primeira vista. Há, por isso, a tentativa de desconsiderar a crítica formulada pela Solvay com o fundamento de que se trata de uma subtilidade semântica.

181. Na realidade, estas nuances linguísticas revelam, no entanto, que o Tribunal Geral adoptou critérios errados na análise da violação alegada pela Solvay dos seus direitos de defesa: este exigiu erradamente prova de que, com a divulgação dos documentos controvertidos, o procedimento administrativo teria culminado num resultado diferente¹⁶⁵. Para decidir correctamente, o Tribunal Geral deveria basear-se simplesmente na questão de saber se a empresa em causa demonstrou uma *possibilidade* – mesmo que reduzida – de que os documentos não facultados durante o procedimento administrativo podiam ter sido úteis à sua defesa¹⁶⁶. Com efeito, a empresa em causa não tem que demonstrar que, se tivesse acesso [aos] documentos não comunicados, a decisão da Comissão teria tido um conteúdo diferente¹⁶⁷.

182. Consequentemente, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao analisar os direitos de defesa.

183. Além disso, neste contexto, a Solvay invoca ainda a violação da presunção de inocência. Contudo, em meu entender, esta crítica é desprovida de qualquer conteúdo autónomo em relação à violação dos direitos de defesa, pelo que não aprofundarei a sua análise.

184. Por último, a Solvay considera a fundamentação do acórdão recorrido contraditória, visto que, inicialmente, o Tribunal Geral cita o critério de apreciação correcto («uma possibilidade, mesmo que reduzida, de o procedimento administrativo ter chegado a um resultado diferente»¹⁶⁸), ao passo que, posteriormente, adopta um critério mais rigoroso (a Solvay «não demonstrou que a não divulgação dos documentos [...] tinha influenciado, em seu prejuízo, a tramitação do procedimento e o conteúdo da decisão recorrida»¹⁶⁹ e não pôs «em causa a análise da Comissão na decisão recorrida»¹⁷⁰). Como foi, porém, acima demonstrado¹⁷¹, no caso das exigências relativas à prova da existência de uma violação dos direitos de defesa, está em causa uma questão de mérito e não de uma questão de fundamentação do acórdão recorrido. O Tribunal Geral pode ter cometido um erro de

164 — Acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 74).

165 — Acórdão Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 28).

166 — Acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 131).

167 — Acórdãos Hercules (já referido na nota 138, n.º 81), Corus UK (já referido na nota 138, n.º 128) e PVC II (já referido na nota 105, n.º 318).

168 — N.º 407 do acórdão recorrido.

169 — N.º 441 do acórdão recorrido.

170 — N.º 428 do acórdão recorrido.

171 — V., *supra*, n.º 180 destas conclusões.

direito relacionado com os direitos de defesa, contudo, daqui não resulta simultaneamente uma falta de fundamentação.

iii) Conclusão intermédia

185. Por conseguinte, o quarto fundamento é, em grande parte, procedente. O Tribunal Geral ignorou, por um lado, ao analisar a utilidade dos documentos não facultados durante o procedimento administrativo, o objectivo do acesso ao processo e, por outro, impôs exigências excessivas para provar a existência de uma violação dos direitos de defesa.

c) Quanto à perda de partes dos documentos dos autos (terceiro fundamento)

186. No terceiro fundamento discute-se a perda de partes dos documentos dos autos por parte da Comissão. Este fundamento dirige-se contra os n.ºs 465 a 482 do acórdão recorrido, em que o Tribunal Geral se ocupa da questão de saber se da falta de cinco pastas pode inferir-se uma violação dos direitos de defesa¹⁷², e se manifesta por uma resposta negativa a esta questão¹⁷³.

187. A recorrente tece várias críticas à passagem em causa do acórdão recorrido, à qual são dedicadas a totalidade das seis partes deste terceiro fundamento. Entre elas existem, todavia, diversas sobreposições. No essencial, está sempre em causa a mesma questão: o Tribunal Geral podia excluir a utilidade dos processos perdidos para a defesa da Solvay¹⁷⁴?

188. Eu partilho do entendimento da recorrente de que se deve responder a esta questão em sentido negativo.

189. Como ponto de partida do raciocínio deve considerar-se o facto de uma empresa, a qual foi ilegalmente recusado, no decurso do procedimento administrativo, o acesso a determinadas partes dos documentos dos autos, apenas ter de demonstrar perante o Tribunal Geral que poderia ter feito uso dos documentos em causa para a sua defesa¹⁷⁵. Basta que a empresa demonstre uma *possibilidade* – mesmo que reduzida – de que os documentos não facultados durante o procedimento administrativo podiam ter sido úteis à sua defesa¹⁷⁶.

174 — V., em especial, n.º 479 do acórdão recorrido.

175 — Acórdãos PVC II (já referido na nota 105, n.ºs 318 e 324), Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 75) e Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 23).

176 — Acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 131).

172 — N.º 465 do acórdão recorrido.

173 — N.ºs 481 e 482 do acórdão recorrido.

190. No caso vertente, é certo que a análise pelo Tribunal Geral da utilidade das partes dos documentos dos autos não facultadas à Solvay foi dificultada pelo facto de os documentos em causa se terem extraviado.

191. Não seria seguramente adequado considerar sempre, de forma automática, que as partes dos documentos dos autos perdidas poderiam ser úteis para a defesa da empresa afectada. Se, por exemplo, através de um índice elucidativo, for possível compreender de modo satisfatório que as partes em causa dos autos continham exclusivamente documentos, que estavam, de qualquer modo, subtraídos do acesso ao processo – como sucede, em especial, com os projectos de decisão e as notas internas da Comissão, mas pode também verificar-se em relação a outros documentos confidenciais¹⁷⁷ –, deve, portanto, excluir-se, desde o início, a existência de uma violação dos direitos de defesa.

192. No entanto, no caso vertente, não é de todo possível reconstruir o conteúdo das partes desaparecidas dos documentos dos autos¹⁷⁸. A jurisprudência ainda não esclareceu – tanto quanto é possível depreender – quem será prejudicado por esta circunstância. Efectivamente, os acórdãos proferidos até

ao momento diziam respeito a documentos relativos ao procedimento administrativo cujo conteúdo estava determinado e era verificável pelo Tribunal Geral¹⁷⁹.

193. Em princípio, é sobre a empresa afectada que recai o ónus de alegar e provar que as partes dos documentos dos autos, cujo acesso lhe foi ilegalmente impedido no decurso do procedimento administrativo, poderiam ter sido úteis à sua defesa¹⁸⁰. No entanto, isto só é válido, na medida em que a empresa disponha de, pelo menos, elementos elucidativos quanto aos autores, bem como quanto à natureza e ao conteúdo dos documentos que lhe foram ocultados.

194. Em contrapartida, a Comissão é responsável pela impossibilidade de localização de partes dos documentos dos autos. De acordo com o princípio da boa administração, a Comissão tem a obrigação, nomeadamente, de conduzir correctamente o processo e guardá-lo em segurança. A correcta administração do processo inclui igualmente a criação de um índice elucidativo com vista à posterior concessão de acesso ao processo.

195. Se o conteúdo das partes dos documentos dos autos perdidas – como no caso vertente – não puder ser reconstruído com rigor por falta desse índice, isto aponta para uma

177 — Acórdãos Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.º 68) e Knauf Gips (já referido na nota 135, n.º 22).

178 — N.º 464 do acórdão recorrido.

179 — V., em especial, acórdãos PVC II (já referido na nota 105), Aalborg Portland (já referido na nota 35), Corus UK (já referido na nota 138) e Knauf Gips (já referido na nota 135).

180 — Acórdãos PVC II (já referido na nota 105, n.ºs 318 e 324), Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.ºs 74, 75 e 131) e Knauf Gips (já referido na nota 135, n.ºs 23 e 24).

única conclusão no que diz respeito aos direitos de defesa: não é possível excluir que a empresa em causa poderia ter utilizado para sua defesa os documentos extraviados.

196. Não obstante, o acórdão recorrido considera precisamente o contrário: segundo o Tribunal Geral, pode excluir-se a possibilidade de que a Solvay viesse a encontrar documentos úteis à sua defesa nas partes dos autos em falta¹⁸¹.

197. O Tribunal Geral fundamenta a sua tese afirmando que todas as acusações relativas ao mérito formuladas pela Solvay contra a decisão recorrida («acusações de fundo») devem ser consideradas improcedentes¹⁸². A apreciação da utilidade das partes dos documentos dos autos desaparecidas para a defesa da Solvay está, portanto, ligada à procedência das suas objecções colocadas à declaração de abuso de posição dominante¹⁸³. Dito de outro modo: o Tribunal Geral parece supor que quem até ao momento tinha cartas más, também não teria encontrado quaisquer trunfos nas restantes partes dos documentos dos autos.

198. Esta abordagem é juridicamente errada. É certo que a violação dos direitos de defesa deve ser examinada em função das circunstâncias específicas de cada caso concreto. No entanto, este exame deve efectuar-se à luz

daquilo que a Comissão censura à empresa em causa, isto é, das acusações que a Comissão formula contra a empresa¹⁸⁴. A empresa deve, por conseguinte, defender-se destas «acusações» formuladas pela Comissão. Em contrapartida, é totalmente irrelevante a questão de saber quais as acusações de fundo que a empresa, por sua vez, formulou até ao momento contra a decisão controvertida e se essas acusações são procedentes.

199. O Tribunal Geral subordina erradamente a utilidade dos documentos desaparecidos para a Solvay à questão de saber se a argumentação apresentada até agora pela empresa «é inoperante»¹⁸⁵ ou «não tem suporte nos factos»¹⁸⁶, se a Solvay contestou certas afirmações feitas pela Comissão¹⁸⁷ e se não prestou determinados esclarecimentos até ao momento¹⁸⁸.

200. O correcto teria sido interrogar apenas se as partes dos documentos dos autos extraviadas continham eventualmente informações que teriam permitido à Solvay consolidar melhor a sua argumentação precedente contra a decisão controvertida ou apresentar argumentos totalmente novos.

181 — N.º 479 do acórdão recorrido.

182 — N.ºs 469 a 478 do acórdão recorrido.

183 — N.º 468 do acórdão recorrido.

184 — Acórdão Aalborg Portland (já referido na nota 35, n.ºs 127, 128 e 131).

185 — N.ºs 470, 475 e 480 do acórdão recorrido.

186 — N.º 478 do acórdão recorrido.

187 — N.ºs 472, 474, 477 e 478 do acórdão recorrido.

188 — N.º 476 do acórdão recorrido.

201. O Tribunal Geral afasta esta questão ao atribuir especial importância às provas disponíveis apresentadas pela Comissão relativamente à existência de uma posição dominante e do seu abuso¹⁸⁹. No entanto, nesta matéria, o Tribunal Geral não toma praticamente em consideração o facto de que as partes dos documentos dos autos perdidos poderiam conter informações susceptíveis de pôr em causa essa base probatória ou, em todo o caso, de lhe dar uma perspectiva diferente. A Solvay fez referência, com razão, a este aspecto.

202. Em primeiro lugar, neste contexto, é relevante o facto de as quotas de mercado elevadas constituírem, efectivamente, *prima facie*, prova da existência de uma posição dominante da Solvay. Contudo, como o próprio Tribunal Geral reconhece¹⁹⁰, isto é válido salvo existência de circunstâncias excepcionais¹⁹¹. O Tribunal Geral não explica por que razão, porém, a própria Solvay devia ter conhecimento de todas as eventuais circunstâncias excepcionais, de modo que dos documentos perdidos não se poderia inferir qualquer elemento novo para a sua defesa¹⁹². As observações apresentadas por terceiros podem igualmente revelar informações úteis a respeito das quotas de mercado, do poder dos concorrentes e da dimensão de um

eventualmente existente poder de compensação dos clientes da empresa em causa¹⁹³.

203. Em segundo lugar, importa recordar que o carácter abusivo de determinadas práticas imputadas à Solvay – como, por exemplo, os descontos por ela concedidos – resulta, de facto, «de provas documentais directas»¹⁹⁴. Em oposição a esta aparência inicial, pode, todavia, negar-se a existência de um abuso quando surjam indícios no sentido da existência de uma justificação económica objectiva¹⁹⁵. Esses indícios não têm necessariamente de derivar da esfera da empresa em posição dominante, podendo ser igualmente fornecidos por terceiros, como, por exemplo, por clientes da empresa afectada. Por conseguinte, não é de excluir que estes indícios poderiam ter resultado das partes dos documentos dos autos desaparecidas¹⁹⁶.

204. Ao contrário do que sustenta o Tribunal Geral, não incumbia à Solvay demonstrar de que forma exactamente se poderiam inferir elementos a seu favor das partes dos documentos dos autos perdidos. Era impossível reconstruir perante o Tribunal Geral o conteúdo destes documentos e o impossível não se pode exigir a ninguém. As consequências

189 — N.ºs 470 a 478 do acórdão recorrido.

190 — N.º 470 do acórdão recorrido.

191 — V., a este respeito, igualmente *supra* n.ºs 50 a 53 e 57 a 62 destas conclusões.

192 — No mesmo sentido, também o Tribunal Geral no n.º 470 do acórdão recorrido.

193 — É interessante notar que a própria Comissão parece partir do princípio de que pelo menos algumas das pastas em falta continham «correspondência trocada nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17», ou seja, pedidos de informações da Comissão dirigidos a diferentes empresas e as suas respostas (v. n.º 66 do acórdão recorrido).

194 — V., em especial, n.ºs 473 e 476 do acórdão recorrido.

195 — V., a este respeito, *supra* o n.º 77 destas conclusões e a jurisprudência referida na nota 65.

196 — V., a este respeito, novamente a informação contida na nota 193.

decorrentes desta impossibilidade não podiam igualmente ser imputadas à Solvay, sendo antes responsável pelo desaparecimento dos documentos em causa a Comissão¹⁹⁷. A conclusão recorrente do Tribunal Geral, de que a Solvay deveria ter demonstrado de forma circunstanciada a utilidade para a sua defesa dos documentos perdidos¹⁹⁸, era, por isso, juridicamente errada.

205. Tudo ponderado, o Tribunal Geral adoptou critérios errados ao analisar a questão de saber se os documentos do processo extraviados podiam ser úteis para a defesa da Solvay. O Tribunal Geral ignorou as exigências decorrentes, a este respeito, dos direitos de defesa. Consequentemente, o terceiro fundamento é procedente.

206. A violação da presunção de inocência alegada igualmente neste contexto pela Solvay é desprovida de qualquer conteúdo autónomo, que ultrapasse as questões debatidas a respeito do ónus de alegação e da prova no quadro dos direitos de defesa. Por conseguinte, é desnecessário abordar separadamente essa violação.

197 — V., *supra*, n.º 194 destas conclusões.

198 — V., por exemplo, n.º 473 («a recorrente deve indicar»), n.º 474 («a recorrente deveria ter indicado») e n.º 476 do acórdão recorrido («a recorrente não explicou»).

2. Quanto ao direito a ser ouvido (quinto fundamento)

207. Com o seu quinto fundamento, a Solvay impugna a matéria dos n.ºs 184 a 193 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral chega à conclusão de que a Comissão não estava obrigada a ouvir novamente a empresa antes de adoptar a decisão controvertida¹⁹⁹. Em contrapartida, a Solvay considera que, em 2000, no decurso do procedimento administrativo deveria ter havido lugar a uma audição, visto que a primeira decisão de aplicação da coima (Decisão 91/299) — anulada pelo Tribunal Geral — não só foi erradamente autenticada, como foi, além disso, igualmente adoptada sem a necessária concessão de acesso ao processo.

a) Primeira parte do quinto fundamento

208. Na primeira parte deste fundamento, a Solvay alega uma violação do dever de fundamentação de acordo com o disposto no artigo 36.º, em conjugação com o artigo 53.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça. O acórdão recorrido não se debruça sobre a questão de saber se o vício processual existente no procedimento administrativo tendo em conta o acesso ao processo teria exigido uma nova audição. Por conseguinte, o Tribunal Geral

199 — V., em especial, n.º 191 do acórdão recorrido.

não analisa a crítica formulada pela Solvay em primeira instância.

209. Esta argumentação deve ser rejeitada. O Tribunal Geral abordou, ainda que apenas numa frase, a exigência de uma nova audição devido ao vício processual precedente ocorrido no acesso ao processo: para responder a esta questão, o Tribunal Geral remeteu para as suas considerações tecidas ao propósito do acesso ao processo²⁰⁰. Do ponto de vista do Tribunal Geral, esta abordagem era lógica e coerente, já que o mesmo partia do princípio de que a Comissão não violou os direitos de defesa no que se refere à falta de acesso ao processo²⁰¹. De acordo com a solução proposta no acórdão recorrido, era, por isso, igualmente desnecessária uma nova audição da Solvay.

210. Portanto, as considerações tecidas pelo Tribunal Geral a respeito do direito a ser ouvido estão suficientemente fundamentadas. A questão de saber se estas não enfermam igualmente, quanto ao mérito, de erros de direito é objecto da segunda parte do quinto fundamento, que passo agora a analisar.

b) Segunda parte do quinto fundamento

211. Na segunda parte do quinto fundamento, a Solvay analisa quanto ao mérito

a questão de saber se os vícios processuais ocorridos em 1990 no acesso ao processo exigiam posteriormente – antes da adopção da segunda decisão de aplicação da coima aqui controvertida (Decisão 2003/6) em 2000 – uma nova audição da empresa.

212. A Solvay invoca, em particular, a violação do seu direito a ser ouvida e, em geral, dos seus direitos de defesa. A recorrente alega igualmente a violação dos artigos 47.º, n.º 2, 48.º e 52.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais, do artigo 6.º da CEDH e do artigo 6.º, n.º 1, TUE, do princípio da boa administração, bem como do artigo 266.º TFUE (ex-artigo 233.º CE). A todas estas alegações é comum a acusação de que o Tribunal Geral ignorou a necessidade de uma nova audição da Solvay pela Comissão.

213. O direito a ser ouvido faz parte dos direitos de defesa a observar num procedimento administrativo em matéria de concorrência. O direito a ser ouvido traduz-se no facto de a empresa que é objecto de uma investigação [ter] a possibilidade de, durante o procedimento administrativo, dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos alegados e sobre os

200 — N.º 192 do acórdão recorrido.

201 — V., a este respeito, *supra* n.ºs 156 a 206 destas conclusões.

documentos considerados pela Comissão²⁰². A nível da lei ordinária, à data da adopção da decisão controvertida, este princípio encontrava-se consagrado no artigo 19.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17²⁰³.

214. No caso vertente, é pacífico que, em 1990 – no processo que conduziu à adopção da primeira decisão de aplicação da coima (Decisão 91/299) –, a Solvay foi ouvida pela Comissão com base numa comunicação de acusações. O objecto do litígio consiste apenas na questão de saber se as medidas a tomar pela Comissão nos termos do disposto no artigo 233.º CE (actual artigo 266.º TFUE) após a anulação dessa primeira decisão de aplicação da coima incluíam uma nova audição.

215. No quadro de um procedimento administrativo em matéria de concorrência ao abrigo do Regulamento n.º 17, do artigo 233.º CE não resulta necessariamente o dever por parte da Comissão de rever o caso na sua totalidade. Pelo contrário, a Comissão pode retomar o processo no ponto em que os órgãos jurisdicionais da União constataram a existência de uma irregularidade processual. Caso os actos processuais adoptados

anteriormente à ocorrência da irregularidade processual tenham sido legais, estes não necessitam de ser repetidos.

216. No processo PVC, no qual foi anulada uma primeira decisão da Comissão com fundamento em vício de forma aquando da sua adopção definitiva pelo colégio dos comissários, o Tribunal de Justiça admitiu que a Comissão adoptasse uma segunda decisão de teor essencialmente idêntico sem uma nova audição das empresas em causa²⁰⁴. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral apoiou-se nesta jurisprudência para justificar o facto de também no caso vertente não ter sido necessário ouvir novamente a Solvay²⁰⁵.

217. À primeira vista, o processo PVC e o caso vertente parecem ser, de facto, idênticos. Efectivamente, a primeira decisão de aplicação da coima da Comissão (Decisão 91/299) foi, também no caso em apreço, anulada com fundamento em vício de forma no fim do procedimento administrativo, mais precisamente, aquando da autenticação da decisão.

218. No entanto, numa análise mais aprofundada, tornar-se evidente uma diferença crucial. Ao contrário do processo PVC, o procedimento administrativo no caso vertente padecia ainda de outro vício grave, que ocorreu muito antes da fase da adopção definitiva

202 — Acórdãos de 25 de Janeiro de 2007, Dalmine/Comissão (C-407/04 P, Colect., p. I-829, n.º 44), e SGL Carbon/Comissão (já referido na nota 147, n.º 71); v., além disso, acórdãos de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 10), Michelin I (já referido na nota 60, n.º 7), PVC II (já referido na nota 105, n.º 85) e Impala (já referido na nota 52, n.º 61); no mesmo sentido – noutras áreas do direito – acórdãos de 24 de Outubro de 1996, Comissão/Lisrestal e o. (C-32/95 P, Colect., p. I-5373, n.º 21), de 3 de Setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, Colect., p. I-6351, em especial, n.º 348), e Foshan (já referido na nota 160, n.º 83).

203 — Actualmente está em vigor o artigo 27.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 1/2003.

204 — Acórdão PVC II (já referido na nota 105, em especial, n.º 88).

205 — V., em especial, n.ºs 184 e 185 do acórdão recorrido.

e da autenticação da decisão de aplicação da coima: não foi concedido qualquer acesso ao processo em conformidade com as exigências legais à empresa em causa, a Solvay²⁰⁶.

219. De facto, nos seus acórdãos relativos à primeira decisão de aplicação da coima (Decisão 91/299)²⁰⁷, os órgãos jurisdicionais da União não se pronunciaram sobre o direito de acesso ao processo, nem sobre os direitos de defesa, restringindo-se antes unicamente à discussão da problemática da autenticação. Contudo, daqui não se pode concluir que os órgãos jurisdicionais da União tenham confirmado a regularidade do procedimento administrativo tendo em conta o acesso ao processo e aos direitos de defesa.

220. Pelo contrário, no que se refere à Decisão 91/297 que remonta ao mesmo procedimento administrativo em matéria de concorrência da Decisão 91/299, o Tribunal Geral declarou a existência de uma violação dos direitos de defesa com base no acesso incompleto ao processo²⁰⁸. De resto, a Comissão

desenvolveu, já desde 1982, uma prática clara em relação à concessão de acesso ao processo²⁰⁹.

221. Deve concordar-se com a Comissão quanto ao facto de os diferentes acórdãos do Tribunal Geral de 29 de Junho de 1995 não terem fornecido quaisquer sinais uniformes a respeito dos objectivos e do alcance do acesso a conceder ao processo²¹⁰. No entanto, todas as eventuais dúvidas existentes a este respeito tinham sido há muito eliminadas aquando, pelo menos, da adopção da segunda decisão de aplicação da coima aqui controvertida em 2000²¹¹.

222. Nestas circunstâncias, após a anulação da primeira decisão de aplicação da coima, a Comissão deveria, no caso em apreço, ter retomado o procedimento administrativo na fase imediatamente após à notificação da comunicação de acusações. A Comissão deveria ter concedido à Solvay acesso pleno ao

206 — V., a este respeito, n.ºs 453 a 456 do acórdão recorrido, bem como n.ºs 154 e 157 destas conclusões.

207 — V., a este respeito, as indicações constantes da nota 11.

208 — Acórdãos Solvay/Comissão (T-30/91, já referido na nota 138, em especial, n.ºs 99, 103 e 104) e ICI/Comissão (T-36/91, já referido na nota 138, em especial, n.ºs 109, 113 e 118). Estes acórdãos foram proferidos no mesmo dia que o acórdão no processo T-32/91 (já referido na nota 11), mediante o qual o Tribunal Geral anulou a Decisão 91/299 com fundamento numa autenticação irregular.

209 — V., a este respeito, a publicação no XII Relatório sobre a Política de Concorrência da Comissão (1982), pp. 40 e 41 (do qual se reproduz um extracto no n.º 452 do acórdão recorrido).

210 — V., em especial, o acórdão do Tribunal Geral de 29 de Junho de 1995, ICI/Comissão (T-37/91, Colect., p. II-1901, n.ºs 61 a 66 e 73), que nega a existência de uma violação dos direitos de defesa.

211 — V., por um lado, o acórdão Hercules proferido em 1999 (já referido na nota 138, n.ºs 75 e 76) e, por outro, o compromisso assumido pela Comissão relativo à concessão de acesso ao processo publicado já em 1997 («Comunicação da Comissão relativa às regras de procedimento interno para o tratamento dos pedidos de consulta do processo nos casos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, dos artigos 65.º e 66.º do Tratado CECA e do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho», JO C 23, p. 3).

processo em conformidade com o disposto na lei e ter ouvido, nessa base, novamente a empresa.

223. A circunstância de a segunda decisão de aplicação da coima aqui controvertida (Decisão 2003/6) não ter tido por base quaisquer outras acusações em nada afecta o dever da Comissão de proceder a uma nova audição após conceder acesso ao processo²¹². Embora a Solvay já tivesse tido oportunidade, em 1990, de se pronunciar sobre o conjunto de acusações em que a Comissão fundamentou tanto a sua primeira, como a sua segunda decisão de aplicação da coima, esta empresa teve, porém, de o fazer com base num conhecimento muito fragmentário do processo, dado que apenas lhe foram apresentados documentos acusatórios²¹³.

224. O direito a ser ouvido não se esgota num direito de apresentar observações em relação ao conjunto de acusações da Comissão. Pelo contrário, a empresa em causa deve ter a possibilidade de expor o seu ponto de vista com pleno conhecimento de todas as partes dos documentos dos autos facultadas legalmente. Caso contrário, num processo em matéria de concorrência, os direitos de defesa ficariam privados de uma boa parte da sua eficácia.

225. A oportunidade de apresentar observações tem um valor completamente diferente

quando a empresa em causa teve previamente o devido acesso ao processo. Em particular, é evidente que uma empresa, à qual tenha sido facultado acesso não só aos documentos de acusação, mas também aos de defesa, se pode defender de uma forma mais eficaz das acusações formuladas pela Comissão, do que uma empresa à qual foi exclusivamente apresentado material acusatório.

226. Por conseguinte, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito tendo em conta o direito a ser ouvido ao não ter considerado necessária uma nova audição da Solvay pela Comissão. Terminam aqui, finalmente, os erros de direito de que padece o acórdão recorrido no contexto do direito de acesso ao processo²¹⁴.

227. No que respeita ao princípio da boa administração invocado de igual modo pela Solvay, não há necessidade de se aprofundar aqui esta questão, uma vez que a argumentação baseada neste princípio é desprovida de qualquer conteúdo autónomo em relação à argumentação relativa aos direitos de defesa e ao direito a ser ouvido. Tão-pouco é necessário abordar, como já foi referido²¹⁵, o artigo 6.º da CEDH e o artigo 6.º, n.º 1, TUE.

212 — N.ºs 42, 186 e 190 do acórdão recorrido.

213 — N.ºs 24, 450 e 451 do acórdão recorrido.

214 — V., a este respeito, *supra* n.ºs 156 a 205 destas conclusões.

215 — V., a este respeito, *supra* n.º 160 destas conclusões.

c) Conclusão intermédia

228. Em suma, a segunda parte do quinto fundamento deve, por conseguinte, ser acolhida.

D – Quanto ao direito a ser julgado num prazo razoável (primeiro fundamento)

229. No seu primeiro fundamento, que se dirige contra os n.ºs 119 a 142 do acórdão recorrido, a Solvay invoca a violação de seu direito a ser julgada num prazo razoável. Este direito fundamental é reconhecido, por jurisprudência do Tribunal de Justiça, como um princípio geral do direito da União tanto relativamente ao procedimento administrativo perante a Comissão, como aos processos judiciais perante os órgãos jurisdicionais da União²¹⁶. Este princípio foi, entretanto, igualmente consagrado nos artigos 41.º, n.º 1 e 47.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais.

230. Ainda que os órgãos jurisdicionais da União já se tenham ocupado, em diversas

ocasiões, da problemática do prazo razoável em processos em matéria de concorrência, as questões jurídicas suscitadas pela Solvay parecem-me revestir uma importância especial. Por um lado, estas dizem respeito a uma situação em que a duração total do processo, tendo em conta todas as etapas das fases administrativa e judicial do processo, foi, de forma indiscutível, particularmente longa. Por outro, estas críticas foram apresentadas na sequência da entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 1 de Dezembro de 2009, mediante o qual a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia se tornou vinculativa juridicamente (artigo 6.º, n.º 1, TUE).

231. O primeiro fundamento divide-se, no total, em cinco partes dedicadas, umas, à avaliação da duração do processo (v., ponto 1, *infra*) e, outras, às consequências jurídicas de uma duração excessiva do processo (v., ponto 2, *infra*).

1. Critérios de avaliação da duração do processo (primeira e segunda partes do primeiro fundamento)

216 — Acórdão PVC II (já referido na nota 105, n.º 179). Quanto à aplicação deste princípio, em especial, nos processos judiciais, v., além disso, acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão («Baustahlgewebe», C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 21), Thyssen Stahl (já referido na nota 124, n.º 154), Sumitomo (já referido na nota 29, n.º 115) e de 16 de Julho de 2009, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Comissão («Der Grüne Punkt», C-385/07 P, Colect., p. I-6155, n.ºs 177 a 179); quanto à aplicação do mesmo princípio num procedimento administrativo, v. acórdãos de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão («FEG», C-105/04 P, Colect., p. I-8725, n.ºs 35 a 52) e Technische Unie/Comissão («TU», C-113/04 P, Colect., p. I-8831, n.ºs 40 a 57).

232. Os critérios jurídicos de avaliação da duração do processo são objecto das duas primeiras partes do primeiro fundamento.

a) Quanto à questão prévia da ineficácia das críticas formuladas pela Solvay

e quinta partes do primeiro fundamento são dedicadas, em especial, às consequências jurídicas.

233. Ao contrário do que sustenta a Comissão, as críticas formuladas pela Solvay a respeito da duração do processo não são, de modo algum, «em grande parte inoperantes». É certo que uma eventual anulação do acórdão recorrido pressupõe ainda uma outra reflexão: considerações a respeito das sanções relativas a uma duração excessiva do processo. Não obstante, a discussão da duração do processo é, por si só, essencial²¹⁷, pois o direito a ser julgado num prazo razoável não pode, à partida, ser considerado violado, sem a determinação da duração excessiva do processo. Os critérios adoptados pelo Tribunal Geral na sua avaliação da duração do processo não podem ser subtraídos a todos os controlos jurisdicionais por parte do Tribunal de Justiça em sede de recurso.

235. Neste contexto, deve rejeitar-se a objecção de ineficácia suscitada pela Comissão.

b) Quanto à necessidade de uma apreciação global da duração do processo (primeira parte do primeiro fundamento)

234. Quanto muito, as críticas feitas pela Solvay relativamente à duração do processo seriam inoperantes se a recorrente as tivesse formulado separadamente das críticas relativas às consequências jurídicas de uma duração excessiva do processo. Contudo, esta não é a situação do caso vertente. Pelo contrário, o acórdão recorrido é impugnado sob ambos os pontos de vista, pelo que a terceira, quarta

236. Na primeira parte do primeiro fundamento, a Solvay acusa o Tribunal Geral de, ao avaliar a duração do processo, ter apenas isoladamente em conta as diferentes etapas da fase administrativa e judicial, sem, no entanto, apreciar na sua globalidade o processo em curso desde as buscas realizadas em Abril de 1989.

237. O carácter razoável da duração do processo deve ser apreciado em função das circunstâncias próprias de cada processo e, designadamente, da importância do litígio para o interessado, da complexidade do processo, bem como do comportamento do requerente

217 — No mesmo sentido, igualmente acórdão PVC II (já referido na nota 105, n.ºs 176 a 178); no acórdão Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.ºs 176 a 196), o Tribunal de Justiça examinou a duração do processo igualmente quanto à sua razoabilidade, apesar de não ter sido identificável qualquer influência na solução do litígio.

e das autoridades competentes²¹⁸. A este respeito, o Tribunal de Justiça precisou que a lista dos critérios relevantes não é exaustiva²¹⁹.

238. Não existe qualquer dúvida de que faz parte de uma avaliação adequada da duração do processo que o Tribunal Geral submeta a duração de cada etapa do mesmo a uma apreciação distinta²²⁰. Na hipótese de alguma etapa do processo ter tido uma duração excessiva, esta circunstância justifica, por si só, desde logo, a declaração da existência de uma violação do direito a ser julgado num prazo razoável²²¹.

239. Porém, de uma avaliação adequada da duração do processo faz parte não só essa apreciação «paulatina», como também uma apreciação global da duração do

procedimento administrativo e do eventual processo judicial²²².

240. Não é possível objectar contra a exigência de uma apreciação global que as fases administrativa e judicial do processo têm uma natureza distinta e que os requisitos a cumprir pela administração ou pelo Tribunal Geral estão consagrados em partes diferentes da Carta dos Direitos Fundamentais. Do ponto de vista da empresa em causa, o importante consiste apenas em apurar o momento em que o seu «processo» é decidido de forma definitiva e por uma instituição imparcial. Os artigos 41.º, n.º 1 e 47.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais contêm simplesmente duas formas de exprimir um mesmo princípio de direito processual, nomeadamente, de que os sujeitos de direito têm a legítima expectativa de que a sua causa seja julgada num prazo razoável.

241. De facto, em regra, não se deve considerar a existência de uma violação do direito a ser julgado num prazo razoável se nenhuma

218 — Acórdãos Baustahlgewebe (já referido na nota 216, n.º 29), PVC II (já referido na nota 105, n.º 187), Thyssen Stahl (já referido na nota 124, n.º 155), Sumitomo (já referido na nota 29, n.º 116) e Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.º 181).

219 — Acórdãos Thyssen Stahl (já referido na nota 124, n.º 156), Sumitomo (já referido na nota 29, n.º 117) e Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.º 182); v., igualmente, acórdão PVC II (já referido na nota 105, n.º 188).

220 — V., neste sentido, acórdão PVC II (já referido na nota 105, n.º 184), bem como os acórdãos referidos na nota 216: FEG (em especial, n.ºs 37, 38 e 40) e TU (em especial, n.ºs 42, 43 e 45).

221 — Tal não afecta a questão de saber quais as consequências a retirar dessa violação das regras processuais; v., a este respeito, *infra* n.ºs 248 a 281 e 323 a 356 destas conclusões.

222 — Embora o Tribunal de Justiça não tenha esclarecido, de forma definitiva, este ponto no acórdão PVC II (já referido na nota 105, n.ºs 229 e 230), a jurisprudência do TEDH não deixa qualquer dúvida quanto à relevância de uma apreciação global da duração do processo. V., a este respeito, em especial, o acórdão Eckle c. Alemanha de 15 de Julho de 1982 (série A, n.º 51, petição n.º 8130/78); neste acórdão, o TEDH tem em conta o período sobre o qual se estendem, na sua totalidade, os processos em causa (§§ 79, 80), e refere que a duração do processo abrange a totalidade do mesmo, incluindo as instâncias de recurso («couvre l'ensemble de la procédure en cause, y compris les instances de recours», § 76). No acórdão Gorou c. Grécia (n.º 2, Grande Secção) de 20 de Março de 2009 (petição n.º 12686/03, § 46), foi considerada a existência de uma violação do artigo 6.º da CEDH devido à duração do processo na sua totalidade («durée de la procédure dans son ensemble»); em sentido análogo, o acórdão Kakamoukas e o. c. Grécia (Grande Secção) de 15 de Fevereiro de 2008 (petição n.º 38311/02, § 32), o qual se baseia no cálculo da duração total dos processos controvertidos («calcul de la durée totale des procédures litigieuses»).

das diferentes etapas das fases administrativa e judicial do processo, em si mesma, teve uma duração excessiva. Porém, quantas mais etapas apresentar o processo na sua totalidade – constituído por uma ou várias fases administrativas e/ou judiciais –, maior é a importância de uma apreciação da sua duração total.

fases administrativa e judicial do mesmo até à prolação do acórdão recorrido. Uma vez que o Tribunal Geral não procedeu a uma apreciação global neste sentido, o acórdão recorrido padece de um erro de direito. Por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento é procedente.

242. No caso vertente, a uma primeira parte do procedimento administrativo (de 1989 a 1990) e a um primeiro processo judicial (de 1991 a 2000) seguiu-se uma – ainda que rudimentar – segunda parte do procedimento administrativo (2000), bem como um segundo processo judicial (desde Março de 2001)²²³. Na data em que o acórdão recorrido foi proferido, a duração total de todas estas etapas do processo contava já com mais de 20 anos. Actualmente, decorreram já 22 anos. Dificilmente um outro processo em matéria de direito da concorrência europeu terá durado tanto tempo²²⁴.

c) Quanto à alegada falta de fundamentação (segunda parte do primeiro fundamento)

244. A Solvay alega ainda uma falta de fundamentação (artigo 36.º em conjugação com o artigo 53.º, n.º 1, [do Estatuto do Tribunal de Justiça]), visto que o Tribunal Geral não incluiu as etapas por si realizadas na sua análise da duração do processo.

243. Nestas condições, seria impossível existir uma apreciação adequada da duração do processo sem a inclusão da duração total das

245. Na realidade, o Tribunal Geral não fez qualquer referência à duração da etapa do processo por si conduzida (processo T-57/01). No entanto, é preciso ter presente que a fundamentação de um acórdão da primeira instância pode, portanto, ser implícita, na condição de permitir aos interessados conhecerem as razões por que o Tribunal Geral não acolheu os respectivos argumentos e ao

223 — V., a este respeito, o calendário dos factos no n.º 11 destas conclusões.

224 — No entanto, a duração total do processo PVC aproximou-se muito da do caso vertente, se se pensar que as primeiras inspecções efectuadas pela Comissão tiveram lugar em Outubro de 1983 (v. acórdão do Tribunal Geral de 20 de Abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./ Comissão*, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, *Colect.*, p. II-931, n.º 1) e a última decisão judicial (acórdão PVC II, já referido na nota 105) foi proferida em Outubro de 2002.

Tribunal de Justiça dispor dos elementos suficientes para exercer a sua fiscalização²²⁵.

consequências jurídicas decorrentes do eventual excesso de uma duração razoável das fases administrativa e judicial do processo.

246. No caso em apreço, o Tribunal Geral partiu do princípio de que à anulação da decisão controvertida apenas podia conduzir não a duração do processo, mas sim a violação – causada pela duração do processo – dos direitos de defesa. Uma vez que, segundo o Tribunal Geral, não se verificava qualquer violação dos direitos de defesa, pôde dispensar-se, no acórdão recorrido, uma apreciação expressa dos argumentos apresentados pela Solvay quanto à duração do processo no Tribunal Geral. Nesta medida, não se verifica qualquer falta de fundamentação.

a) Exigência de um prejuízo para os direitos de defesa (terceira parte do primeiro fundamento)

247. Nestas circunstâncias, a segunda parte do primeiro fundamento não pode ser acolhida.

249. No âmbito da terceira parte do primeiro fundamento coloca-se uma questão de direito fundamental. As partes discordam quanto à questão de saber se a eventual violação do direito fundamental a ser julgado num prazo razoável justifica, por si só, desde logo a anulação da decisão controvertida ou se é necessário demonstrar, adicionalmente, a existência de um prejuízo para as possibilidades de defesa da empresa em causa²²⁶.

2. Consequências jurídicas decorrentes de um processo excessivamente longo (terceira a quinta partes do primeiro fundamento)

250. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que uma duração excessiva do procedimento administrativo apenas pode conduzir à anulação de uma decisão adoptada pela Comissão, quando se demonstre que essa duração prejudicou as possibilidades de defesa da empresa em causa²²⁷. Esta abordagem está em conformidade com a jurisprudência hoje bem estabelecida do Tribunal de Justiça, que se baseia, de modo geral, na

248. Na terceira a quinta partes do primeiro fundamento, a Solvay dedica-se às

226 — Ainda que esta controvérsia se discuta igualmente em outras partes do primeiro fundamento, examinarei os argumentos trocados a este respeito apenas no âmbito desta terceira parte do primeiro fundamento.

227 — N.º 132 do acórdão recorrido; v., igualmente, n.ºs 139 a 141 desse acórdão.

225 — V., *supra*, n.º 35 e nota 30 destas conclusões.

questão de saber se a duração de um processo pode ter influência sobre o seu resultado²²⁸.

251. No entanto, a Solvay considera que esta jurisprudência está desatualizada e convida o Tribunal de Justiça a reapreciá-la no quadro do carácter juridicamente vinculativo da Carta dos Direitos Fundamentais desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

252. O disposto no artigo 52.º, n.º 3, da Carta reveste uma importância particular neste contexto. No seu primeiro período, esta disposição contém uma cláusula de homogeneidade, segundo a qual os direitos fundamentais da Carta, correspondentes aos garantidos pela CEDH, têm o mesmo sentido e âmbito dos direitos conferidos por essa Convenção.

253. É certo que o direito fundamental da União de ser julgado num prazo razoável previsto nos termos dos artigos 41.º, n.º 1 e 47.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais se inspira na disposição do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH²²⁹. Contrariamente ao que a Solvay sustenta, o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH não exige, todavia, de acordo com a sua interpretação actual desenvolvida pelo TEDH, a anulação de uma decisão de aplicação da coima em matéria de direito da concorrência apenas com fundamento no excesso do prazo razoável para ser julgado, não exige o arquivamento do procedimento administrativo.

254. Em termos gerais, como a Comissão acertadamente indicou, a CEDH deixa aos seus Estados contratantes uma certa margem de apreciação quanto à forma de eliminar eventuais violações dos direitos fundamentais²³⁰.

255. Além disso, da jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH pode deduzir-se que a revogação integral de sanções penais e o arquivamento dos respectivos processos constituem apenas uma forma possível de reparação, na acepção do artigo 41.º da CEDH, no caso de violação de um direito fundamental através da duração excessiva do processo²³¹. Não se trata aqui de qualquer *obrigação* por parte das autoridades nacionais de revogar as sanções e arquivar o processo. Pelo contrário, o TEDH admite expressamente, de igual modo, a redução da sanção

228 — Acórdãos Baustahlgewebe (já referido na nota 216, n.º 49) e Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.º 193); em particular, quanto à conexão com os direitos de defesa, v. acórdãos FEG (já referido na nota 216, em especial, n.ºs 42, 43 e 60 a 62) e TU (já referido na nota 216, em especial, n.ºs 47, 48 e 69 a 71).

229 — Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO C 303, p. 17), v., em particular, a anotação relativa ao artigo 47.º, n.º 2 (loc. cit., p. 30).

230 — No acórdão Kudla c. Polónia de 26 de Outubro de 2000 (petição n.º 30210/96, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-XI, § 154), a Grande Secção do TEDH admitiu não existir qualquer solução predominante entre os Estados contratantes da CEDH em matéria de recursos relativos à duração excessiva dos processos. («pour l'heure il n'existe pas, dans les ordres juridiques des États contractants, un système prédominant en matière de recours permettant de dénoncer les durées excessives de procédures»; v., igualmente, TEDH, acórdão Simaldone c. Itália de 31 de Março de 2009 (petição n.º 22644/03, § 78). A Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza) realizou, no âmbito do Conselho da Europa, em 2006, um estudo de direito comparado (Estudo n.º 316/2004, disponível na Internet no seguinte endereço < [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)036rev-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)036rev-f.pdf) >, consultado por último em 26 de Janeiro de 2011). Quanto às diferentes soluções propostas na União Europeia, v. ainda as conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas em 3 de Fevereiro em 1998 no processo Baustahlgewebe (já referido na nota 216, n.ºs 52 e 53).

231 — TEDH, acórdãos Eckle c. Alemanha (já referido na nota 222, § 94) e Ommer c. Alemanha (n.º 1) de 13 de Novembro de 2008 (petição n.º 10597/03, § 68); v., além disso, TEDH, despacho Sprotte c. Alemanha de 17 de Novembro de 2005 (petição n.º 72438/01).

aplicada como uma reparação adequada pela duração excessiva do processo²³². Em especial, num caso de criminalidade económica, que tinha por objecto fraudes graves e se distinguia por ter uma duração de 17 anos, o TEDH considerou suficiente a declaração da duração excessiva do processo e uma redução da sanção²³³. Em meu entender, essa solução pode ser aplicada igualmente aos processos em matéria de concorrência que são semelhantes aos processos em matéria de delitos económicos.

256. Acresce que, relativamente ao direito da concorrência, o próprio TEDH não parece considerar esta área do direito como fazendo parte do direito penal clássico. O TEDH parte do princípio de que, fora do «núcleo duro» do direito penal, as garantias penais decorrentes do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH não têm necessariamente de ser objecto de uma aplicação rigorosa²³⁴.

257. Consequentemente, face à interpretação actual, deve considerar-se que da exigência de homogeneidade contida no artigo 52.º, n.º 3, primeiro período, da Carta dos Direitos Fundamentais não decorre qualquer obrigação para os órgãos jurisdicionais da União de, no âmbito do direito da concorrência europeu, responder à violação do direito fundamental a ser julgado num prazo razoável necessariamente com a anulação da decisão controvertida.

258. Embora, nos termos do artigo 52.º, n.º 3, segundo período, da Carta dos Direitos Fundamentais, o direito da União possa ir além das situações previstas pela CEDH, no contexto do direito da concorrência não existe, porém, qualquer motivo para que isso aconteça.

259. Ao se fixar uma sanção relativa a uma violação do direito fundamental a ser julgado num prazo razoável, deve ter-se devidamente em conta tanto os interesses da empresa em causa, como o interesse geral.

232 — TEDH, acórdãos *Dželili c. Alemanha* de 10 de Novembro de 2005 (petição n.º 65745/01, § 103), *Ohlen c. Dinamarca* de 24 de Fevereiro de 2005 (petição n.º 63214/00, §§ 29 e 30) e *Ommer c. Alemanha* (n.º 1) (já referido na nota 231, § 68), bem como despacho *Menelaou c. Chipre* de 12 de Junho de 2008 (petição n.º 32071/04); no mesmo sentido, desde logo, acórdão *Eckle c. Alemanha* (já referido na nota 222, § 67), que admite, pelo menos em princípio, uma redução da pena como forma de reparação. V., além disso, n.ºs 119 a 123 do Estudo n.º 316/2004 da Comissão de Veneza (já referido na nota 230).

233 — TEDH, acórdão *Eckle c. Alemanha* (artigo 50.º) de 21 de Junho de 1983 (série A, n.º 65, petição n.º 8130/78, § 24).

234 — TEDH, acórdão *Jussila c. Finlândia* (Grande Secção) de 23 de Novembro de 2006 (petição n.º 73053/01, § 43).

260. O interesse da empresa em causa consiste em obter uma reparação, tão ampla quanto possível, pelas consequências decorrentes da violação do direito fundamental²³⁵.

235 — V., neste sentido, igualmente artigo 41.º da CEDH.

O interesse geral consiste em aplicar eficazmente²³⁶ as regras de concorrência do mercado único europeu que fazem parte das regras fundamentais dos Tratados²³⁷.

261. Caso se anulasse uma decisão de aplicação da coima em matéria de concorrência apenas com fundamento no excesso do prazo razoável para ser julgado nas fases administrativa e judicial do processo, deixaria de existir, por conseguinte, não só a coima aplicada, como também a constatação de uma infracção às regras de concorrência enquanto tal. Esta solução seria contrária ao interesse geral de uma aplicação eficaz das regras de concorrência e ultrapassaria o interesse legítimo da empresa afectada numa reparação, tão ampla quanto possível, pela violação do direito fundamental por si sofrida.

262. Não se pode permitir que a empresa, unicamente por ter sido violado o direito de ser julgado num prazo razoável, [...] ponha em causa a existência de uma infracção²³⁸. A sanção aplicável à violação do direito a ser julgado num prazo razoável não pode, de modo algum, conduzir a que uma empresa prossiga ou restabeleça um comportamento que

tenha sido declarado contrário ao direito da união²³⁹.

263. Neste contexto, não vejo qualquer razão para propor ao Tribunal de Justiça que reaprecie a sua jurisprudência proferida até ao mesmo em relação a este ponto. Por conseguinte, a terceira parte do primeiro fundamento deve ser rejeitada.

b) Incidência da duração do processo sobre as possibilidades de defesa da Solvay (quarta parte do primeiro fundamento)

264. A quarta parte do primeiro fundamento dedica-se à matéria dos n.ºs 132 a 136 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral declara que a capacidade de a Solvay se defender efectivamente não foi afectada e, logo, os seus direitos de defesa não foram lesados por uma eventual violação do princípio do prazo razoável. A Solvay considera existir aqui essencialmente uma falta de fundamentação e uma violação do princípio do respeito dos direitos de defesa, bem como do princípio do prazo razoável. O Tribunal Geral não analisou suficientemente as dificuldades com as quais a Solvay se vê confrontada no que se refere à sua defesa depois de tanto tempo decorrido.

236 — O significado de aplicação eficaz dos artigos 101.º e 102.º TFUE (ex-artigos 81.º e 82.º CE) foi recentemente sublinhado, por exemplo, nos acórdãos de 11 de Junho de 2009, X BV (C-429/07, Colect., p. I-4833, n.ºs 33 a 35), e de 7 de Dezembro de 2010, VÉBIC (C-439/08, Colect., p. I-12471, em especial n.ºs 59 e 61).

237 — Acórdão Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.º 194). V., no mesmo sentido, relativamente aos processos penais em geral, os n.ºs 228 a 232 do Estudo da Comissão de Veneza (referido *supra* na nota 230); no n.º 241, a Comissão de Veneza sublinha que a absolvição e o arquivamento do processo penal deveriam ter carácter excepcional («[l]’acquittement et l’abandon des poursuites devraient rester des mesures exceptionnelles»).

238 — Acórdão Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.º 194).

239 — Conclusões do advogado-geral Y. Bot apresentadas em 31 de Março de 2009 no processo Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.ºs 305 e 306); o Tribunal de Justiça retoma expressamente estas considerações no n.º 194 do seu acórdão proferido no referido processo.

i) Quanto à alegada falta de fundamentação

judicial e não teve igualmente em conta qualquer elemento novo, na decisão controvertida, que necessitasse do exercício de um direito de defesa²⁴¹.

265. A alegada falta de fundamentação na aceção do artigo 36.º, em conjugação com o artigo 53.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça, tem a sua origem no facto de o Tribunal Geral não ter abordado diversos argumentos da Solvay apresentados em primeira instância a respeito das dificuldades sentidas na sua defesa.

268. A Solvay pode ter uma opinião diferente acerca da apreciação jurídico-material das circunstâncias do processo, contudo, daqui não resulta qualquer falta de fundamentação²⁴².

266. Esta argumentação não convence. Como já foi referido, o dever de fundamentação não impõe ao Tribunal Geral uma exposição que acompanhe exaustiva e individualmente todos os passos do raciocínio articulado pelas partes no litígio e que a fundamentação pode, portanto, ser implícita, na condição de permitir aos interessados conhecerem as razões por que o Tribunal Geral não acolheu os respectivos argumentos e ao Tribunal de Justiça dispor dos elementos suficientes para exercer a sua fiscalização²⁴⁰.

ii) Quanto alegado erro de direito material

269. A afirmação do Tribunal Geral, segundo a qual o decurso do tempo não se traduziu em qualquer prejuízo para as possibilidades de defesa da Solvay, é, porém, igualmente criticada do ponto de vista jurídico-material pela recorrente. A Solvay vê aqui uma violação do princípio do respeito dos direitos de defesa, bem como do princípio do prazo razoável.

267. Ainda que de um modo sucinto, o Tribunal Geral abordou no acórdão recorrido, até mesmo de forma expressa, a argumentação da Solvay, segundo a qual lhe é difícil defender-se das acusações da Comissão depois de tanto tempo decorrido. O Tribunal Geral referiu, neste sentido, que a Comissão não procedeu, no caso vertente, a qualquer acto de instrução desde o primeiro processo

270. À primeira vista, pode parecer que a Solvay pede, neste ponto, ao Tribunal de Justiça que substitua pela sua própria avaliação a apreciação dos factos feita pelo Tribunal Geral, o que não é admissível em sede do presente recurso²⁴³.

241 — N.ºs 133 a 135 do acórdão recorrido.

242 — V. *supra*, n.º 30 destas conclusões e a jurisprudência referida na nota 26.

243 — V., a este respeito, a jurisprudência referida na nota 45.

240 — V. *supra*, n.º 35 e nota 30 destas conclusões.

271. Vendo bem, a Solvay acusa o Tribunal Geral não tanto de ter feito uma apreciação errada dos factos, mas antes de ter ignorado uma circunstância, em seu entender, importante: o Tribunal Geral não teve em conta que o tempo decorrido desde o início do processo prejudicou as possibilidades de defesa da Solvay no *processo judicial*. O Tribunal Geral não teve razão ao abordar apenas os efeitos do decurso do tempo sobre as possibilidades de defesa da Solvay perante a Comissão (isto é, *no procedimento administrativo*).

272. Esta argumentação tem fundamento.

273. Ao analisar se a duração supostamente excessiva de um processo teve um efeito negativo sobre as possibilidades de defesa da empresa em causa, o Tribunal Geral não pode restringir a sua visão apenas à defesa numa determinada etapa do processo. Pelo contrário, o Tribunal Geral deve apreciar, em termos muito gerais, se a duração do processo podia prejudicar a empresa na sua *defesa contra as acusações da Comissão*²⁴⁴.

274. Embora esta defesa tenha lugar, antes de mais, no procedimento administrativo, onde foi concedido à empresa o direito a ser ouvida com base numa comunicação de acusações, a

defesa não se limita, porém, ao procedimento administrativo. Pelo contrário, a empresa em causa pode recorrer aos órgãos jurisdicionais da União para impugnar a decisão de aplicação da coima da Comissão (artigo 263.º, n.º 4, TFUE, ex-artigo 230.º, n.º 4, CE). A empresa deve poder defender-se eficazmente, também no âmbito desse processo judicial, daquilo que a Comissão a acusa, agora sob a forma de uma decisão formal.

275. Por conseguinte, o Tribunal Geral limitou-se erradamente a analisar se a Solvay se pôde defender eficazmente *no procedimento administrativo*²⁴⁵ e se a duração do processo judicial *decorrido* – processo T-32/91 relativo à primeira decisão de aplicação da coima (Decisão 91/299) – tinha produzido um efeito negativo²⁴⁶. O Tribunal Geral menosprezou a inclusão, nas suas considerações, das possibilidades de defesa *actuais* da empresa no segundo processo judicial (processo T-57/01 relativo à Decisão 2003/6 controvertida no caso vertente).

276. No caso em apreço, a tomada em consideração das possibilidades de defesa perante o Tribunal Geral no processo T-57/01 dever-se-ia ter imposto por duas razões: por um lado, devido ao pedido expresso da Solvay para ter em conta a duração desse processo

244 — Uma abordagem semelhante foi já adoptada nos acórdãos FEG (já referido na nota 216, n.ºs 45 a 49) e TU (já referido na nota 216, n.ºs 50 a 54), dos quais resulta que o Tribunal Geral tem de ter em consideração a duração de todas as fases do procedimento administrativo quanto à sua incidência sobre as possibilidades de defesa da empresa em causa.

245 — N.ºs 134 e 135 do acórdão recorrido.

246 — N.ºs 137 a 140 do acórdão recorrido (o facto de que está aqui em causa o processo judicial decorrido relativo à Decisão 91/299 resulta de forma particularmente clara da parte introdutória do n.º 137).

judicial, e, por outro, devido ao facto de a Solvay só ter tido acesso ao processo durante esse processo judicial, mais precisamente em 2005. Portanto, a questão de saber se, em 2005, a Solvay ainda se pôde defender eficazmente das acusações e afirmações da Comissão, revestia uma importância significativa.

277. O direito fundamental a ser julgado num prazo razoável exige que a Comissão adopte atempadamente a sua decisão de aplicação da coima no procedimento administrativo em matéria de concorrência, de modo a que a empresa em causa ainda se possa defender eficazmente dela nos órgãos jurisdicionais da União.

278. Uma vez que o Tribunal Geral não se ocupou, de modo algum, desta circunstância relevante do ponto de vista jurídico, o acórdão recorrido padece de um erro de direito.

iii) Quanto às restantes acusações

279. Por último, no âmbito desta quarta parte do primeiro fundamento, a Solvay refere-se a uma desvirtuação dos factos, bem como a uma violação do artigo 6.º da CEDH e do artigo 6.º, n.º 1, TUE.

280. Estas acusações não necessitam de qualquer debate aprofundado. A acusação de desvirtuação dos factos não foi demonstrada circunstanciadamente²⁴⁷, e não considero existirem igualmente quaisquer indícios de uma desvirtuação neste sentido. No que diz respeito ao artigo 6.º da CEDH e ao artigo 6.º, n.º 1, TUE, a primeira disposição não é directamente aplicável e a segunda não contém, enquanto tal, quaisquer garantias de direitos fundamentais²⁴⁸.

iv) Conclusão intermédia

281. A quarta parte do primeiro fundamento é parcialmente procedente.

c) Suposta renúncia da Solvay a uma redução da coima (quinta parte do primeiro fundamento)

282. Através da quinta e última parte do primeiro fundamento, a Solvay contesta, em especial, o n.º 141 do acórdão recorrido. O Tribunal Geral refere a este respeito que, na petição, a Solvay «renunciou expressamente

²⁴⁷ — V., a este respeito, a jurisprudência referida na nota 35.

²⁴⁸ — Quanto ao artigo 6.º da CEDH e ao artigo 6.º, n.º 1, TUE, v. igualmente *supra*, n.º 160 destas conclusões.

à possibilidade de uma redução da coima a título de reparação pela alegada violação do seu direito a ser julgada num prazo razoável». A Solvay considera existir aqui uma desvirtuação das suas alegações apresentadas em primeira instância.

283. Como já foi referido noutro contexto, só se deve considerar a existência de uma desvirtuação neste sentido quando as alegações das partes forem, de modo manifesto, compreendidas erradamente ou reproduzidas de forma distorcida pelo Tribunal Geral²⁴⁹.

284. Infelizmente, através da formulação controvertida constante do acórdão recorrido, o Tribunal Geral não indica quais as passagens da petição da Solvay a que se refere. No entanto, na fase de recurso, as partes do processo precisaram unanimemente que na origem da afirmação do Tribunal Geral criticada pela Solvay estariam os n.ºs 149 e 150 da petição. No n.º 149 da sua petição, a empresa salienta, neste sentido, que, no seu entender, só uma anulação da decisão controvertida poderia eliminar a alegada violação do princípio do processo equitativo. A mera redução da coima não é suscetível de eliminar a alegada

violação do artigo 6.º da CEDH. No n.º 150 da petição, a Solvay conclui, em seguida, que o por si alegado excesso manifesto do prazo razoável apenas poderia ter como consequência a anulação da decisão controvertida²⁵⁰.

285. Não me é possível vislumbrar, nas passagens da petição referidas, qualquer renúncia a uma eventual redução da coima com fundamento na duração do processo. Dos articulados da Solvay não é, muito menos, possível inferir a «renúncia expressa» da empresa, presumida pelo Tribunal Geral, a uma redução da coima com fundamento numa duração excessiva do processo.

286. Pelo contrário, nos n.ºs 149 e 150 da sua petição apresentada em primeira instância, a Solvay limita-se a expor com veemência a sua opinião jurídica. A empresa esclarece quais as consequências jurídicas que considera impor-se no que diz respeito à alegada violação do princípio do prazo razoável: não a redução da coima, mas sim a anulação da decisão controvertida.

287. Entre a exposição de uma opinião jurídica e a renúncia expressa à possibilidade de redução da coima a título de reparação pela alegada violação jurídica existe uma diferença fundamental. No n.º 141 do acórdão

249 — V., *supra*, n.º 94 destas conclusões.

250 — No original francês lê-se: «La requérante estime dès lors que le dépassement manifeste du délai raisonnable dans la présente procédure [...] ne peut qu'entraîner l'annulation pure et simple de la décision attaquée [...]» (n.º 150 da petição apresentada em primeira instância, referida no n.º 50 da petição de recurso da Solvay).

recorrido, o Tribunal Geral ignorou essa diferença.

3. Conclusão intermédia

288. O n.º 141 do acórdão recorrido revela que o Tribunal Geral compreendeu manifestamente de modo errado e, além disso, reproduziu de forma distorcida as alegações da Solvay apresentadas em primeira instância. Isto constitui uma desvirtuação das alegações das partes.

291. O primeiro fundamento deve ser parcialmente acolhido.

E – Anulação do acórdão recorrido

289. Esta desvirtuação tornar-se particularmente evidente se se pensar que, noutro contexto da sua petição apresentada em primeira instância, a Solvay solicita efectivamente uma redução da coima pelo Tribunal Geral e faz, a este respeito, expressamente referência às suas «alegações formuladas no âmbito dos fundamentos de anulação», isto é, também às suas alegações relativas à duração excessiva do processo²⁵¹.

292. Tendo em consideração o exposto, o segundo, o sexto, o sétimo e o oitavo fundamentos não têm qualquer hipótese de proceder.

293. O nono fundamento é parcialmente procedente. No entanto, este refere-se simplesmente à questão específica da discriminação nos termos do disposto no artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE. Os restantes aspectos do comportamento da Solvay no mercado, considerados abusivos pela Comissão e, em relação aos quais, o Tribunal de Justiça não cometeu qualquer erro de direito, não são afectados. Consequentemente, o êxito parcial obtido pelo nono fundamento não justifica, por si só, a anulação do acórdão recorrido.

290. Consequentemente, a quinta parte do primeiro fundamento é procedente.

294. Em contrapartida, procedentes em grande parte são os fundamentos consagrados aos direitos de defesa (terceiro, quarto e quinto fundamentos), bem como o fundamento relativo à duração do processo (primeiro fundamento). O êxito de cada um destes fundamentos já justifica, por si só, a anulação do acórdão recorrido na sua totalidade.

251 — No n.º 439 da petição apresentada em primeira instância (referida parcialmente no n.º 52 da petição de recurso da Solvay) lê-se: «[S]i, par impossible, le Tribunal devait rejeter l'ensemble des moyens d'annulation développés par la requérante, la requérante invite le Tribunal a prendre en compte [...] l'ensemble des considérations présentées dans la présente requête au titre des moyens d'annulation dans son appréciation de la nécessité d'infliger une amende à la requérante et du montant de celle-ci [...]».

F – *Decisão sobre o recurso em primeira instância*

1. Quanto ao direito de acesso ao processo

295. Segundo o artigo 61.º, primeiro parágrafo, do seu Estatuto, o Tribunal de Justiça pode decidir definitivamente o litígio, se este estiver em condições de ser julgado.

298. É pacífico que, antes da adopção da decisão controvertida, não foi concedido à Solvay qualquer acesso ao processo em conformidade com as exigências legais²⁵².

296. Assim acontece no caso presente. Todos os factos e questões jurídicas relevantes para uma decisão sobre o recurso da [Solvay] já foram discutidos no Tribunal Geral e as partes tiveram a oportunidade de trocar sobre eles os seus argumentos. Por isso, não é necessário remeter o processo ao Tribunal Geral, e, antes pelo contrário, o próprio Tribunal de Justiça pode decidir ele próprio sobre o recurso da [Solvay] em que se pede a declaração de nulidade da decisão impugnada. Face à duração extraordinariamente excessiva do processo – 22 anos a contar desde as buscas realizadas pela Comissão em Abril de 1989 até à data –, o Tribunal de Justiça deve fazer uso desta possibilidade.

299. Como já foi mencionado, é impossível excluir que, nas partes dos documentos dos autos perdidas com conteúdo desconhecido, a Solvay teria encontrado informações que poderiam ter sido úteis à sua defesa. Isto é tanto mais assim quanto a própria Comissão parte do princípio de que algumas das pastas em falta continham «correspondência trocada nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17», ou seja, pedidos de informações da Comissão dirigidos a diferentes empresas e as suas respostas²⁵³. Essas observações apresentadas por terceiros poderiam conter informações úteis relativamente à questão da posição dominante da Solvay (por exemplo, quanto às quotas de mercado, ao poder dos concorrentes da Solvay e à dimensão de um eventualmente existente poder de compensação dos seus clientes). Além disso, nessas observações poder-se-iam ter encontrado elementos relativos à existência ou à falta de uma justificação económica objectiva para o comportamento da Solvay no mercado²⁵⁴.

297. Neste sentido, limitar-me-ei a analisar brevemente a legalidade da decisão controvertida tendo em conta três aspectos seleccionados: o acesso ao processo (*infra*, ponto 1), o direito a ser ouvido (*infra*, ponto 2) e a duração do processo (*infra*, ponto 3).

252 — V., *supra*, n.ºs 154 e 157 destas conclusões.

253 — N.º 66 do acórdão recorrido.

254 — V., *supra*, n.ºs 202 e 203 destas conclusões.

300. Assim, existiria pelo menos a possibilidade de, ao conceder um acesso regular ao processo, o resultado do procedimento administrativo ter sido diferente, quanto mais não seja relativamente ao montante da coima aplicada.

301. Consequentemente, a decisão controvertida deve, desde logo, devido aos vícios processuais surgidos no que respeita ao acesso ao processo – documentos perdidos – ser anulada na sua totalidade. (Portanto, a análise complementar da utilidade para a defesa da Solvay das partes dos documentos dos autos facultadas no Tribunal Geral deixou de ser, de todo, relevante.)

2. Quanto ao direito a ser ouvido

302. É igualmente incontestável que, antes da adopção da decisão controvertida em 2000, a Solvay não foi ouvida novamente pela Comissão, apesar de tal ter sido juridicamente necessário²⁵⁵. Esta irregularidade processual encontra-se estritamente ligada à falta de acesso ao processo.

303. Não se deve excluir que o resultado do procedimento administrativo teria sido diferente se, em 2000, a Comissão tivesse dado oportunidade à empresa de – depois

de um acesso regular ao processo – se pronunciar novamente sobre as acusações por si formuladas²⁵⁶.

304. Também por este motivo, a decisão controvertida deve ser anulada na sua totalidade.

3. Quanto ao direito a ser julgado num prazo razoável

305. Por último, no que se refere à duração do processo, esta deve ser apreciada tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto²⁵⁷.

306. No presente caso, importa ter em conta que, no período compreendido entre a anulação da sua primeira decisão de aplicação da coima (Decisão 91/299) e o primeiro acórdão do Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de recurso²⁵⁸, a Comissão permaneceu completamente inactiva. Com isto decorreu em vão um período de quatro anos e sete meses²⁵⁹.

307. Não é possível justificar esta inércia da Comissão com base no recurso por si então

255 — V., *supra*, n.º 154 e 222 destas conclusões.

256 — V., *supra*, n.º 211 a 227 destas conclusões.

257 — V., *supra*, n.º 237 e nota 218 destas conclusões.

258 — Acórdão Comissão/Solvay de 6 de Abril de 2000 (já referido na nota 11).

259 — V., a este respeito, o calendário dos factos no n.º 11 destas conclusões.

interposto da anulação da primeira decisão de aplicação da coima. De facto, a Comissão pode esgotar inteiramente todas as possibilidades processuais que lhe são facultadas e recorrer, no caso de não ter êxito em primeira instância, ao Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de recurso. No entanto, isto não significa de modo algum que, durante o decurso desse recurso, a Comissão possa suspender o procedimento administrativo²⁶⁰.

308. O recurso não tem qualquer efeito suspensivo (artigo 60.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça). Assim, a partir de 29 de Junho de 1995, data da prolação do acórdão de primeira instância no processo T-32/91, a Comissão estava obrigada, nos termos do artigo 233.º, n.º 1, CE (actual artigo 266.º, n.º 1, TFUE), a tomar as medidas necessárias à execução do acórdão de anulação do Tribunal Geral. Também o princípio da boa administração teria exigido a rápida obtenção de uma nova decisão quanto ao mérito ou o arquivamento do procedimento administrativo.

309. A Comissão poderia facilmente ter prosseguido com o procedimento administrativo, desde logo, a partir de Julho de 1995,

em vez de aguardar até Abril de 2000²⁶¹. Na sua nova decisão de aplicação da coima, a Comissão deveria ter-se limitado a precisar que, caso tivesse êxito no processo de recurso, esta decisão caducaria.

310. Nestas circunstâncias, concluo que, no caso em apreço, o procedimento administrativo teve uma duração excessiva, desde logo, devido à inércia durante cerca de cinco anos da Comissão entre Julho de 1995 e Abril de 2000. Como já foi referido²⁶², não é, portanto, necessária uma análise mais aprofundada da duração das outras etapas do processo, nem uma apreciação global da duração do mesmo²⁶³.

311. Com efeito, a violação acima constatada do princípio do prazo razoável apenas justifica uma anulação da decisão controvertida se a empresa em causa tiver sido prejudicada nas suas possibilidades de defesa devido à duração do processo²⁶⁴. Cabe à empresa apresentar provas disso.

260 — A Solvay salientou com razão esta situação, desde logo, no processo em primeira instância (v. n.º 112 do acórdão recorrido). No acórdão PVC II (já referido na nota 105, em especial, nos n.ºs 204 e 205), o Tribunal de Justiça deixou em aberto esta questão, visto que as recorrentes não tinham formulado qualquer crítica nesse sentido.

261 — O acórdão Comissão/Solvay do Tribunal de Justiça foi proferido em Abril de 2000 (já referido na nota 11).

262 — *V., supra*, n.º 238 destas conclusões.

263 — Quanto à duração do processo em primeira instância no Tribunal Geral no processo T-57/01 e quanto à apreciação global da duração do processo, *v., infra*, n.ºs 335 a 348 destas conclusões.

264 — *V., supra*, n.º 249 a 263 destas conclusões.

312. Em regra, o Tribunal de Justiça impõe condições rigorosas para a produção dessa prova²⁶⁵: a argumentação da empresa afectada deve fundar-se em elementos de prova convincentes e não pode ser demasiado abstracta e imprecisa²⁶⁶. Se a título de exemplo – como no caso vertente – se alegar, que as possibilidades de defesa foram restringidas devido à partida de antigos colaboradores, então, em regra, deve proceder-se à indicação do nome dessas pessoas, deve precisar-se a sua função, bem como a data da sua saída, são necessárias explicações quanto à natureza e alcance dos esclarecimentos e precisões a obter delas, e deve demonstrar-se as circunstâncias que tornaram impossível o testemunho dessas pessoas²⁶⁷.

313. Não há dúvida de que a Solvay não forneceu informações tão detalhadas no processo judicial em curso perante os órgãos jurisdicionais na União.

314. No entanto, no caso vertente, importa recordar que desde o período de 1983 a 1990, pelo qual a Solvay é acusada de abuso de posição dominante, já passaram, à data da adopção da segunda decisão de aplicação da coima no final de 2000, 10 a 17 anos. Quando, em 2005, foi finalmente concedido à Solvay acesso ao processo no Tribunal Geral, já tinham

265 — Acórdãos FEG (já referido na nota 216, n.º 56 a 60) e TU (já referido na nota 216, n.º 64, 67 e 69).

266 — Acórdãos TU (já referido na nota 216, n.º 69) e FEG (já referido na nota 216, n.º 56).

267 — Acórdãos FEG (já referido na nota 216, n.º 57 e 58) e TU (já referido na nota 216, n.º 64 a 69).

decorrido 15 a 22 anos desde o período das infracções dadas por provadas pela Comissão.

315. É evidente que, depois de tanto tempo, a memória dos colaboradores – sobretudo dos colaboradores da altura – de uma empresa diminui. Acresce que, no presente caso, uma parte das fábricas da Solvay, nas quais era produzido o carbonato de sódio, foi entretanto encerrada²⁶⁸.

316. Não obstante, no processo em primeira instância, a Solvay apresentou ao Tribunal Geral provas que permitem reconstruir a composição da sua secção «carbonato» no período em causa e indicar os nomes do pessoal dirigente de então, assim como o momento da sua partida.

317. Dadas as circunstâncias específicas deste processo, não era razoavelmente possível esperar mais da parte da Solvay.

318. Em especial, a recorrente não pode ser prejudicada pelo facto de não ter indicado pormenorizadamente sobre que operações e elementos de prova os seus antigos colaboradores teriam prestado informações. Efectivamente, a empresa não conhece, até hoje, todas as partes dos documentos dos autos, às

268 — A Solvay refere, neste âmbito, as suas fábricas situadas em Tavaux (França), Couillet (Bélgica) e Heilbronn (Alemanha).

quais, na verdade, deveria ter tido acesso²⁶⁹. Não se pode exigir à Solvay que demonstre se e em que medida os seus antigos colaboradores poderiam ter prestado informações sobre os documentos perdidos cujo conteúdo é desconhecido e que não foram facultados em momento algum do processo.

perante a Comissão. A decisão controvertida deve ser anulada, desde logo, devido a esta circunstância.

319. Em termos gerais, a farsquia das exigências impostas à demonstração da existência de um prejuízo para as possibilidades de defesa em consequência do decurso do tempo não pode ser de tal maneira elevada que se torne impossível na prática ou excessivamente difícil para a empresa em causa produzir qualquer tipo de prova.

320. Perante a perda irrecuperável de uma parte dos processos, nos quais estava possivelmente contida correspondência da Comissão com empresas terceiras²⁷⁰, não se pode excluir que, caso fossem contactáveis, os antigos colaboradores da Solvay poderiam ter sido úteis à empresa na sua defesa. Em especial, não se pode excluir que os referidos colaboradores poderiam ter fornecido informações de base impossíveis de obter mediante o simples recurso aos registos escritos.

321. Resulta do que precede que existem elementos suficientes para considerar que a duração excessiva do processo prejudicou a Solvay nas suas possibilidades de defesa

4. Conclusão intermédia

322. A análise de algumas das questões jurídicas suscitadas pela recorrente em primeira instância relacionadas com o acesso ao processo, o direito a ser ouvida e a duração do processo revela, desde logo, que a decisão controvertida (Decisão 2003/6) adoptada pela Comissão deve ser anulada na sua totalidade. Por conseguinte, é desnecessário abordar os restantes fundamentos invocados pela Solvay em primeira instância.

V – Quanto ao pedido de redução da coima

323. Para além da anulação do acórdão recorrido e da decisão controvertida²⁷¹, a Solvay solicita igualmente a anulação ou redução da coima – fixada novamente pelo Tribunal Geral –, designadamente, como compensação pelo grave prejuízo que a recorrente alega

269 — V., *supra*, n.ºs 154 e 186 a 206 destas conclusões.

270 — N.º 66 do acórdão recorrido.

271 — V., a este respeito, *supra* título IV (n.ºs 15 a 322 destas conclusões).

ter sofrido devido à duração extraordinária do processo.

conjugação com o artigo 340.º, n.º 2, TFUE (ex-artigo 235.º CE, em conjugação com o artigo 288.º, n.º 2, CE)²⁷⁵.

324. De acordo com a solução que proponho conducente à anulação do acórdão recorrido²⁷² e da decisão controvertida²⁷³, este pedido formulado separadamente pela Solvay torna-se obsoleto. Não obstante, por questões de exaustividade, analisá-lo-ei seguidamente a título subsidiário.

326. Na audiência, a Comissão manifestou uma preferência pela última solução proposta, como é descrita no processo Der Grüne Punkt. A Comissão justificou esta opção com base na necessidade de aplicar eficazmente o direito da concorrência. No seu entender, uma redução da coima prejudicaria a aplicação eficaz das regras de concorrência europeias.

A – Observação preliminar

327. Esta objecção não é convincente.

325. Da jurisprudência proferida até ao momento pelo Tribunal de Justiça é possível depreender duas soluções distintas para o problema da duração excessiva do processo: no processo Baustahlgewebe, no qual foi aplicada à empresa em causa uma coima no âmbito de um processo em matéria de concorrência, o Tribunal de Justiça consentiu uma redução da coima²⁷⁴. Em contrapartida, no processo Der Grüne Punkt, no qual não foi imposta qualquer coima deste tipo, o Tribunal de Justiça pôde indicar à empresa em causa a possibilidade de intentar de uma acção de indemnização nos termos do artigo 268.º TFUE, em

328. Por um lado, a aplicação das regras de concorrência europeias indispensáveis para o funcionamento do mercado interno²⁷⁶ é, de facto, indubitavelmente uma preocupação fundamental dos Tratados²⁷⁷. Para alcançar este objectivo são indispensáveis sanções efectivas e dissuasivas.

329. Por outro lado, contudo, num procedimento como o procedimento administrativo

272 — V., a este respeito, *supra* n.º 294 destas conclusões.

273 — V., a este respeito, *supra* n.ºs 298 a 322 destas conclusões.

274 — Acórdão Baustahlgewebe (já referido na nota 216, n.ºs 48, 141 e 142).

275 — Acórdão Der Grüne Punkt (já referido na nota 216, n.º 195).

276 — Acórdãos de 1 de Junho de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Colect., p. I-3055, n.º 36), e de 20 de Setembro de 2001, *Courage e Crehan* (C-453/99, Colect., p. I-6297, n.º 20).

277 — V., a este respeito, a jurisprudência referida na nota 236.

em matéria de concorrência, que contém elementos quase penais²⁷⁸, deve ter-se particularmente em conta as garantias processuais elementares. O direito da concorrência só pode ser aplicado através de instrumentos incontestáveis do Estado de Direito. Assim, se num processo em matéria de concorrência for violado um direito fundamental como o direito a ser julgado num prazo razoável, a empresa em causa tem direito a uma reparação efectiva.

330. A procura de uma solução para o excesso do prazo razoável movimenta-se, portanto, necessariamente na zona de tensão entre a exigência de aplicação das regras de concorrência, por um lado, e a exigência de reparação efectiva da violação do direito fundamental, por outro.

331. Por razões de economia processual e de necessidade de uma reparação imediata e efectiva da situação da empresa em causa, o Tribunal de Justiça deveria, sempre que possível – portanto nos casos com aplicação de coimas – continuar, de igual modo, a seguir a solução por si descrita no acórdão *Baustahlgewebe*²⁷⁹.

332. Neste tipo de casos, a aplicação eficaz do direito da concorrência é garantida pela verificação da infracção e o dever da empresa em causa lhe pôr fim²⁸⁰. Relativamente aos outros operadores no mercado esta garantia traduz-se no efeito suspensivo da coima fixada originariamente pela Comissão ou pelo Tribunal Geral. O Tribunal de Justiça não questiona a adequação destas acções. O «método *Baustahlgewebe*» conduz simplesmente a uma espécie de compensação da coima original mediante aplicação do montante considerado como uma reparação equitativa pela duração excessiva do processo²⁸¹.

278 — V., a este respeito, as conclusões do advogado-geral Y. Bot apresentadas em 26 de Outubro de 2010 nos processos pendentes *ArcelorMittal Luxembourg/Comissão* e o. (C-201/09 P e C-216/09 P, em especial, n.º 41) e *ThyssenKrupp Nirosta/Comissão* (C-352/09 P, em especial, n.º 41), bem como as minhas conclusões apresentadas em 3 de Julho de 2007 no processo *ETI* e o. (C-280/06, Colect., p. I-10893, n.º 71) e de 23 de Abril de 2009 no processo *Akzo Nobel o a./Comissão* (já referido na nota 86, n.º 39); no mesmo sentido, desde logo, as minhas conclusões apresentadas em 8 de Setembro de 2005 no processo *FEG* (já referido na nota 216, n.º 108) e *TU* (já referido na nota 216, n.º 100).

279 — Acórdão *Baustahlgewebe* (já referido na nota 216, em especial no n.º 48). A título acessório, refira-se que a própria Comissão sugere, por vezes, também a via da redução da coima se concluir que um procedimento administrativo conduzido por si teve uma duração excessiva (v., a este respeito, acórdãos *FEG* e *TU*, já referidos na nota 216, respectivamente n.º 9).

280 — V., a este respeito, *supra* n.ºs 261 e 262 destas conclusões.

281 — Neste sentido, acórdão *Baustahlgewebe* (já referido na nota 216, em especial, n.º 141).

B – *Redução da coima*

333. A jurisprudência *Baustahlgewebe*²⁸² baseia-se, por último, na competência de plena jurisdição, na aceção do artigo 261.º TFUE, atribuída ao Tribunal de Justiça tendo em conta as sanções em matéria de direito da concorrência ao abrigo do artigo 17.º do Regulamento n.º 17²⁸³. Deste modo, o Tribunal de Justiça pode livremente decidir suprimir, reduzir ou aumentar a multa ou a adstricção aplicadas.

334. Aplicando a jurisprudência *Baustahlgewebe*, deve apreciar-se, em primeiro lugar, a duração do processo (a este respeito, ponto 1, *infra*) e, em seguida, determinar a medida de uma eventual redução da coima (a este respeito, ponto 2, *infra*).

1. Quanto à duração excessiva das fases administrativa e judicial do processo

335. O carácter razoável de tal duração deve ser apreciado, como já foi referido²⁸⁴, em função das circunstâncias próprias de cada processo e, designadamente, da importância do litígio para o interessado, da complexidade do

processo, bem como do comportamento do requerente e das autoridades competentes.

336. Neste sentido, as diferentes etapas do processo devem ser examinadas separadamente, devendo, porém, para além disso, proceder-se a uma apreciação global da duração das fases administrativa e judicial do processo²⁸⁵.

337. Das diferentes etapas do processo, em especial, duas são problemáticas tendo em conta o princípio do prazo razoável: o período de inércia total da Comissão durante o primeiro recurso (processos apensos C-287/95 P e C-288/95 P) e o segundo processo no Tribunal Geral (processo T-57/01)²⁸⁶.

338. O facto de a *inércia* prolongada da Comissão durante quatro anos e sete meses, entre Junho de 1995 e Abril de 2000 – isto é, durante o primeiro recurso –, ter violado o direito fundamental da Solvay a ser julgada num prazo razoável, já foi referido²⁸⁷. Para efeitos do presente processo, não é, por conseguinte, necessário determinar se, no mesmo período,

282 — Acórdão *Baustahlgewebe* (já referido na nota 216, n.º 48 e 142).

283 — No que diz respeito a casos futuros: artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003.

284 — V., *supra*, n.º 237 destas conclusões.

285 — V., *supra*, em especial n.ºs 238 a 241 destas conclusões.

286 — V., a este respeito, o calendário dos factos no n.º 11 destas conclusões.

287 — V., *supra*, n.ºs 306 a 310 destas conclusões.

o Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de recurso, com uma duração do processo de quatro anos e sete meses, devia ser igualmente responsável por uma duração excessiva do processo.

339. No que diz respeito ao *segundo processo no Tribunal Geral* (processo T-57/01), a sua duração de oito anos e nove meses é, logo à primeira vista, intoleravelmente excessiva.

340. Como a recorrente sublinhou acertadamente, no caso vertente, não é possível justificar um período de instrução tão longo com base numa qualquer complexidade do processo: o Tribunal Geral tinha de lidar apenas com duas partes, não surgiu praticamente nenhum encargo com a tradução²⁸⁸, e as questões de facto e de direito suscitadas pelas partes do processo não apresentavam qualquer dificuldade excepcional. Na realidade, existia uma conexão com o processo paralelo pendente T-58/01, pelo que a identidade de numerosos fundamentos em ambos os processos poderia ter assegurado uma sinergia no seu tratamento e, deste modo, ter acelerado o processo em vez de o atrasar.

288 — Uma vez que a língua do processo é a francesa, todas as partes do processo redigiram os seus articulados na língua que serviu de base à deliberação do acórdão recorrido. Só no início do processo judicial surgiu um encargo insignificante com a tradução para efeitos de publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* (v. artigo 24.º, n.º 6, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral). O encargo com a tradução relativo à publicação do acórdão recorrido resultante do final do processo em primeira instância não impede o Tribunal Geral de proferir e notificar a versão do acórdão na língua do processo, assim que esse acórdão for deliberado.

341. É certo que uma boa parte do atraso que se verificou no processo se explica através da necessidade de, durante o processo judicial, se facultar acesso à Solvay aos documentos do procedimento administrativo²⁸⁹. Porém, é completamente inaceitável que para tal fosse necessário um ano e meio, até mesmo dois anos, se se incluir os articulados apresentados pelas partes²⁹⁰. Esta perda de tempo não pode prejudicar a Solvay. O Tribunal Geral deveria eventualmente ter imposto à Comissão prazos claros e ter retirado as consequências necessárias a suportar pela Comissão do eventual incumprimento desses prazos.

342. Além disso, é ainda possível determinar alguns períodos de longa inércia do Tribunal Geral no processo em primeira instância. Devem salientar-se, a título de exemplo, os 29 meses decorridos entre a apresentação das observações da Comissão a respeito da utilidade de determinados documentos para a defesa da Solvay e o início da fase oral²⁹¹. Importa mencionar igualmente os quase 18 meses que passaram entre a audiência de

289 — N.ºs 57 a 67 do acórdão recorrido.

290 — Em 19 de Dezembro de 2003, o Tribunal Geral convidou a Comissão a apresentar uma lista enumerativa detalhada de todos os documentos do procedimento administrativo; em 14 de Abril de 2005, a Solvay consultou, na Secretaria do Tribunal Geral, as partes dos documentos dos autos divulgadas pela Comissão (n.ºs 57 e 67 do acórdão recorrido). Se se incluir o período até à apresentação das observações pela Comissão em 18 de Novembro de 2005 relativas à utilidade dos documentos em causa para a defesa da Solvay, então decorreram praticamente dois anos.

291 — A Comissão apresentou as suas observações em 18 de Novembro de 2005, e em Maio de 2008 foi dado início à fase oral do processo (n.ºs 68 e 72 do acórdão recorrido).

26 de Junho de 2008 e a prolação do acórdão recorrido em 17 de Dezembro de 2009²⁹².

343. É óbvio que problemas de organização interna do Tribunal Geral, como por exemplo os problemas relacionados com a renovação regular dos juízes [ou o impedimento dos mesmos], não devem pesar sobre os sujeitos de direito²⁹³.

344. Nestas circunstâncias, tanto a fase administrativa como a fase judicial do processo tiveram, no presente caso, uma duração excessiva.

345. Esta impressão consolida-se ao apreciar, no seu conjunto, a duração de todas as etapas das fases administrativa e judicial do processo no caso vertente:

- Em conformidade com a jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, como ponto de partida para o cálculo da duração do processo deve considerar-se o dia em que a Solvay foi, pela

primeira vez, alvo de medidas tomadas em virtude das suspeitas que sobre ela recaíam e que tinham repercussões importantes na sua situação²⁹⁴. No presente processo, esse momento ocorreu muito antes da comunicação de acusações (que seria comparável a uma «acusação» formal): este verificou-se logo no dia em que a Comissão efectuou a sua busca nas instalações da Solvay em Abril de 1989²⁹⁵.

- Entretanto, o processo não foi suspenso em momento algum.
- Como presumível data da cessação dever-se-á ter em conta o dia em que o acórdão do Tribunal de Justiça será proferido no presente recurso²⁹⁶.

346. Por conseguinte, até ao momento, a duração total do processo é já de 22 anos. Pode questionar-se se uma duração tão excessiva do processo poderá, alguma vez, justificar-se. De qualquer forma, para que tal justificação fosse possível, teriam de existir circunstâncias excepcionais, como, por exemplo, uma complexidade especial das questões de facto

292 — Em termos comparativos: no processo *Baustahlgewebe*, no qual foram apensos pelo Tribunal Geral onze processos conexos para efeitos da fase oral, o Tribunal de Justiça admitiu a existência de uma violação do princípio do prazo razoável, visto que, no processo em primeira instância, tinha decorrido um período de 32 meses entre o encerramento da fase escrita e o despacho de início da fase oral, bem como um período de 22 meses entre a audiência e a prolação do acórdão do Tribunal Geral (acórdão *Baustahlgewebe*, já referido na nota 216, n.ºs 45 e 46).

293 — V., a este respeito, as minhas conclusões apresentadas em 4 de Março de 2010 no processo *Gogos/Comissão* (já referido na nota 26, n.º 88).

294 — TEDH, acórdão *Pedersen e Baadsgaard c. Dinamarca* (Grande Secção) de 17 de Dezembro de 2004 (petição n.º 49017/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-XI, § 44); no mesmo sentido, desde logo, acórdãos *Ringeisen c. Áustria* de 16 de Julho de 1971 (série A, n.º 13, § 110) e *Hozee c. Países Baixos* de 22 de Maio de 1998 (*Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, § 43).

295 — Acórdãos *PVC II* (já referido na nota 105, n.º 182); v., igualmente, sobre esta matéria, as minhas conclusões apresentadas em 8 de Dezembro de 2005 no processo *FEG* (já referido na nota 216, n.ºs 108 a 112) e *TU* (já referido na nota 216, n.ºs 100 a 104).

296 — TEDH, acórdãos *König c. Alemanha* de 28 de Junho de 1978 (série A, n.º 27, petição n.º 6232/73, § 98) e *Eckle c. Alemanha* (já referido na nota 222, § 76).

e de direito em debate, assim como uma co-responsabilidade importante da empresa em causa em determinados atrasos que se verificaram no processo. Nada disto se verifica no caso em apreço.

continuadamente com incertezas quanto ao fim e ao desfecho do processo movido contra elas. Nesta situação, o princípio do prazo razoável assegura-lhes uma protecção reforçada, que vai para além da resultante do princípio da prescrição do procedimento²⁹⁸.

347. A título meramente acessório, refira-se que para justificar a duração total do processo não é suficiente o simples facto de o prazo de prescrição ainda não ter produzido efeitos²⁹⁷. O prazo de prescrição indica, designadamente, apenas o prazo máximo em que podem ser adoptadas medidas impondo uma coima pelas infracções cometidas contra as regras de concorrência europeias. Dentro do prazo de prescrição, o princípio do prazo razoável exige que se determine e decida rapidamente e que se evitem períodos de inércia injustificáveis. Com efeito, durante a pendência de um processo, as empresas em causa estão sujeitas a uma enorme pressão e são confrontadas

348. Em suma, concluo que o direito fundamental da Solvay a ser julgada num prazo razoável foi violado.

349. Aplicando a jurisprudência *Baustahlgewebe*²⁹⁹, com base na duração excessiva do processo, dever-se-ia, por conseguinte, anular o acórdão recorrido, pelo menos, no que respeita ao montante da coima fixado em 19 milhões de euros.

297 — O prazo de prescrição é de cinco anos a contar do fim da infracção, sendo interrompido por qualquer acto tendo por fim a instrução ou repressão da infracção. O prazo de prescrição absoluta opera o mais tardar no dia em que termine um prazo igual ao dobro do prazo de prescrição previsto, sem que a Comissão tenha aplicado qualquer multa ou sanção. No entanto, a prescrição de procedimentos suspende-se enquanto a decisão da Comissão for objecto de um processo pendente no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. V., a este propósito, artigos 1.º a 3.º do Regulamento (CEE) n.º 2988/74 do Conselho, de 26 de Novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO L 319, p. 1); doravante aplica-se o artigo 25.º do Regulamento n.º 1/2003. Sobre diversos problemas relacionados com a prescrição e a sua suspensão durante um processo judicial debruça-se o advogado-geral Y. Bot nas suas conclusões apresentadas nos processos *ArcelorMittal Luxembourg/Comissão* e o. (já referido na nota 278, em especial, n.ºs 66 a 81 e 245 a 251) e *ThyssenKrupp Nirosta/Comissão* (já referido na nota 278, em especial n.ºs 177 a 212).

2. Quanto à medida da redução da coima a efectuar

350. Em resposta a uma questão colocada na audiência, verificou-se uma grande discrepância entre as opiniões das partes quanto à

298 — V. as minhas conclusões apresentadas em 8 de Dezembro de 2005 nos processos FEG (já referido na nota 216, n.º 111) e TU (já referido na nota 216, n.º 103).

299 — Acórdão *Baustahlgewebe* (já referido na nota 216, n.ºs 48 e 142).

medida de uma eventual redução da coima a efectuar no caso em apreço. Ao passo que a Solvay pretende, face à duração do processo, reduzir a coima de tal modo que a sanção tenha apenas carácter simbólico, a Comissão defende o ponto de vista diametralmente oposto: no seu entender, dever-se-ia diminuir simbolicamente não a coima, mas sim a sua redução.

termos do artigo 52.º, n.º 3, primeiro período, da Carta dos Direitos Fundamentais, a compensação depende da medida em que o prazo razoável foi excedido³⁰¹.

351. Na jurisprudência *Baustahlgewebe*, o único exemplo disponível até ao momento, a redução da coima efectuada pelo Tribunal de Justiça assumiu apenas uma medida pouco significativa: uma coima fixada pelo Tribunal Geral em 3 milhões de ecus foi reduzida num montante de 50 000 ecus³⁰⁰; isto corresponde a uma redução de apenas precisamente 1,67 %.

353. No presente processo, tanto cada uma das etapas das fases administrativa e judicial do processo, como todas as etapas processuais consideradas em conjunto apresentam um excesso considerável do prazo razoável: uma inércia de quatro anos e sete meses no procedimento administrativo³⁰², um processo judicial de oito anos e nove meses³⁰³ e uma duração total do processo de 22 anos até ao momento³⁰⁴ excedem – na falta de circunstâncias excepcionais – todos os limites concebíveis de um prazo razoável.

352. É de duvidar que uma redução da coima tão insignificante seja ainda hoje, à luz do disposto na CEDH, adequada. Segundo a jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, que deve ser tida igualmente em consideração pelo direito da União nos

354. Nestas condições, uma redução da coima tão insignificante, como a que foi efectuada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Baustahlgewebe* e como a que parece sugerir no caso em apreço a Comissão, não seria em caso algum adequada.

300 — Acórdão *Baustahlgewebe* (já referido na nota 216, n.º 141 e 142).

301 — TEDH, acórdãos *Dželili c. Alemanha* (já referido na nota 232, § 103) e *Ommer c. Alemanha* (já referido na nota 231, § 50).

302 — *V., supra*, n.º 306 a 310 e n.º 338 destas conclusões.

303 — *V., supra*, n.º 339 a 343 destas conclusões.

304 — *V., supra*, n.º 345 e 346 destas conclusões.

355. A violação de um direito fundamental resultante de uma duração excessiva do processo reclama uma sanção efectiva. Neste ponto, há que ter em conta, por um lado, a gravidade da infracção cometida pela empresa em causa e, por outro, a gravidade da violação do direito fundamental resultante da duração excessiva do processo³⁰⁵.

356. No caso vertente, deve partir-se do princípio da existência de uma violação grave do direito fundamental a ser julgado num prazo razoável. Esta circunstância justifica uma redução substancial da coima. No entanto, ao mesmo tempo, importa ter em conta que, no caso das práticas comerciais desenvolvidas pela Solvay, a Comissão considerou estarem em causa «infracções de extrema gravidade» contra uma das disposições fundamentais do mercado interno (artigo 82.º CE)³⁰⁶. Atendendo a todas as circunstâncias do caso concreto, considero, por isso, adequada uma redução da coima em 50%. Neste sentido, como ponto de referência para os cálculos dever-se-á optar pela coima no montante fixado pelo Tribunal Geral.

305 — Neste sentido, TEDH, acórdão *Eckle c. Alemanha* (artigo 50.º) (já referido na nota 233, § 24).

306 — Centésimo nonagésimo primeiro considerando da decisão controvertida. O Tribunal Geral confirmou a qualificação do comportamento da Solvay no mercado como de «extrema gravidade» e que referiu que nenhum dos argumentos da recorrente permite considerar que a Comissão procedeu a uma apreciação errada da gravidade das infracções (n.ºs 499 e 501 do acórdão recorrido). No presente recurso, a Solvay não impugnou esta parte do acórdão recorrido.

357. Assim, na hipótese de o Tribunal de Justiça não anular na íntegra o acórdão recorrido, nem a decisão controvertida³⁰⁷, sugiro reduzir, pelo menos, a coima de 19 milhões euros em 50%.

VI – Despesas

358. Nos termos do artigo 122.º, primeiro parágrafo, do seu Regulamento de Processo, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas quando o recurso é julgado procedente e decide ele próprio definitivamente sobre o litígio.

359. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 118.º, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencedora é condenada nas despesas se a parte vencida o tiver requerido. Uma vez que a Solvay pediu que a Comissão fosse condenada nas despesas tanto do presente recurso, como do processo em primeira instância, e uma vez que a Comissão sucumbiu nos seus argumentos em ambas as instâncias, esta deve suportar as despesas dos processos nas duas instâncias.

307 — V., a este respeito, *supra* em especial n.ºs 294 e 322 destas conclusões.

VII – Conclusão

360. Em vista das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que decida:

- «1) anular o acórdão do Tribunal Geral de 17 de Dezembro de 2009 no processo T-57/01, Solvay/Comissão.

- 2) anular a Decisão 2003/6/CE da Comissão de 13 de Dezembro de 2000.

- 3) condenar a Comissão nas despesas do processo em ambas as instâncias.»