



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 12 de fevereiro de 2014¹

Processo C-408/12 P

**YKK Corporation,
YKK Holding Europe BV,
YKK Stocko Fasteners GmbH
contra**

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Cartéis — Mercados dos fechos de correr e dos outros sistemas de fecho, bem como das máquinas de colocação dos fechos — Responsabilidades sucessivas — Limite legal da coima — Regulamento (CE) n.º 1/2003 — Artigo 23.º, n.º 2 — Conceito de ‘empresa’ — Responsabilidade pessoal — Princípio da proporcionalidade — Coeficiente multiplicador de dissuasão»

1. No presente recurso, a YKK Corp., a YKK Holding Europe BV (a seguir «YKK Holding») e a YKK Stocko Fasteners GmbH (a seguir «YKK Stocko») pedem a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 27 de junho de 2012². Este negou provimento ao seu recurso que visava, a título principal, obter a anulação da Decisão C(2007) 4257 final da Comissão³, na parte em que dizia respeito às recorrentes, bem como, a título subsidiário, a anulação ou a redução do montante da coima que lhes foi aplicada por essa decisão.

2. O recurso suscita questões importantes de direito da União Europeia em matéria de concorrência, que ainda não foram resolvidas pelo Tribunal de Justiça, ou seja, por um lado, a determinação do limite legal da coima, nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁴, no caso de responsabilidades sucessivas no âmbito do mesmo cartel e, mais precisamente, quando, no período de duração do cartel, uma entidade que participa na infração passa a ficar sob o controlo de outra empresa e, por outro, a aplicação, nesse contexto, de um coeficiente multiplicador de dissuasão no cálculo da coima.

1 — Língua original: francês.

2 — Acórdão YKK e o./Comissão (T-448/07, a seguir «acórdão recorrido»).

3 — Decisão de 19 de setembro de 2007 relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/39.168 — PO/Artigos de retorsaria metálicos e plásticos: Fechos) (a seguir «decisão controvertida»). O resumo desta decisão está publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO 2009, C 47, p. 8). A decisão controvertida inscreve-se no quadro de uma série de três decisões da Comissão relativas ao setor da retorsaria — a saber, a Decisão C(2005) 3765 final, de 14 de setembro de 2005 (Processo 38.337 - PO/Fil), a Decisão C(2004) 4221 final, de 26 de outubro de 2004 (Processo 38.338 - PO/Agulhas) e a decisão controvertida —, que foram todas adotadas na sequência das inspeções realizadas, em novembro de 2001, nas instalações de vários produtores de artigos de retorsaria, metálicos e de plástico.

4 — Regulamento do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1).

I – Antecedentes do litígio

3. Nos n.ºs 1 a 20 do acórdão recorrido, os antecedentes do litígio e a decisão controvertida são expostos nos seguintes termos:

«1 A primeira recorrente, YKK Corp., é uma empresa japonesa. É um dos líderes mundiais do mercado dos fechos de correr, mas desenvolve igualmente atividades no setor dos ‘outros sistemas de fecho’.

2 A segunda recorrente [YKK Holding] é uma empresa com sede nos Países Baixos. Tem 24 filiais [incluindo] [a YKK Stocko]. É uma filial da YKK Corp., detida a 100%. As suas filiais fabricam botões e fechos. a segunda recorrente não produz, não vende e não distribui nenhum destes produtos. É uma *holding* de natureza puramente financeira.

3 A terceira recorrente [YKK Stocko], anteriormente Stocko Fasteners GmbH e Stocko Verschluss-technik GmbH & Co. KG, é uma sociedade alemã estabelecida em Wuppertal. Foi constituída em 1901 e registada com o nome de YKK Stocko Fasteners, em setembro de 1995, quando a YKK Holding adquiriu 76% do seu capital, antes de adquirir a sua totalidade em março de 1997.

[...]

10 Em 16 de setembro de 2004, a Comissão dirigiu às sociedades Prym Fashion, William Prym, Éclair Prym, Fiocchi Prym, Fiocchi Snaps France, [YKK Stocko], YKK Holding, YKK Corp., Coats, A. Raymond, Berning & Söhne, Berning France, Scovill Fasteners Europe (anteriormente Unifast), Scovill Fasteners, bem como à [Fachverband Verbindungs-und Befestigungstechnik (a seguir «VBT»)], uma comunicação de acusações (a seguir ‘comunicação de acusações’) respeitante a ‘outros sistemas de fecho’, a máquinas de colocação dos fechos e a fechos de correr.

[...]

12 Em 12 de novembro de 2004, o grupo Prym, invocando a Comunicação [da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis⁵], apresentou, em nome do conjunto das suas filiais, um pedido de imunidade ou, a título subsidiário, de redução do montante das coimas relativas aos ‘outros sistemas de fecho’.

[...]

14 Em 18 de fevereiro de 2005, o grupo YKK, invocando a comunicação sobre a cooperação de 2002, apresentou um pedido de redução do montante das coimas relativas aos ‘outros sistemas de fecho’.

[...]

16 Os elementos de prova fornecidos em apoio dos pedidos dos grupos Prym e YKK para beneficiarem do disposto na comunicação sobre a cooperação de 2002 permitiram à Comissão dirigir às sociedades em causa, em 7 de março de 2006, uma comunicação de acusações adicional (a seguir ‘comunicação de acusações adicional’).

5 — JO 2002, C 45, p. 3 (a seguir «comunicação sobre a cooperação de 2002»).

- 17 A referida comunicação de acusações adicional, relativa aos ‘outros sistemas de fecho’, às máquinas de colocação dos fechos e aos fechos de correr, foi dirigida às sociedades A. Raymond, Berning & Söhne e Berning France, Coats e Coats Deutschland e Éclair Prym, Prym Fashion, Fiocchi Prym, Scovill Fasteners Europe, Scovill Fasteners, William Prym, YKK Corp., YKK Holding e YKK Stocko [...], bem como à VBT. [...]
- 18 A comunicação de acusações adicional dizia respeito aos mesmos produtos que a comunicação de acusações e, quando necessário, corrigia, precisava, sintetizava e ampliava as acusações que tinham sido formuladas na mesma. [...]
- 19 Em 11 de julho de 2006, foi realizada uma audição.
- 20 Após ter consultado o Comité Consultivo em matéria de acordos e posições dominantes, e visto o relatório final do auditor, a Comissão adotou, em 19 de setembro de 2007, a decisão [controvertida] [...]».

4. Na decisão controvertida, a Comissão declarou que as recorrentes tinham participado em três infrações às regras da concorrência, a saber:

- cooperação, entre o mês de maio de 1991 e o mês de março de 2001, no mercado dos sistemas de fecho em metal e em plástico («outros sistemas de fecho») e das máquinas de colocação dos fechos, no âmbito dos denominados círculos de «Basileia-Wuppertal e de Amesterdão» (a seguir «cooperação BWA»). No quadro desta cooperação, os participantes acordaram entre si, em reuniões, aumentos coordenados de preços e trocaram informações confidenciais sobre preços e sobre a aplicação dos aumentos de preços, à escala alemã e europeia;
- cooperação, entre os anos de 1999 e de 2003, no mercado dos «outros sistemas de fecho», em que participaram os grupos Prym e YKK (a seguir «cooperação bilateral entre a Prym e a YKK»). Esta infração consistiu em acordos e práticas concertadas, à escala europeia e mundial, relativos à repartição de clientes e à fixação de preços, nomeadamente, de preços mínimos, médios e preços-alvo, e ao controlo dos aumentos de preços através de trocas regulares de listas de preços e de contactos bilaterais frequentes, e, por último,
- cooperação, entre o mês de abril de 1998 e o mês de novembro de 1999, no mercado dos fechos de correr, em que participaram os grupos YKK, Coats e Prym (a seguir «cooperação tripartida»). Neste quadro, estes três grupos trocaram informações sobre preços e acordaram entre si uma metodologia para fixar os preços mínimos para certos produtos no mercado europeu.

5. Em consequência disto, a Comissão aplicou às empresas em causa coimas por infração ao artigo 81.º CE (atual artigo 101.º TFUE⁶), cujo montante foi calculado com base na metodologia estabelecida nas orientações⁷, bem como na Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas⁸ e na comunicação sobre a cooperação de 2002.

6. No que diz respeito à cooperação BWA, a decisão controvertida aplicou as seguintes coimas:

- A. Raymond Sarl: 8 325 000 euros;
- Berning & Söhne GmbH & Co. KG: 1 123 000 euros;

6 — Nas presentes conclusões, utilizarei a antiga numeração, dado que a decisão controvertida foi adotada na vigência do Tratado CE.

7 — Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações»).

8 — JO 1996, C 207, p. 4 (a seguir «comunicação sobre a cooperação de 1996»).

- Scovill Fasteners Europe SA e Scovill Fasteners Inc., conjunta e solidariamente responsáveis: 6 002 000 euros;
- William Prym GmbH & Co. KG e Prym Inovon GmbH & Co. KG, conjunta e solidariamente responsáveis: 24 913 000 euros;
- YKK Stocko: 68 250 000 euros (dos quais YKK Corp. e YKK Holding são consideradas conjunta e solidariamente responsáveis pelo montante de 49 000 000 euros), e
- VBT: 1 000 euros.

7. A este respeito, deve notar-se que, segundo a decisão controvertida, a terceira recorrente no presente processo, a YKK Stocko, participou na infração durante todo o seu período de duração, de nove anos e nove meses, ao passo que a YKK Corp. e a YKK Holding, primeira e segunda recorrentes, só começaram a participar (direta ou indiretamente) depois da aquisição, em 1997, da YKK Stocko pela YKK Holding e, por conseguinte, participaram durante quatro anos (considerandos 466 a 468 da decisão controvertida). Razão pela qual a YKK Corp. e a YKK Holding não foram consideradas responsáveis pelo pagamento da totalidade da coima aplicada à YKK Stocko, por um lado, e por outro, esta foi considerada única responsável pelo pagamento dos restantes 19 250 000 euros da coima que lhe foi aplicada.

8. Quanto à cooperação bilateral entre a Prym e a YKK, a YKK Corp., a YKK Holding e a YKK Stocko foram conjunta e solidariamente condenadas numa coima de 19 500 000 euros. Na decisão controvertida, a Comissão considerou, em contrapartida, que o grupo Prym satisfazia as condições para beneficiar de uma imunidade total da coima.

9. Por último, no que diz respeito às infrações cometidas no âmbito da cooperação tripartida, foram aplicadas as seguintes coimas:

- YKK Corp. e YKK Holding, conjunta e solidariamente responsáveis: 62 500 000 euros;
- Coats Holdings Ltd. e Coats Deutschland GmbH, conjunta e solidariamente responsáveis: 12 155 000 euros, e
- William Prym GmbH & Co. KG e Prym Inovon GmbH & Co. KG, conjunta e solidariamente responsáveis: 6 727 500 euros (dos quais a Éclair Prym Group SA é considerada solidariamente responsável pelo total de 5 850 000 euros).

II – Recurso para o Tribunal Geral e acórdão recorrido

10. No seu recurso para o Tribunal Geral no qual pediam a anulação da decisão controvertida, as recorrentes invocaram oito fundamentos, cuja ordem de apreciação foi alterada pelo Tribunal Geral e que o mesmo dividiu em três categorias:

- a primeira categoria incluía cinco fundamentos respeitantes à cooperação tripartida, relativos, em substância, em primeiro lugar, à falta de elementos de prova da existência da infração (primeiro fundamento), em segundo lugar, a uma apreciação incorreta da natureza e da aplicação da infração, por um lado, e ao impacto concreto dessa infração, por outro (segundo, terceiro e quarto fundamentos) e, em terceiro, a uma aplicação incorreta das comunicações sobre a cooperação de 1996 e de 2002 (quinto fundamento);

- a segunda categoria era composta por dois fundamentos relativos à cooperação BWA, no âmbito dos quais, as recorrentes, sem contestarem a existência da infração, invocavam, por um lado, uma aplicação incorreta da limitação da coima, na medida em que a Comissão não teria aplicado o limite de 10% à filial YKK Stocko, relativamente ao período anterior a 1997, data da aquisição da YKK Stocko pela YKK Holding (sexto fundamento) e, por outro, a aplicação incorreta do coeficiente multiplicador no cálculo da coima aplicada à YKK Stocko relativamente ao mesmo período anterior à sua aquisição (sétimo fundamento), e, por último,
- as recorrentes invocaram um oitavo fundamento comum às infrações relacionadas com a cooperação tripartida e com a cooperação BWA, relativo à violação dos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade no que diz respeito à aplicação, no cálculo da coima, do coeficiente multiplicador de dissuasão de 1,25.

11. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou improcedentes todos os fundamentos invocados pelas recorrentes, negou provimento ao recurso e condenou as recorrentes nas despesas.

III – Quanto ao recurso da decisão do Tribunal Geral

12. As recorrentes e a Comissão participaram na fase escrita do processo no Tribunal de Justiça, bem como na audiência que se realizou em 16 de outubro de 2013.

13. No presente recurso, as recorrentes invocam quatro fundamentos, que dizem respeito unicamente ao cálculo das coimas que lhes foram aplicadas na sequência das cooperações tripartida e BWA.

14. Antes de mais, as recorrentes alegam que o acórdão recorrido não descreve adequadamente as razões que levaram o Tribunal Geral a julgar improcedente o fundamento relativo ao caráter desproporcionado do montante inicial da coima, dado que a cooperação tripartida não teria tido qualquer impacto sobre o mercado. A este respeito, consideram que o Tribunal Geral violou o artigo 23.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento 1/2003, bem como o princípio da proporcionalidade (primeiro fundamento). Em seguida, as recorrentes sustentam que o Tribunal Geral não respeitou o dever de fundamentação que lhe incumbia e o princípio da *lex mitior* no que diz respeito à aplicabilidade das comunicações sobre a cooperação de 1996 e de 2002 (segundo fundamento). Além disso, afirmam que, ao basear-se numa interpretação incorreta do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, o Tribunal Geral não respeitou os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, bem como o da responsabilidade pessoal, ao ter recusado aplicar o limite de 10% unicamente ao volume de negócios da YKK Stocko no período anterior à sua aquisição pela YKK Holding (terceiro fundamento). Por último, as recorrentes acusam o Tribunal Geral de ter violado igualmente o dever de fundamentação, o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, bem como os princípios da proporcionalidade e da responsabilidade pessoal, no que diz respeito à aplicação de um coeficiente multiplicador de dissuasão relativamente ao período de infração anterior à aquisição da YKK Stocko (quarto fundamento).

A – Quanto ao primeiro fundamento, respeitante à cooperação tripartida, relativo a uma falta de fundamentação do acórdão recorrido no que diz respeito à fixação do montante inicial da coima em relação ao impacto da infração sobre o mercado e a uma violação do princípio da proporcionalidade

1. Primeira parte do primeiro fundamento

15. Nesta primeira parte do primeiro fundamento, as recorrentes acusam o Tribunal Geral de não ter descrito devidamente as razões que o levaram a julgar improcedente o fundamento relativo ao caráter desproporcionado do montante inicial da coima, no valor de 50 milhões de euros, tendo em conta a alegada ausência de impacto da infração em causa sobre o mercado. Esta falta de fundamentação impede as recorrentes de saberem se o Tribunal Geral julgou improcedente este fundamento devido ao facto de a Comissão, por um lado, ter tomado suficientemente em conta o impacto da infração sobre o mercado ou, por outro, não o ter tomado em conta por não ter a obrigação de o fazer.

16. As recorrentes acrescentam que o raciocínio do Tribunal Geral era confuso, misturando a qualificação da infração de «muito grave» e o cálculo do montante inicial da coima.

17. Não partilho desta tese.

18. Antes de mais, deve salientar-se que as recorrentes abandonaram expressamente o argumento «segundo o qual a cooperação tripartida, pelo seu próprio caráter, não podia ser qualificada de «muito grave», dado o impacto não ter sido tomado em conta pela Comissão» (n.º 13 do recurso). Como a qualificação da infração já não está em causa, o presente recurso tem por objeto unicamente a fixação do montante de inicial da coima em 50 milhões de euros, que o Tribunal Geral confirmou sem ter dado explicações suficientes quanto a uma adequada tomada em consideração, pela Comissão, do impacto da infração em causa no mercado ou quanto à obrigação, ou não, que a Comissão teria de tomar em consideração esse impacto.

19. A este respeito, considero que o Tribunal Geral explicou perfeitamente por que motivo, em seu entender, a Comissão tinha corretamente qualificado a infração em causa de «muito grave» e fixado o montante inicial da coima em 50 milhões de euros, sem ter em conta o impacto dessa infração no mercado por não ter a obrigação de o fazer.

20. Antes de mais, o Tribunal Geral recorda que «em conformidade com o ponto 1 A, primeiro parágrafo, das orientações, a avaliação da gravidade da infração deve ter em consideração o caráter da própria infração, o seu impacto concreto no mercado quando este for quantificável e a dimensão do mercado geográfico de referência» (n.º 125 do acórdão recorrido), mas que os três aspetos desta avaliação «não têm o mesmo peso no quadro do exame global» (n.º 126 do acórdão recorrido). Com efeito, as infrações mais graves, como «acordos ou práticas concertadas que visem, nomeadamente, como no presente caso, a fixação de preços, podem levar, unicamente com fundamento no seu próprio caráter, à qualificação de ‘muito graves’, sem que seja necessário caracterizar tais comportamentos por um impacto ou através de uma análise geográfica particular» (mesmo n.º 126 do acórdão recorrido).

21. A propósito da tomada em consideração do impacto concreto no mercado, o Tribunal Geral prossegue o seu raciocínio indicando, no n.º 140 do acórdão recorrido, que este impacto só deve ser tomado em consideração «quando for quantificável», salientando, no n.º 141 do referido acórdão, que a Comissão não tinha «procurado demonstrar os efeitos precisos da infração». Com efeito, a Comissão indicou claramente que, tendo em conta as provas que figuram no seu processo relativos à cooperação tripartida no mercado dos fechos de correr, não dispunha de elementos de prova

suficientes quanto à aplicação final do acordo de harmonização dos preços⁹ (que era uma das vertentes do acordo e que incluía igualmente o intercâmbio de informações sensíveis e discussões sobre os aumentos de preços¹⁰). No entanto, isto não impediu que a Comissão, como o Tribunal Geral indica, no n.º 142 do acórdão recorrido, concluísse que o acordo, no seu conjunto, tinha tido, provavelmente, incidência no mercado, mesmo que esta tivesse sido mais limitada ou de duração mais curta do que os participantes tinham previsto¹¹.

22. Considero que, sem qualquer contradição, a Comissão concluiu acertadamente, ao mesmo tempo, que o acordo, no seu conjunto, tinha sido posto em prática e era suscetível de ter tido uma incidência no mercado e acrescentou que esse impacto não era, porém, quantificável, por ser impossível determinar com certeza suficiente os parâmetros concorrenciais aplicáveis sem as infrações, o que o Tribunal Geral explica claramente nos n.ºs 141 e 142 do acórdão recorrido.

23. Além disso, recordo que esta fundamentação do Tribunal Geral está perfeitamente de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, aquele Tribunal não fez mais do que recordar «o princípio segundo o qual o impacto concreto da infração no mercado não é um critério decisivo para a determinação do montante das coimas»¹².

24. O Tribunal de Justiça, no seu acórdão Carbone-Lorraine/Comissão¹³, também declarou que «o efeito de uma prática anticoncorrencial não constitui, em si mesmo, um critério determinante para a apreciação do montante adequado da coima. Em especial, elementos atinentes ao aspeto intencional podem ter mais importância do que os relativos aos referidos efeitos, sobretudo quando estão em causa infrações intrinsecamente graves, como a fixação dos preços e a repartição dos mercados».

25. De resto, o Tribunal Geral, no seu acórdão Sachsa Verpackung/Comissão¹⁴, declarou que «o argumento da recorrente segundo o qual, em substância, o Tribunal Geral deve reduzir o montante da coima aplicada pela Comissão quando o impacto da infração no mercado não seja mensurável, não pode [...] ser acolhido».

26. As recorrentes salientam ainda que o Tribunal Geral não tomou em consideração como uma alegação distinta a argumentação que apresentaram relativa à proporcionalidade do montante inicial.

27. A este respeito, basta referir que, em todo o caso, este argumento sobre a proporcionalidade só está presente, na primeira parte, associado à inexistência de impacto no mercado ou à obrigação de ter em conta essa eventual inexistência.

28. Por conseguinte, concluo que a primeira parte do primeiro fundamento, relativo a uma fundamentação insuficiente do acórdão recorrido, deve ser julgada improcedente.

9 — V. ponto 1, alínea A, primeiro parágrafo, das orientações, que foi recordado pelo Tribunal de Justiça no n.º 38 do acórdão de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão (C-389/10 P, Colet., p. I-13125), bem como no n.º 140, e jurisprudência referida, do acórdão recorrido.

10 — V. considerando 508 da decisão controvertida.

11 — V. considerando 509 da decisão controvertida.

12 — V. acórdão KME Germany e o./Comissão, já referido, n.º 44 (dito cartel «do mercado dos tubos industriais/sanitários em cobre»). V., igualmente, n.ºs 97 e segs. das conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo em que foi proferido o acórdão de 26 de novembro de 2013, Gascogne Sack Deutschland/Comissão (C-40/12 P).

13 — Acórdão de 12 de novembro de 2009 (C-554/08 P, n.º 44). V., igualmente, acórdãos de 2 de outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão (C-194/99 P, Colet., p. I-10821, n.º 118), bem como de 3 de setembro de 2009, Prym e Prym Consumer/Comissão (C-534/07 P, Colet., p. I-7415, n.º 96).

14 — Acórdão de 16 de novembro de 2011 (T-79/06, n.º 118). V., igualmente, acórdão Gascogne Sack Deutschland/Comissão, já referido.

2. Segunda parte do primeiro fundamento

29. Nesta segunda parte do primeiro fundamento, as recorrentes sustentam que, embora devesse decorrer do acórdão recorrido que a Comissão teve suficientemente em conta o impacto da infração no mercado, ao decidir desse modo, o Tribunal Geral interpretou incorretamente a decisão controvertida e violou o direito da União, em especial, o artigo 23.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 1/2003, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que obriga a Comissão, quando considera adequado ter em conta o impacto da infração no mercado para aumentar o montante inicial da coima para além do montante mínimo aplicável de 20 milhões de euros, previsto nas orientações, a fornecer indícios concretos, credíveis e suficientes que permitam apreciar a influência efetiva que a infração poderá ter tido no que respeita à concorrência no referido mercado.

30. Este argumento assenta claramente numa leitura incorreta do acórdão recorrido e da decisão controvertida.

31. Com efeito, como já salientei, a apreciação do critério da gravidade da infração só deve tomar em consideração o impacto concreto desta no mercado quando o mesmo for quantificável.

32. No caso em apreço, a Comissão explicou — da mesma forma que na sua Decisão C(2004) 2826¹⁵ [que deu lugar a três acórdãos, a saber, os acórdãos KME Germany e o./Comissão (C-272/09 P), Chalkor/Comissão, e KME Germany e o./Comissão (C-389/10 P)¹⁶] — que não podia quantificar com precisão o impacto concreto da cooperação tripartida (v. considerandos 507 e 509 da decisão controvertida).

33. Consequentemente, tal como as recorrentes no processo em que foi proferido o acórdão KME Germany e o./Comissão, já referido, as recorrentes interpretaram incorretamente o acórdão recorrido, ao deduzirem «que o impacto concreto da infração no mercado deveria ter sido levado em conta para efeitos do cálculo do montante inicial da coima que lhes foi aplicada»¹⁷.

34. Por conseguinte, em meu entender, e como no referido processo, era legítimo que, na decisão controvertida, a Comissão concluísse que a infração tinha provavelmente tido um certo impacto (não quantificável) no mercado¹⁸, o que não deve ser, evidentemente, confundido com uma declaração de um impacto quantificável concreto, que não é exigido¹⁹. Como foi explicado acima, no âmbito da primeira parte, e como o Tribunal de Justiça já declarou no referido processo²⁰, não é contraditório afirmar, por um lado, que o impacto concreto não é um critério decisivo na apreciação da gravidade e considerar, por outro, que a infração teve provavelmente um certo impacto.

35. Daqui decorre que o Tribunal Geral não fez uma leitura errada da decisão controvertida e que este argumento da segunda parte do primeiro fundamento (ou seja, os n.ºs 17 a 22 do recurso) assenta numa premissa errada.

15 — Decisão de 3 de setembro de 2004, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-1/38.069 — Tubos sanitários de cobre) (a seguir «decisão ‘Tubos sanitários de cobre’»). V. considerando 629 da decisão «Tubos sanitários de cobre», que especifica que «[e]mbora certos elementos do processo tornem possível uma avaliação minuciosa, sobre um período limitado, dos efeitos do cartel sobre os preços, a Comissão não tem possibilidade de determinar precisamente a forma como os preços teriam evoluído sem a existência do cartel durante todo o período de infração».

16 — Respetivamente, acórdãos de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão (C-272/09 P, Colet., p. I-12789), Chalkor/Comissão (C-386/10 P, Colet., p. I-13085), e KME Germany e o./Comissão, já referido.

17 — Acórdão KME Germany e o./Comissão, já referido, n.º 45.

18 — V. considerandos 629 e 673 da decisão «Tubos sanitários de cobre» e considerando 507 da decisão controvertida.

19 — Acórdão KME Germany e o./Comissão, já referido, n.º 41.

20 — *Ibidem*, n.º 44.

36. Além disso, estou de acordo com a Comissão em que este raciocínio não é invalidado pelo acórdão Prym e Prym Consumer/Comissão, já referido (nomeadamente, nos seus n.ºs 81 e 82), invocado pelas recorrentes (v. n.ºs 23 a 30 do recurso).

37. A razão é simples. No seu acórdão Prym e Prym Consumer/Comissão²¹, o Tribunal Geral declarou que a Comissão não tinha afirmado que o impacto concreto não era quantificável²² e, portanto, foi à luz do facto de a Comissão ter procurado ter em conta e quantificar um impacto concreto que o Tribunal Geral concluiu que a mesma não tinha cumprido o seu dever de fundamentação²³ (embora, em conclusão, o Tribunal Geral não tenha reduzido o montante da coima)²⁴.

38. Portanto, é claro que o acórdão do Tribunal de Justiça Prym e Prym Consumer/Comissão, já referido, não é transponível para o presente processo.

39. Em todo o caso, o acórdão do Tribunal de Justiça Prym e Prym Consumer/Comissão, já referido (mais concretamente os seus n.ºs 81 e 82, referidos pelas recorrentes), não pode ser interpretado no sentido de que a declaração ou a demonstração (através de meios diferentes das presunções) de um impacto concreto quantificável constituem as únicas razões que legitimam o aumento do montante inicial para além do montante mínimo de 20 milhões de euros.

40. Segundo o ponto 1, alínea A, quarto e sexto parágrafos, das orientações, «[s]erá, por outro lado, necessário tomar em consideração a capacidade económica efetiva dos autores da infração de causarem um prejuízo importante aos outros operadores, nomeadamente aos consumidores, e determinar um montante que assegure que a coima apresenta um carácter suficientemente dissuasivo» e «[n]o caso de infrações em que participem várias empresas (tipo cartel), poderá ser conveniente ponderar, em certos casos, os montantes determinados no interior de cada uma das categorias acima referidas, a fim de ter em conta o peso específico e, portanto, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa na concorrência, nomeadamente se existir uma disparidade considerável em termos de dimensão das empresas que cometeram uma infração da mesma natureza».

41. Além disso, deve salientar-se que, nos acórdãos relativos à decisão «Tubos sanitários de cobre», já referidos, o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça aceitaram um montante inicial superior ao montante «mínimo» de 20 milhões de euros (nesse caso, 35 milhões de euros) embora não tivesse sido tomado em consideração um impacto concreto (quantificável).

42. Em todo o caso, deve recordar-se que «não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal [Geral], por motivos de equidade, substituir pela sua própria apreciação a apreciação efetuada pelo Tribunal [Geral], que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas, devido à violação, por estas, do direito [da União]»²⁵.

43. Decorre das considerações precedentes que o Tribunal Geral não cometeu um erro ao considerar, sem ter tido em conta um impacto concreto da infração em causa no mercado, que um valor de 50 milhões de euros constituía, no caso em apreço, um montante inicial adequado para a coima. Em consequência, a segunda parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

21 — Acórdão de 12 de setembro de 2007 (T-30/05).

22 — V. n.º 109 desse acórdão, que remete para os considerandos 318 a 320 da decisão em causa nesse processo. V. igualmente acórdão do Tribunal de Justiça Prym e Prym Consumer/Comissão, já referido, n.º 78.

23 — Acórdão do Tribunal Geral Prym e Prym Consumer/Comissão, já referido, n.ºs 111 e 112).

24 — *Ibidem*, n.º 190.

25 — Acórdão de 28 de junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colet., p. I-5425, n.º 245).

3. Terceira parte do primeiro fundamento

44. Nesta terceira parte do primeiro fundamento, as recorrentes, antes de mais, sustentam que, na hipótese (em meu entender correta em relação à que está em causa na segunda parte acima analisada) de decorrer do acórdão recorrido que a Comissão não teve em conta o impacto da infração no mercado por não ser obrigada a fazê-lo, o Tribunal Geral aplicou de forma incorreta o direito da União, por força do qual as sanções previstas no direito nacional e no direito da União devem não só ser efetivas e ter um efeito dissuasivo mas também ser proporcionadas à infração. A este respeito, as recorrentes alegam, como na petição para o Tribunal Geral, que é desproporcionado aumentar o montante mínimo aplicável de 20 milhões (como fixado, nas orientações, para as infrações «muito graves») para 50 milhões de euros (ou seja, um aumento de 250%) sem ter em conta a ausência de impacto no mercado do acordo sobre a cooperação tripartida. Se se entendesse de outro modo, o acórdão recorrido atribuiria demasiada importância à dimensão da empresa enquanto elemento de determinação da coima e estaria, assim, em contradição com as orientações e a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

45. Segundo a Comissão, as recorrentes tentam dar a impressão de que o montante de 20 milhões de euros é o montante de base do cálculo e que a Comissão deveria justificar expressamente qualquer «aumento» acima desse montante, no caso em apreço, de 250% ou de 312,5%, em função apenas da dimensão da empresa²⁶.

46. Como a Comissão salientou corretamente, este argumento assenta numa confusão entre o «montante inicial» — fixado em função de um certo número de elementos específicos do processo e relacionados com a infração, entre os quais a dimensão do mercado afetado — e a classificação de um participante no cartel num determinado grupo (o «agrupamento») ou a aplicação de um «coeficiente multiplicador de dissuasão» no cálculo da coima a aplicar a uma empresa em particular, fase do cálculo em que é tomada em conta a dimensão da empresa.

47. Neste caso, o valor do mercado dos fechos de correr ultrapassava os 400 milhões de euros (considerando 12 da decisão controvertida) e a infração foi qualificada de «muito grave», tendo em conta o conjunto de factos específicos e de circunstâncias próprias do caso em apreço. À luz de todos estes elementos, o montante inicial da coima aplicada ao primeiro grupo de empresas foi fixado em 50 milhões de euros²⁷.

48. Dado que as recorrentes constituíam o participante no cartel mais importante em termos de partes do mercado dos fechos de correr, foram colocadas neste primeiro grupo (considerando 530 da decisão controvertida). Até esta fase do cálculo, a dimensão global da empresa não entra em linha de conta. Em seguida, foi aplicado a esse montante um coeficiente multiplicador de dissuasão de 1,25, em função da dimensão global considerável do grupo YKK (considerandos 537 a 539 da decisão controvertida).

49. Em todo o caso, deve recordar-se que é ao Tribunal Geral que incumbe proceder à apreciação do carácter adequado destes montantes e que, em princípio, «não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal [Geral], por motivos de equidade, substituir pela sua própria apreciação a apreciação efetuada pelo Tribunal [Geral], que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas, devido à violação, por estas, do direito [da União]»²⁸.

26 — Segundo as recorrentes, um montante inicial da coima de 50 milhões de euros corresponde a 250% do montante inicial mínimo para as infrações qualificadas como «muito graves», ou mesmo a 312,5%, com o coeficiente multiplicador de 1,25.

27 — Considerandos 496, 497, 507 a 509, 514 a 516, 529 e 530 da decisão controvertida.

28 — Acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido, n.º 245.

50. Em seguida, as recorrentes acusam o Tribunal Geral de não ter admitido a possibilidade de considerar a não aplicação do acordo como circunstância atenuante.

51. A este respeito, basta salientar, como o Tribunal Geral corretamente já fez na sua jurisprudência, que «para efeitos de avaliação das circunstâncias atenuantes, nomeadamente a relativa à não aplicação dos acordos, há que ter em consideração, *não os efeitos resultantes da totalidade da infração*, que devem ser considerados na apreciação do impacto concreto de uma infração no mercado para efeitos da determinação da sua gravidade (n.º 1, ponto A, primeiro parágrafo, das Orientações), *mas o comportamento individual de cada empresa*, para se examinar a gravidade relativa da participação de cada empresa na infração» (o sublinhado é meu)²⁹.

52. No seu acórdão KME Germany e o./Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça confirmou a abordagem do Tribunal Geral na medida em que declarou que «[n]o tocante ao primeiro argumento, visa o n.º 127 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal Geral remeteu para a sua jurisprudência segundo a qual, para beneficiarem da circunstância atenuante visada no ponto 3, segundo travessão, das orientações, os infratores devem demonstrar que adotaram um comportamento concorrencial ou, pelo menos, que infringiram de modo claro e considerável as obrigações destinadas a pôr em prática o cartel, ao ponto de terem perturbado o respetivo funcionamento, e que não deram a aparência de ter aderido ao acordo, incitando deste modo outras empresas a pôr em prática o acordo em causa»³⁰. Por conseguinte, no n.º 96 desse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «o Tribunal Geral não cometeu qualquer erro de direito quando interpretou de modo estrito os requisitos exigidos para que se possa beneficiar da circunstância atenuante visada no ponto 3, segundo travessão, das orientações. Ora, como indicou esse Tribunal no n.º 128 do acórdão recorrido, as recorrentes não sustentaram terem satisfeito estes requisitos. Por conseguinte, o primeiro argumento é improcedente».

53. Como as recorrentes não demonstraram — nem sequer invocaram — nenhuma das exigências acima referidas para comprovar a existência de circunstâncias atenuantes, o seu argumento deve ser rejeitado.

54. Quanto à comparação com os processos em que foram proferidos os acórdãos Degussa/Comissão (cartel dito «da metionina»), bem como Prym e Prym Consumer/Comissão (cartel dito «das agulhas»)³¹, considero (como a Comissão) que o presente processo se distingue destes pelo facto de não estar aqui em causa uma não aplicação integral da cooperação tripartida no mercado dos fechos de correr durante um determinado período (aliás relativamente longo), mas simplesmente da falta de provas da execução final de apenas um dos seus elementos (o acordo de harmonização dos preços). Além disso, esta circunstância específica foi tomada em consideração na apreciação global da gravidade.

29 — Acórdão do Tribunal Geral de 25 de outubro de 2005, Groupe Danone/Comissão (T-38/02, Colet., p. II-4407, n.º 384). V., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça KME Germany e o./Comissão, já referido, n.ºs 93 e 96, bem como acórdão do Tribunal Geral de 30 de novembro de 2011, Quinn Barlo e o./Comissão (T-208/06, Colet., p. II-7953, n.º 244).

30 — V. n.º 93 desse acórdão. V., neste contexto, acórdãos do Tribunal Geral de 8 de julho de 2004, Dalmine/Comissão (T-50/00, Colet., p. II-2395, n.º 292), e de 15 de março de 2006, Daiichi Pharmaceutical/Comissão (T-26/02, Colet., p. II-713, n.º 113).

31 — Respetivamente, acórdãos do Tribunal Geral de 5 de abril de 2006, Degussa/Comissão (T-279/02, Colet., p. II-897), bem como Prym e Prym Consumer/Comissão, já referido.

55. No que respeita às decisões C(2006) 1766 e C(2006) 5700 final³², as recorrentes não podem contestar que a dimensão dos mercados em causa [340 milhões de euros, no caso do mercado do peróxido de hidrogénio, e 550 milhões de euros, no caso do mercado combinado da borracha de butadieno e da borracha de estireno-butadieno de emulsão (BR/ESBR)] era globalmente comparável à do mercado dos fechos de correr. Além disso, o grau de execução pelos participantes e a apreciação de um impacto provável mas não quantificável nessas decisões em matéria de cartéis não eram, no essencial, diferentes dos que caracterizam o presente processo³³.

56. Daqui decorre que a terceira parte do primeiro fundamento e, por conseguinte, o primeiro fundamento na totalidade devem ser julgados improcedentes.

B – Quanto ao segundo fundamento, relativo à cooperação tripartida, dirigido contra a fundamentação do acórdão recorrido, na medida em que recusou aplicar a comunicação sobre a cooperação de 2002 (primeira parte) e interpretou incorretamente o princípio da lex mitior (segunda parte)

57. Tal como a Comissão, penso que — mesmo supondo, o que a Comissão contesta, que a comunicação sobre a cooperação de 2002 possa ser considerada, neste contexto, como «*lex mitior*» em relação à de 1996 — o que o Tribunal Geral rejeitou sem qualquer ambiguidade — ainda que de forma implícita (nos n.ºs 184 e segs. do acórdão recorrido) —, o argumento baseado no princípio da *lex mitior*, por esta alegação ser destituída de objeto, dado que a Comissão tinha concedido às recorrentes uma imunidade parcial de facto, ao considerar como circunstância atenuante a cooperação das mesmas, e que não podia ser tomada em consideração com fundamento na comunicação sobre a cooperação de 1996. O Tribunal Geral observa que essa circunstância deu lugar a uma redução da coima de 9 375 000 euros (n.º 187 do acórdão recorrido).

58. Além disso, o Tribunal Geral explicou em que aspetos as recorrentes não tinham respeitado as exigências da comunicação sobre a cooperação de 1996 (n.ºs 170 a 180 do acórdão recorrido).

59. A Comissão tem razão quando afirma que a única questão pertinente aqui (à luz da leitura da segunda parte do segundo fundamento) é saber se o Tribunal Geral deveria ter explicado expressamente por que motivos as recorrentes não tinham o direito de obter, além da imunidade parcial (de facto), uma vantagem adicional com base na comunicação sobre a cooperação de 2002, isto é, uma redução adicional do montante da coima por terem fornecido, a respeito do período compreendido entre 28 de abril de 1998 e 2 de junho de 1999, informações ou elementos de prova com um valor acrescentado significativo (n.º 21 da comunicação sobre a cooperação de 2002).

60. Quanto a este ponto, as recorrentes consideram que, ao abster-se de aplicar a comunicação sobre a cooperação de 2002, em vez da comunicação sobre a cooperação de 1996, o Tribunal Geral interpretou erradamente o direito da União, em especial o princípio da *lex mitior*, como consagrado no artigo 7.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, bem como no artigo 49.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em virtude do qual a lei mais favorável deve ser aplicada retroativamente. Uma vez que a comunicação sobre a cooperação de 1996, contrariamente à comunicação sobre a cooperação de 2002, fazia depender o benefício de uma redução da coima da

32 — Respetivamente, decisão da Comissão, de 3 de maio de 2006, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE contra a Akzo Nobel NV, a Akzo Nobel Chemicals Holding AB, a EKA Chemicals AB, a Degussa AG, a Edison SpA, a FMC Corporation, a FMC Foret SA, a Kemira OYJ, a L'Air Liquide SA, a Chemoxal SA, a Snia SpA, a Caffaro Srl, a Solvay SA/NV, a Solvay Solexis SpA, a Total SA, a Elf Aquitaine SA e a Arkema SA. (Processo COMP/F/C.38.620 — Peróxido de hidrogénio e perborato), resumo da referida decisão publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO 2006, L 353, p. 54), disponível no sítio Web da Direção-Geral «Concorrência» da Comissão, e decisão da Comissão, de 29 de novembro de 2006, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/F/38.638 — BR/ESBR), resumo da referida decisão publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO 2008, C 7, p. 11), disponível no sítio Web da Direção-Geral «Concorrência» da Comissão.

33 — V., no que respeita à decisão C(2006) 1766, o seu considerando 455, e, no que respeita à decisão C(2006) 5700 final, o seu considerando 462.

não contestação dos factos, foi portanto em violação do princípio da *lex mitior* (n.ºs 62 a 65 do recurso) que esse benefício lhes foi recusado com fundamento num elemento que já não era aplicável. As recorrentes concluem que os elementos de prova que submeteram proporcionaram uma mais-valia significativa à investigação, na medida em que permitiram à Comissão demonstrar que a infração presumida tinha durado muito mais tempo. Em consequência, as recorrentes deviam ter beneficiado de uma redução adicional do montante da coima a esse título (além da imunidade parcial que lhes tinha sido concedida por terem provado a duração prolongada do cartel), ou seja, de um «duplo benefício» pelas mesmas informações e elementos de prova, consistente, em primeiro lugar, numa redução e, em segundo lugar, numa imunidade parcial.

61. Antes de mais, há que salientar que não é a comunicação sobre a cooperação (quer se trate da de 1996 ou da de 2002) que constitui a base jurídica das coimas aplicadas nos termos das regras de concorrência da União, mas sim o artigo 23.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 1/2003. Como a Comissão corretamente salientou, este não sofreu nenhuma alteração ao longo do tempo e é, aliás, em substância idêntico ao artigo 15.º do Regulamento n.º 17³⁴. Por conseguinte, o quadro jurídico das coimas não sofreu alterações de fundo.

62. Dito isto, saliento, em primeiro lugar, que a Prym e a Coats apresentaram um primeiro pedido de clemência antes de 14 de fevereiro de 2002 e que, por força do n.º 28 da comunicação sobre a cooperação de 2002³⁵, é a comunicação sobre a cooperação de 1996 que era e continuava aplicável *ratione temporis* a todo o cartel no mercado dos fechos de correr.

63. Em segundo lugar, recordo que o Tribunal de Justiça³⁶ declarou que, «[n]o que diz respeito à cooperação de uma empresa com a Comissão [quer seja ao abrigo da comunicação sobre a cooperação de 1996 ou de 2002, ou enquanto circunstância atenuante], [...] essa contribuição pode justificar uma redução da coima a título da comunicação sobre a cooperação, unicamente se permitir efetivamente à Comissão realizar a sua missão que consiste em detetar a existência de uma infração e pôr-lhe fim».

64. Neste contexto, deve recordar-se que «a Comissão beneficia de um amplo poder de apreciação no que diz respeito ao método de cálculo das coimas e pode, a esse respeito, ter em conta múltiplos elementos, entre os quais figura a cooperação das empresas em causa durante a investigação conduzida pelos serviços desta instituição. Neste âmbito, cabe à Comissão efetuar apreciações factuais complexas, como as que incidem sobre a cooperação respetiva das referidas empresas»³⁷.

65. Em terceiro lugar, resulta dos autos que, ao não contestarem os n.ºs 170 a 181 do acórdão recorrido, as recorrentes já não afirmam que a Comissão aplicou incorretamente a comunicação sobre a cooperação de 1996.

34 — Regulamento do Conselho de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

35 — A saber, «[a] partir de 14 de fevereiro de 2002, a presente Comunicação substitui a Comunicação de 1996 no que se refere a todos os processos relativamente aos quais nenhuma empresa contactou a Comissão a fim de beneficiar do tratamento favorável previsto nessa Comunicação».

36 — V. acórdão de 10 de maio de 2007, SGL Carbon/Comissão (C-328/05 P, Colet., p. I-3921, n.º 83). V., neste sentido, acórdãos de 16 de novembro de 2000, SCA Holding/Comissão (C-297/98 P, Colet., p. I-10101, n.º 36), bem como Dansk Rørinterindustri e o./Comissão, já referido, n.º 399.

37 — V. acórdão SGL Carbon/Comissão, já referido, n.º 81.

66. Em quarto lugar, importa sublinhar que as exigências qualitativas das comunicações sobre a cooperação de 1996 e de 2002 são globalmente comparáveis (em todo o caso, esta comunicação de 2002 não é menos severa do que a de 1996³⁸), de forma que a inobservância das condições impostas pela comunicação sobre a cooperação de 1996 — em especial, a circunstância de as recorrentes terem contestado os factos — implica *ipso facto* a inobservância das exigências similares constantes da referida comunicação de 2002.

67. Como escreve a Comissão, independentemente da imunidade parcial que já não é contestada, não está, de forma alguma, demonstrado que, como afirmam as recorrentes (v. n.º 56 do recurso), a comunicação sobre a cooperação de 2002 lhes seria mais favorável do que a de 1996.

68. Em substância, as recorrentes tentam argumentar que, quando uma empresa fornece elementos de prova sobre determinado período de infração e permite, desse modo, à Comissão prolongar a duração do cartel, essa empresa deve beneficiar, não só de imunidade parcial relativa a esse período, mas também de um benefício adicional, a saber, de uma percentagem de redução relativamente à infração que cometeu.

69. Antes de mais, além de me parecer que qualquer dupla recompensa é de excluir, não penso que uma tese deste tipo seja compatível com a finalidade geral das reduções concedidas a título da cooperação. Com efeito, uma empresa não deveria ser recompensada por ter ajudado a Comissão a demonstrar a existência da infração se não tiver contribuído com o mínimo valor acrescentado para a investigação da Comissão relativa ao período em relação ao qual a sua responsabilidade é posta em causa (a saber, o período posterior àquele relativamente ao qual obteve a imunidade parcial).

70. Na realidade, as recorrentes pedem uma aplicação do princípio *ne bis in idem* invertido, ou seja, uma redução da coima por terem contribuído com um valor acrescentado para a investigação da Comissão e uma imunidade pelos factos que consideram ter revelado!

71. Parece-me que as mesmas informações não podem ser recompensadas simultaneamente ao abrigo da comunicação sobre a cooperação (para obter uma percentagem de redução) e fora do âmbito desta (para obter a imunidade parcial, como circunstância atenuante a título da cooperação fora do quadro da comunicação sobre cooperação)³⁹.

72. Por outro lado, não penso que, a este respeito, as recorrentes possam invocar utilmente os precedentes.

73. No processo em que foi proferido o acórdão FRA.BO/Comissão⁴⁰ (cartel dito «das Ligações»), a imunidade parcial não foi combinada com uma redução pela mesma cooperação, no quadro da comunicação sobre cooperação, embora tenha sido por uma cooperação relativa a dois períodos diferentes que a FRA.BO SpA obteve uma redução, no quadro da comunicação sobre cooperação (relativamente ao período anterior ao ano de 2001) e uma imunidade parcial a título da cooperação fora do quadro da comunicação sobre cooperação (relativamente a outro, compreendido entre 2001 e 2004).

38 — V. pontos 21 e 22 da comunicação sobre a cooperação de 2002 em comparação com o ponto 1, da alínea D, da comunicação sobre a cooperação de 1996. Por exemplo, como seria razoavelmente possível afirmar que informações que não satisfazem a condição segundo a qual as mesmas devem «contribuir para confirmar a existência da infração» (ponto D da comunicação sobre a cooperação de 1996) poderiam constituir elementos de prova que apresentam «um valor acrescentado significativo relativamente aos elementos de prova já na posse da Comissão» (ponto 21 da comunicação sobre a cooperação de 2002)?

39 — V. acórdão do Tribunal Geral de 15 de março de 2006, BASF/Comissão (T-15/02, Colet., p. II-497, n.º 588), que menciona que «uma redução a título desta disposição [a saber, o n.º 3, sexto travessão, das orientações para o cálculo das coimas, que trata da cooperação fora do quadro da comunicação sobre a cooperação de 1996] pressupõe necessariamente que a cooperação em causa não seja suscetível de ser recompensada no âmbito da comunicação sobre a cooperação».

40 — Acórdão do Tribunal Geral de 24 de março de 2011 (T-381/06).

74. Contrariamente ao que as recorrentes sustentam, o Tribunal Geral afirmou claramente que, naquele caso, não podia haver uma recompensa cumulativa⁴¹. De qualquer modo, pode acrescentar-se que, contrariamente à FRA.BO SpA, neste caso as recorrentes contestaram os factos relativos à cooperação tripartida no mercado dos fechos de correr posterior a 2 de junho de 1999, bem como a sua qualificação jurídica como infração.

75. Por fim, não considero que as informações fornecidas pelas recorrentes à Comissão tenham proporcionado um valor acrescentado significativo à investigação, na aceção do n.º 21 da comunicação sobre a cooperação de 2002.

76. No que respeita ao período anterior a 2 de junho de 1999, há que observar que esta cooperação foi recompensada com a imunidade parcial (de facto) e que nada justifica a concessão de uma dupla recompensa. Quanto aos factos posteriores a essa data, as recorrentes contestaram-nos.

77. Por conseguinte, penso que foi acertadamente que o Tribunal Geral considerou que a cooperação das recorrentes, relativa ao período anterior a 2 de junho de 1999, não tinha ajudado a Comissão a apurar os factos e a infração relativamente ao período posterior a essa data. Esta apreciação é válida quer à luz da comunicação sobre a cooperação de 1996, quer com fundamento nos critérios enunciados na comunicação sobre a cooperação de 2002.

78. Daqui decorre que o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

C – Quanto ao terceiro fundamento, respeitante à cooperação BWA e relativo à aplicação incorreta do limite de 10% do volume de negócios em relação ao período anterior à aquisição da YKK Stocko pela YKK Holding

79. No âmbito do terceiro fundamento, as recorrentes alegam que, ao julgar improcedente o seu fundamento relativo à aplicação incorreta do limite de 10% em relação ao período anterior à aquisição da YKK Stocko pela YKK Holding — período relativamente ao qual a YKK Stocko é considerada exclusivamente responsável —, o Tribunal Geral violou o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, bem como os princípios da proporcionalidade, da igualdade de tratamento e da individualidade das penas.

80. De facto, a parte da coima relativa ao período inicial da infração ascende a 19,25 milhões de euros, o que representa 55% do volume de negócios total da YKK Stocko em 2006 (que era de 34,91 milhões de euros), ou seja, consideravelmente mais do que o limite de 10% previsto no artigo 23.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1/2003.

81. A Comissão responde que este argumento se baseia num entendimento juridicamente incorreto da finalidade do limite de 10% previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, que implicaria que, quando a estrutura de uma empresa evolui (por exemplo, na sequência da aquisição de uma filial por uma sociedade-mãe), deveria ser calculada uma coima distinta relativamente a cada um dos sucessivos períodos dessa evolução (por exemplo, antes e depois da aquisição).

82. A Comissão defende que, pelo contrário, deve ser aplicada uma coima única, uma vez que o limite previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 não é um elemento da coima relacionado com o comportamento colusivo durante o período de infração, mas um limite máximo legal relacionado com a capacidade financeira para pagar a coima e que visa principalmente proteger a empresa da aplicação de uma coima excessiva, tendo em conta a sua dimensão. Por conseguinte, o que importa é o poder económico da empresa (do qual o volume de negócios global dá indicação) tal como existe à data da adoção da decisão que aplica a coima. Estas são as únicas considerações suscetíveis de

41 — Acórdão FRA.BO/Comissão, já referido, n.ºs 93, 105 e 106.

explicar o facto de a disposição em causa, para o cálculo do limite de 10%, fazer referência expressa a esse momento. Portanto, o facto de, no passado, por exemplo, antes da sua aquisição por outra sociedade, como no caso em apreço, a empresa ter tido uma capacidade financeira inferior não é pertinente.

83. A Comissão acrescenta que, mesmo no caso de a sociedade-mãe decidir não dar qualquer apoio financeiro à filial no que respeita à parte da coima pela qual esta é declarada única responsável, o que poderia ameaçar a viabilidade da filial, isso não seria mais do que a concretização de um risco de investimento por parte da sociedade-mãe, relacionado com uma pessoa coletiva (a filial) que antes (mas também depois) da aquisição adotou um comportamento anticoncorrencial suscetível de coimas. Ao adquirir o controlo sobre a filial, a sociedade-mãe assume esse risco, que pode no entanto limitar prevendo, no contrato de compra e venda celebrado com o titular inicial, uma indemnização.

84. Em resumo, para a Comissão, a única entidade de referência adequada para a apreciação das questões da responsabilidade e do efeito dissuasivo é a empresa responsável durante as últimas fases da infração e à data da adoção da decisão final, desde que a Comissão comprove que essa empresa (ou seja, a entidade que inclui as novas sociedades-mãe) participou, ela própria, na infração. Por estas razões, a Comissão defende que as recorrentes não podem alegar utilmente que a coima foi aplicada em violação do princípio da proporcionalidade ou da igualdade de tratamento.

85. Como referi na introdução das presentes conclusões, este fundamento suscita uma importante questão de direito da concorrência que ainda não foi resolvida pelo Tribunal de Justiça, isto é, a determinação do limite legal da coima, nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, em caso de responsabilidades sucessivas no âmbito do mesmo cartel e, mais especificamente, quando uma entidade que participa na infração passa a ficar sob o controlo de outra empresa na vigência do cartel.

86. A referida disposição do Regulamento n.º 1/2003 prevê que «[a] coima aplicada a *cada uma das empresas* ou associações de empresas *que tenha participado na infração* não deve exceder 10% do respetivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente» (o sublinhado é meu).

87. Portanto, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar, pela primeira vez, o conceito de «empresa que tenha participado na infração», na aceção do artigo 23.º, n.º 2, deste regulamento — em especial à luz do princípio da responsabilidade pessoal (isto é, que as sanções devem corresponder especificamente ao delinquente e ao delito) —, numa situação em que a empresa em causa foi considerada, relativamente a um período determinado, única responsável pelo pagamento de uma parte da coima e, em seguida, foi adquirida por outra empresa.

88. Há que observar neste contexto que, recentemente, esta questão se tinha colocado igualmente ao Tribunal de Justiça no processo em que foi proferido o acórdão Gascogne Sack Deutschland/Comissão, já referido. Esta questão foi, de resto, analisada de forma aprofundada pela advogada-geral E. Sharpston, nas conclusões que apresentou no referido processo. Na pendência da prolação do acórdão da Grande Secção (que foi proferido em 26 de novembro de 2013), as conclusões da advogada-geral estiveram, muito naturalmente, no centro do debate durante a audiência no presente processo, realizada em 16 de outubro de 2013⁴².

42 — Por esta razão, não pude comunicar, na audiência, a data das minhas conclusões, uma vez que a data da prolação desse acórdão não era conhecida.

89. Infelizmente, a Grande Secção não resolveu a questão, tendo julgado inadmissíveis os argumentos com ela relacionados. É ainda mais lamentável que o Tribunal de Justiça nunca tenha tido a oportunidade de interpretar o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 em circunstâncias como as do processo em que foi proferido o acórdão *Gascogne Sack Deutschland/Comissão*, já referido (ou as do presente processo) e que a prática da Comissão e a jurisprudência do Tribunal Geral relativa à mesma não sejam uniformes, com as consequências que se adivinham para a segurança jurídica.

90. Retomarei, como ponto de partida, o raciocínio da advogada-geral no processo em que foi proferido o acórdão *Gascogne Sack Deutschland/Comissão*, já referido.

91. Em primeiro lugar, como a advogada-geral indica no n.º 83 das suas conclusões, «o segundo parágrafo do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 estabelece que '[a] coima aplicada a cada uma das empresas [...] que tenha participado na infração não deve exceder 10% do respetivo volume de negócios [mundial] realizado durante o exercício precedente'. O Tribunal Geral não o declarou de forma expressa, mas aceitou implicitamente a conclusão da Comissão constante da decisão, segundo a qual a [*Gascogne Sack Deutschland (GSD)*] era plenamente responsável pela infração durante o período anterior à sua aquisição pelo *Groupe Gascogne* [...]. Dado que a *GSD* era a empresa que participou na infração durante o período compreendido entre 9 de fevereiro de 1988 e 1 de janeiro de 1994, apenas ela se nos afigura ser a 'empresa' abrangida pelo âmbito do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, relativamente à infração cometida durante esse período». Além disso, no n.º 84 das suas conclusões, a advogada-geral refere que, «[r]elativamente ao período posterior, de 1 de janeiro de 1994 a 26 de junho de 2002, a 'empresa' que participou na infração era o *Groupe Gascogne* (em virtude da presunção de influência dominante), bem como a *GSD* (de facto). Por conseguinte, estas sociedades são ambas conjunta e solidariamente responsáveis relativamente a esse período».

92. Em segundo lugar, no n.º 85 das referidas conclusões, a advogada-geral observa que «nos casos em que a identidade do autor muda no decurso de uma infração, pelo facto de a filial vir a ser posteriormente adquirida a 100% por uma sociedade-mãe, o conceito de 'empresa' constante do segundo parágrafo do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 é suficientemente amplo para incluir tal 'geometria variável».

93. Em terceiro lugar, segundo o n.º 86 dessas conclusões, «embora a sanção diga respeito a atos cometidos pela filial no passado, o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 exige que ao fixar o limite máximo de 10%, se tome como momento de referência o momento em que a decisão da Comissão é adotada. A este respeito, a posição de uma filial não é diferente da de qualquer outra empresa, na medida em que o limite máximo de 10% é fixado com referência ao volume de negócios do ano que precede a decisão da Comissão. Por conseguinte, é importante distinguir o volume de negócios da filial do da sua sociedade-mãe: o limite máximo de 10% aplicado a uma coima imposta a essa filial em relação a um período anterior à sua aquisição pela sociedade-mãe deve ser determinado com referência ao seu volume de negócios individual».

94. Em quarto lugar, como a advogada-geral E. Sharpston precisa no n.º 87 das suas conclusões, «esta interpretação parece [...] ser mais conforme com os objetivos do artigo 23.º, n.º 2, do que a abordagem adotada pela Comissão [no processo em que foi proferido o acórdão *Gascogne Sack Deutschland/Comissão*, já referido, exatamente como a que está em causa no presente caso]. A finalidade do limite máximo de 10% é a de proteger as empresas da aplicação de coimas excessivas, que as poderiam destruir economicamente⁴³. É mais provável que quando uma filial é punida por uma infração pela qual é plenamente responsável, sujeitando-a a um limite máximo calculado com base no volume de negócios mundial de um grupo inteiro, desta aplicação resulte um valor mais elevado (dado

43 — Neste ponto, as conclusões fazem referência ao acórdão *Dansk Rørindustri e o./Comissão*, já referido, n.os 280 e 281).

que, normalmente, 10% do volume de negócios mundial de um grupo de sociedades será em princípio superior a 10% do volume de negócios de uma única filial). Deste modo, esse método de cálculo resultará na aplicação de uma coima mais elevada do que se o limite máximo de 10% fosse fixado tendo como referência o volume de negócios individual da filial».

95. No n.º 89 das suas conclusões, a advogada-geral E. Sharpston acrescenta que «parece razoável aceitar que, em circunstâncias semelhantes às do presente caso, a Comissão divida a responsabilidade pelos períodos anterior e posterior à aquisição pela sociedade-mãe de forma a refletir o princípio da responsabilidade pessoal⁴⁴. É por as práticas anticoncorrenciais da filial durante o primeiro período terem sido cometidas antes de a filial e a sociedade-mãe passarem a fazer parte da mesma empresa que a sociedade-mãe não é considerada conjunta e solidariamente responsável relativamente a esse período de infração. No entanto, por analogia, parece-me muito difícil justificar uma tomada em consideração do volume de negócios mundial do grupo a fim de determinar o limite máximo de 10% relativamente a uma coima que deve ser paga unicamente pela filial, aplicada relativamente a uma infração que a sociedade-mãe, ela própria, não cometeu e que não lhe é imputável relativamente ao período em causa».

96. Estou de acordo com as conclusões da advogada-geral E. Sharpston quanto a este ponto, pelas razões que a seguir exponho.

1. Conceito de «empresa» na aceção do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003

97. Antes de mais, o conceito de «empresa» na aceção do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 deve coincidir com o de empresa responsável à luz do artigo 81.º CE.

98. Saliento que a Comissão considerou a YKK Stocko individualmente responsável pelo pagamento de uma parte da coima, isto é, 19 250 000 euros. Com efeito, nos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, da decisão controvertida, foi aplicada à YKK Stocko uma coima de 68 250 000 euros, por cujo pagamento a YKK Corp. e a YKK Holding foram consideradas conjunta e solidariamente responsáveis em relação ao montante de 49 000 000 euros. Por conseguinte, os 19 250 000 euros correspondem a cerca de 55% do volume de negócios de YKK Stocko em 2006⁴⁵.

99. A decisão controvertida revela claramente que a Comissão considerou a YKK Stocko exclusivamente responsável pelo pagamento dessa parte da coima porque a YKK Stocko foi igualmente considerada única responsável por uma parte do período relativamente ao qual as infrações cometidas no âmbito da cooperação BWA foram declaradas.

44 — Na nota 39 das mesmas conclusões, a advogada-geral Sharpston acrescenta que «[p]ara uma explicação sobre a responsabilidade pessoal, nos casos em que a responsabilidade por uma infração cometida por uma filial é imputada à sua sociedade-mãe, v. acórdão [de 19 de julho de 2012,] Alliance One [International e Standard Commercial Tobacco/Comissão e Comissão/Alliance One International e o. (C-628/10 P e C-14/11 P)] [...]». Remete, também, para os n.ºs 36 a 40 das conclusões que apresentou no processo em que foi proferido o acórdão de 26 de novembro de 2013, Kendrion/Comissão (C-50/12 P).

45 — Segundo a decisão controvertida, a terceira recorrente, a YKK Stocko, participou na infração ao longo de toda a sua duração, ou seja, nove anos e nove meses, ao passo que a YKK Corp. e a YKK Holding, primeira e segunda recorrentes, só começaram a participar na mesma (direta ou indiretamente) depois da aquisição, em 1997, da YKK Stocko Fasteners GmbH (que passou a YKK Stocko) e participaram nela durante quatro anos (considerandos 466 a 468 da decisão controvertida). Por esta razão, por um lado, a YKK Corp. e a YKK Holding não foram consideradas responsáveis pelo pagamento da totalidade da coima aplicada à YKK Stocko e, por outro, esta foi considerada individualmente responsável pelo pagamento do montante de 19 250 000 euros da coima.

100. O considerando 429 da decisão controvertida indica que a YKK Corp., a YKK Holding e a YKK Stocko «devem ser consideradas solidariamente responsáveis pelas infrações cometidas no âmbito da cooperação [BWA], descrita no ponto 4.2 da presente decisão, e isto, a partir do momento em que [a YKK Stocko] se tornou uma filial detida a 100% pela [YKK Holding] e, por conseguinte, pela [YKK Corp.], ou seja, entre o mês de março de 1997 e 15 de março de 2001. [A YKK Stocko] deve ser considerada responsável durante todo o período da sua participação na cooperação [BWA], ou seja, de 24 de maio de 1991 a 15 de março de 2001» (o sublinhado é meu).

101. Em seguida, na nota 586 da decisão controvertida, respeitante à determinação da coima, sob o título «majoração das coimas em função da duração», a Comissão declara que «o montante inicial majorado em 40% diz respeito ao período pelo qual a [YKK Stocko], a [YKK Holding] e a [YKK Corp.] são consideradas conjunta e solidariamente responsáveis [a saber, quatro anos]. O restante aumento percentual diz respeito ao período pelo qual a [YKK Stocko] é considerada exclusivamente responsável»⁴⁶ (a saber, os restantes 55%, ou seja, cinco anos e nove meses).

102. Por conseguinte, a Comissão dividiu corretamente as responsabilidades de cada empresa, dado que, antes de março de 1997 (data da aquisição da YKK Stocko pela YKK Holding), a YKK Stocko e o grupo YKK eram *duas sociedades distintas* e, portanto, constituíam duas «entidades económicas» ou empresas na aceção do artigo 81.º CE e do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003⁴⁷.

103. Como a Comissão considerou a YKK Stocko a única responsável em relação aos primeiros cinco anos e meio da cooperação BWA (e pelo pagamento de uma parte da coima), isto implica necessariamente que, durante esse período, a YKK Stocko era uma «mesma unidade económica» (uma entidade económica autónoma).

104. Nestas condições, em vez de calcular o limite de 10% com base no volume de negócios da maior das duas empresas (a que foi criada em 1997 na sequência da aquisição da YKK Stocko pelo grupo YKK), a Comissão deveria ter logicamente aplicado dois limites de 10% diferentes.

105. Com efeito, o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 exige que «[a] coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado na infração não deve exceder 10% do respetivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente» (o sublinhado é meu).

106. O Tribunal de Justiça precisou⁴⁸ que «[o] limite [de 10% relativo ao volume de negócios previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003] visa [justamente] evitar que as coimas [aplicadas pela Comissão] sejam desproporcionadas em relação à importância da empresa» e que «[o] montante [da coima pode] ascender a 10% do volume de negócios realizado durante o exercício precedente por cada uma das empresas que tenha participado na infração» (o sublinhado é meu).

107. Com efeito, ao interpretar o referido artigo, há que ter presente o nexo fundamental que existe entre a responsabilidade e a coima. Na minha opinião, esta disposição impõe, por um lado, que só o volume de negócios da empresa *considerada responsável* possa ser tomado em consideração para efeitos do cálculo do limite de 10% e, por outro, que, num processo em que empresas distintas participaram sucessivamente num cartel, o limite de 10% seja calculado sobre os volumes de negócios respetivos.

108. Por outro lado, saliento que a prática decisória da Comissão a este respeito não é constante.

46 — Tradução livre e o sublinhado é meu.

47 — V., nomeadamente, acórdãos de 2 de outubro de 2003, Aristrain/Comissão (C-196/99 P, Colet., p. I-11005, n.ºs 95 a 99), bem como Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido, n.º 118.

48 — Acórdão de 7 de junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.ºs 119 e 118, respetivamente).

109. Com efeito, noutras decisões, a Comissão já aplicou limites de 10% diferentes em função do período de infração em causa.

110. Assim, na sua Decisão 2005/349/CE⁴⁹ (a seguir «decisão ‘peróxidos orgânicos’»), relativamente ao período durante o qual as filiais foram consideradas exclusivamente responsáveis, a Comissão calculou o limite de 10% sobre o volume de negócios das mesmas, ao passo que, relativamente ao período de responsabilidade conjunta da sociedade-mãe e das filiais, se baseou no volume de negócios do grupo.

111. De resto, no processo em que foi proferido o acórdão Gascogne Sack Deutschland/Comissão, já referido, a advogada-geral E. Sharpston considerou «que a abordagem adotada na decisão peróxidos orgânicos é mais conforme com a redação e os objetivos do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 do que a abordagem adotada no presente caso».

112. Em 2011, a Comissão adotou a mesma abordagem numa outra decisão⁵⁰ (a seguir «decisão ‘aço para pré-esforço’»).

113. Nessa decisão, a Comissão reconheceu implicitamente a procedência do fundamento invocado pelas recorrentes nesse caso (a saber, um fundamento relativo a uma aplicação incorreta do limite de 10%) e alterou a sua decisão inicial, tendo reduzido as coimas aplicadas a várias entidades cuja responsabilidade exclusiva durante o período anterior à sua aquisição pelo grupo tinha sido declarada. A Comissão procedeu a essa redução «[...] a fim de garantir que o nível dessas coimas não era desproporcionado relativamente à sua dimensão e volume de negócios. A Comissão reduziu as coimas relevantes para 10% dos volumes de negócios dessas entidades jurídicas» (o sublinhado é meu)⁵¹.

114. A prática variável da Comissão demonstra, pelo menos, que a mesma não tem qualquer razão de princípio para decidir como fez no presente processo. Acresce que os argumentos que apresenta para aplicar um único limite de 10%, em vez de dois distintos, não são de todo convincentes.

115. Na audiência, a Comissão explicou que, nos processos que diziam respeito às decisões «peróxidos orgânicos» e «aço para pré-esforço», a sociedade-mãe só era conjunta e solidariamente responsável, respetivamente, por sete dos vinte e sete anos e por três dos dezassete anos que as infrações tinham durado, sugerindo que os números correspondentes no presente processo, isto é, quatro dos nove anos e nove meses de infração, impunham outra abordagem.

116. Além da dificuldade de determinar ou de traçar semelhante fronteira quantitativa, não vejo nenhuma razão de princípio (nem nenhum motivo no presente processo) para afastar a aplicação de dois limites de 10% distintos, que, na minha opinião, uma interpretação correta do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 impõe.

49 — Decisão de 10 de dezembro de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-2/37.857 - Peróxidos orgânicos) [notificada com o número C(2003) 4570 final e retificação C(2004) 4]. Foi publicado um resumo no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO 2005, L 110, p. 44).

50 — Decisão da Comissão, de 30 junho de 2010, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º [TFUE] e do artigo 53.º do Acordo EEE contra as empresas ArcelorMittal, Emesa/Galycas/ArcelorMittal (Espanha), GlobalSteelWire/Tycsa, Proderac, Companhia Previdente/Socitrel, Fapricela, Nedri/HIT Groep, WDI/Pampus, DWK/Saarstahl, voestalpine Austria Draht, Rautaruukki/Ovako, Italcables/Antonini, Redaelli, CB Trafilati Acciai, I. T. A. S., Ori Martin/Siderurgica Latina Martin e Emme Holding (Processo COMP/38.344 - Aço para pré-esforço), alterada pela decisão da Comissão de 30 de setembro de 2010 e pela decisão da Comissão de 4 de abril de 2011. Foi publicado um resumo no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO 2011, C 339, p. 7) (considerando 8).

51 — V. considerando 8 da decisão «aço para pré-esforço». V. considerando 1072a da versão original da decisão de 30 junho de 2010, notificada com o número C(2010) 4387 (final).

117. Os outros argumentos apresentados pela Comissão (a complexidade dos cálculos ou os riscos de abuso) também não me parecem suscetíveis de resistir à análise precedente. Por que razão seriam os cálculos mais complexos neste processo do que nas decisões «peróxidos orgânicos» e «açó para pré-esforço»⁵²? Quanto ao risco de a sociedade-mãe ou adquirente diminuir artificialmente o volume de negócios da filial responsável, a Comissão não lhe fez qualquer menção na decisão controvertida, nem forneceu, no processo em causa, o menor indício de prova.

118. Resulta das considerações precedentes que o Tribunal Geral não respeitou o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, porque, relativamente ao primeiro período, só a filial (YKK Stocko) deveria ter sido considerada como a «empresa que participou na infração» e que, por isso, para o cálculo do limite de 10%, devia ter sido tomado em consideração o seu volume de negócios e não o do grupo.

2. Princípio da responsabilidade pessoal e da individualização das sanções

119. Considero em seguida que a abordagem adotada pela Comissão e pelo Tribunal Geral no presente processo colide com o princípio da responsabilidade pessoal e da individualização das sanções.

120. É claro que a Comissão só pode condenar uma empresa ao pagamento de uma coima se estiver em condições de demonstrar que essa empresa cometeu uma infração à luz do artigo 81.º CE ou nela participou. O nexó lógico e jurídico entre o ato ilícito e a responsabilidade, por um lado, e a sanção, por outro, implica necessariamente que uma coima deve ser determinada em relação à empresa responsável (ou seja, a empresa que tenha participado na infração).

121. Segundo este princípio básico, que está consagrado em jurisprudência constante e que, em todo o caso, é aplicável a qualquer procedimento administrativo suscetível de dar origem a sanções nos termos das regras da concorrência da União, uma empresa só pode ser punida por factos que lhe sejam individualmente imputados⁵³.

122. As sanções devem ser individualizadas, no sentido de que devem ser reportadas aos comportamentos e às características próprias das empresas em questão⁵⁴.

123. Por outro lado, cabe, em princípio, à pessoa singular ou coletiva que dirigia a empresa em causa no momento em que a infração foi cometida responder por esta, mesmo que, na data da adoção da decisão que declara uma infração, a exploração da empresa já não esteja sob a sua responsabilidade⁵⁵.

124. Mais concretamente, o Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de declarar que uma sociedade adquirente não pode ser responsabilizada pelas infrações cometidas a título independente por duas das suas filiais antes da sua aquisição, devendo estas filiais responder elas próprias pelo comportamento ilícito que adotaram antes de serem adquiridas pela sociedade adquirente, sem que esta possa ser responsabilizada por tal comportamento⁵⁶.

52 — Embora o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 exija que, para o cálculo do limite de 10%, o ponto de referência adotado seja o exercício anterior à decisão da Comissão que pune uma infração, isso não impede que, no que diz respeito à coima que é aplicada a título individual à filial relativamente a um período anterior à sua aquisição pela sociedade-mãe, esse limite seja determinado com base no seu volume de negócios individual. Neste contexto, deve acrescentar-se que, no âmbito do presente recurso, as recorrentes, aliás, não contestaram que o ano pertinente a tomar em consideração para efeitos desta apreciação fosse o ano anterior à decisão controvertida.

53 — Acórdão do Tribunal Geral de 13 de dezembro de 2001, Krupp. Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Comissão (T-45/98 e T-47/98, Colet., p. II-3757, n.º 63).

54 — V., neste sentido, acórdão de 7 de junho de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comissão (C-76/06 P, Colet., p. I-4405, n.º 44).

55 — Acórdãos de 16 de novembro de 2000, KNP BT/Comissão (C-248/98 P, Colet., p. I-9641, n.º 71); Cascades/Comissão (C-279/98 P, Colet., p. I-9693, n.ºs 78 e 79); Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão (C-286/98 P, Colet., p. I-9925, n.º 37); SCA Holding/Comissão, já referido, n.º 27, bem como de 29 de março de 2011, ThyssenKrupp. Nirosta/Comissão (C-352/09 P, Colet., p. I-2359, n.º 143).

56 — V. acórdão Cascades/Comissão, já referido, n.ºs 78 a 80.

125. O Tribunal de Justiça confirmou em várias ocasiões que «[q]uando uma [...] entidade económica infringe as regras da concorrência, incumbe-lhe, de acordo com o princípio da responsabilidade pessoal, responder por essa infração»⁵⁷.

126. Por conseguinte, resulta do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 (por força do qual a Comissão só pode aplicar coimas às empresas que considera responsáveis) e do princípio fundamental da individualidade das penas e das sanções que a aplicação de uma coima está subordinada à declaração da responsabilidade da empresa (seja essa responsabilidade direta ou imputada) e que o nível da coima destinada a punir a participação da empresa na infração deve ser determinado em função dessa responsabilidade. Na minha opinião, este princípio aplica-se ao cálculo do limite de 10% do volume de negócios que a coima não pode ultrapassar.

127. Dito de outra forma, quando, como é aqui o caso, relativamente a um certo período, a infração é atribuída a uma filial e não à sociedade-mãe, só é pertinente, para efeitos do cálculo do limite de 10%, o volume de negócios da filial responsável.

128. No seu acórdão Hoek Loos/Comissão⁵⁸, o Tribunal Geral declarou que «a Comissão deve, para efeitos da aplicação do limite máximo de 10%, ter em conta o volume de negócios da empresa em causa, a saber, a empresa à qual foi imputada a infração e que, por esse motivo, foi declarada responsável e notificada da decisão que aplica a coima» (o sublinhado é meu).

129. Tendo presente que o objetivo do limite de 10% é velar por que a coima não ultrapasse a capacidade de pagamento da empresa culpada de uma infração ao direito da concorrência, tomar em consideração o volume de negócios total do grupo para calcular esse limite, no caso e relativamente ao período em que a infração foi cometida unicamente por uma filial antes da sua integração no grupo, tem como consequência privá-la da proteção pretendida pela instituição desse limite ou aplicar uma sanção à nova sociedade-mãe (que no entanto não é responsável pela infração) se a filial não estiver em condições de pagar a coima, exatamente como se o grupo tivesse sido considerado solidariamente responsável por toda a infração⁵⁹.

130. Na audiência, a Comissão indicou que, se as outras empresas do grupo não tivessem, de forma nenhuma, participado na infração depois da integração da YKK Stocko no grupo, teria calculado o limite de 10% sobre o volume de negócios individual da empresa YKK Stocko. Não vejo de que modo o facto de as outras empresas do grupo serem ou não coautoras da infração depois da integração da YKK Stocko pode alterar o cálculo da coima relativa ao período em que a YKK Stocko era independente e, por isso, exclusivamente responsável pela infração cometida nessa época.

131. Ainda na audiência, a Comissão invocou o acórdão do Tribunal Geral Tokai Carbon e o./Comissão⁶⁰ para rejeitar a abordagem que tinha adotado nas decisões «peróxidos orgânicos» ou «aço para pré-esforço» e preferir-lhe a que utilizou no processo em que foi proferido o acórdão Gascogne Sack Deutschland/Comissão, já referido, ou no presente processo.

57 — V., neste sentido, acórdãos de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colet., p. I-4125, n.º 145); Cascades/Comissão, já referido, n.º 78, de 11 de dezembro de 2007, ETI e o. (C-280/06, Colet., p. I-10893, n.º 39), bem como de 10 de setembro de 2009, Akzo Nobel e o./Comissão (C-97/08 P, Colet., p. I-8237, n.º 56).

58 — Acórdão de 4 de julho de 2006 (T-304/02, Colet., p. II-1887, n.ºs 116 e 120).

59 — Além disso, gostaria de salientar que — contrariamente aos argumentos da Comissão — a aplicação a uma filial, por uma infração que cometeu de forma autónoma, de um limite legal calculado sobre o seu volume de negócios individual não me parece prejudicar o objetivo de dissuasão das infrações. Com efeito, isso não impede que o volume de negócios do grupo seja também tido em consideração no cálculo da coima, no que diz respeito à coima a aplicar a este último pela parte da infração que cometeu.

60 — Acórdão de 15 de junho de 2005 (T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03). O referido acórdão foi publicado de forma sumária. Estão disponíveis versões integrais nas línguas alemã, inglesa e francesa, no sítio Internet do Tribunal Geral.

132. Ora, como a advogada-geral E. Sharpston explicou no n.º 77 das suas conclusões no processo em que foi proferido o acórdão *Gascogne Sack Deutschland/Comissão*, já referido, o processo em que foi proferido o acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, tinha por objeto uma situação claramente diferente, ou mesmo inversa. Embora, no momento da infração em causa nesse processo, a sociedade-mãe e a filial fizessem parte da mesma empresa, a sua relação tinha mudado no ano a tomar em consideração para o cálculo do limite máximo de 10%. Nesse momento, a sociedade-mãe já não era responsável pela sua antiga filial, uma vez que se tinham tornado sociedades-irmãs. Foram ambas consideradas conjunta e solidariamente responsáveis pelo período de infração, mas a decisão foi dirigida separadamente à antiga filial e à antiga sociedade-mãe e o limite máximo de 10% foi aplicado a cada uma das destinatárias⁶¹.

133. Por conseguinte, o referido acórdão do Tribunal Geral não respeitou o princípio da responsabilidade pessoal e da individualidade das sanções na aplicação do limite de 10% previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003.

3. Princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade

134. Por último, penso que a abordagem da Comissão, confirmada pelo Tribunal Geral, não respeita os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade.

135. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento for objetivamente justificado⁶².

136. Ora, o acórdão recorrido trata situações iguais de maneira diferente, uma vez que duas empresas que seriam consideradas, cada uma, exclusivamente responsável pela mesma infração seriam tratadas de modo diferente pelo simples facto de uma delas ter sido posteriormente adquirida por um grupo de empresas.

137. Além disso, a *ratio legis* da disposição em causa (isto é, a proibição da aplicação de coimas excessivas em relação à dimensão e ao volume de negócios da empresa em causa), bem como o princípio fundamental da proporcionalidade que lhe está subjacente não permitem justificar objetivamente a diferença de tratamento de situações iguais.

138. No acórdão *Dansk Rørindustri e o./Comissão*, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que o limite de 10% previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 é «*um limite, uniformemente aplicável a todas as empresas e articulado em função da dimensão de cada uma, visando evitar coimas de um nível excessivo e desproporcionado. Este limite superior tem assim um objetivo distinto e autónomo relativamente ao dos critérios de gravidade e de duração da infração*»⁶³.

139. Do mesmo modo, no n.º 389 do acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, o Tribunal Geral declarou que «o limite visa, nomeadamente, proteger as empresas contra um nível excessivo das coimas suscetível de destruir a sua substância económica». Por outras palavras, o limite de 10% visa assegurar que o nível da sanção não compromete a viabilidade da empresa responsável.

61 — Acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, n.ºs 389 a 391.

62 — Acórdãos de 10 de janeiro de 2006, *IATA e ELFAA (C-344/04, Colet., p. I-403, n.º 95)*, bem como de 3 de maio de 2007, *Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Colet., p. I-3633, n.º 56)*.

63 — N.ºs 281 e 282 (o sublinhado é meu). V., igualmente, acórdãos do Tribunal de Justiça, *Musique Diffusion française e o./Comissão*, já referido, n.º 121, bem como do Tribunal Geral de 29 de novembro de 2005, *Britannia Alloys & Chemicals/Comissão (T-33/02, Colet., p. II-4973, n.º 35)*.

140. Por último, como as recorrentes, considero que os acórdãos invocados pelo Tribunal Geral para julgar improcedente o seu fundamento (a saber, os seus acórdãos HFB e o./Comissão⁶⁴, bem como Tokai Carbon e o./Comissão, já referido) não são pertinentes e que o Tribunal Geral apreciou incorretamente a pertinência do acórdão do Tribunal de Justiça Cascades/Comissão, já referido.

141. Com efeito, no processo em que foi proferido o acórdão HFB e o./Comissão, já referido, a Comissão tinha considerado solidariamente responsáveis várias pessoas coletivas que pertenciam a uma entidade económica qualificada como empresa. Assim, não tendo sido chamado a decidir sobre um processo no qual uma dessas empresas tivesse sido considerada individualmente responsável por uma infração relativamente ao período anterior à sua integração num grupo, o Tribunal Geral, no acórdão HFB e o./Comissão, já referido, não examinou, portanto, se deviam ser tomados em consideração dois limites de 10%.

142. Acresce que a referência ao n.º 390 do acórdão Tokai Carbon e o./Comissão, já referido (v. n.º 193 do acórdão recorrido), longe de sustentar o raciocínio da Comissão, confirma, pelo contrário, o argumento das recorrentes. No processo em que foi proferido o acórdão Tokai Carbon e o./Comissão, já referido, todas as destinatárias da decisão da Comissão tinham sido consideradas *solidariamente* responsáveis durante todo o período de infração. Nesse contexto, o Tribunal Geral declarou que «o objetivo prosseguido pela adoção do limite de 10% só pode ser realizado se, num primeiro momento, esse limite for aplicado, separadamente, a cada destinatário da decisão que aplica a coima» e que «[a]penas se se verificar, num segundo momento, que vários destinatários *constituem a 'empresa' na aceção de entidade económica responsável pela infração punida* [...] é que o limite pode ser calculado com base no volume de negócios global dessa empresa» (o sublinhado é meu). Assim, o acórdão Tokai Carbon e o./Comissão, já referido, confirma que, nos casos em que uma empresa é individualmente responsável por uma infração relativamente ao período anterior à sua aquisição por um grupo de maior dimensão, o limite de 10% deve ser calculado com base no volume de negócios da empresa em causa, e não com base no do grupo ao qual a mesma pertence à data da adoção da decisão (não sendo, de forma alguma, responsáveis pela infração as outras pessoas coletivas que pertencem a esse grupo).

143. Além disso, como as recorrentes, considero que, no n.º 194 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao afirmar, sem mais explicações, que elas não podiam invocar o acórdão Cascades/Comissão, já referido⁶⁵, «na medida em que a YKK Holding e a YKK Corp. não são consideradas responsáveis pelo pagamento da totalidade da coima da YKK Stocko». Pelo contrário, como já salientei no n.º 124 das presentes conclusões, o acórdão Cascades/Comissão, já referido, é pertinente, uma vez que especifica que uma filial deve responder pelas infrações cometidas antes da sua aquisição, não podendo a nova sociedade-mãe ser responsabilizada. Por conseguinte, a filial é obrigada a pagar sozinha a coima que lhe foi aplicada na qualidade de entidade económica distinta.

144. De tudo o que foi exposto decorre que o terceiro fundamento é procedente, na medida em que o Tribunal Geral interpretou incorretamente o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 e violou os princípios gerais da responsabilidade pessoal e da individualidade das sanções, da proporcionalidade e da igualdade de tratamento. Por conseguinte, a coima aplicada à YKK Stocko pela cooperação BWA deve ser limitada ao montante de 3,491 milhões de euros, que corresponde a 10% do volume de negócios que realizou durante o exercício que precedeu a adoção da decisão controvertida.

145. Por outro lado, as recorrentes pediram para beneficiar — sobre o montante revisto de 10% do seu volume de negócios — da redução de 20% a título da clemência, concedida pela Comissão ao grupo YKK, que a tinha pedido em nome de todas as recorrentes (v. considerando 657 a 664 da decisão controvertida). Considero que o facto de o limite de 10% ter sido calculado de outra forma em nada altera a aplicação de uma redução a título da clemência e que, por conseguinte, há que julgar

64 — Acórdão de 20 de março de 2002 (T-9/99, Colet., p. II-1487).

65 — Mais exatamente, os n.ºs 77 a 80 desse acórdão.

procedente o pedido das recorrentes, que a Comissão, aliás, não contestou — nem sequer a título subsidiário — nos seus articulados ou na audiência, e isto nem perante o Tribunal Geral nem perante o Tribunal de Justiça. Isto é tanto mais lógico quanto, na vigência das orientações de 1998, a prática da Comissão⁶⁶ consistia em aplicar a redução a título da clemência (sexta etapa) *após* verificar que o limite de 10% não tinha sido ultrapassado (o que corresponde à quinta etapa do processo). Por conseguinte, a referida redução de 20% a título da clemência deve ser aplicada ao montante revisto. Logo, a coima aplicada à YKK Stocko é de 2 792 800 euros.

D – *Quanto ao quarto fundamento, respeitante à cooperação BWA e relativo à aplicação de um coeficiente multiplicador de dissuasão relativamente ao período anterior à aquisição da YKK Stocko*

146. No âmbito do seu quarto fundamento, por um lado, as recorrentes alegam que o Tribunal Geral não expôs devidamente as razões que o levaram a julgar improcedente o fundamento apresentado pelas recorrentes relativo à aplicação incorreta do coeficiente multiplicador em relação ao período anterior à aquisição da YKK Stocko. Consideram, por outro lado que o Tribunal Geral, em todo o caso, ao decidir que um aumento do efeito fins dissuasivo se justificava relativamente ao período anterior à aquisição da YKK Stocko pela YKK Holding (período que foi considerado da responsabilidade exclusiva da YKK Stocko), violou o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento 1/2003, o princípio da proporcionalidade, o princípio da individualidade das penas e das sanções, bem como o princípio da igualdade de tratamento.

147. A Comissão contesta esta argumentação. No que respeita à pretensa falta de fundamentação, sublinha que, em especial, o n.º 114 do recurso demonstra que as recorrentes compreenderam perfeitamente o raciocínio do Tribunal Geral, que figura, nomeadamente, no n.º 204 do acórdão recorrido, segundo o qual o elemento que entra em linha de conta para efeitos de dissuasão é a capacidade económica da empresa em causa, tal como existe à data da adoção de uma decisão que aplica uma coima. No que respeita aos argumentos de mérito, a Comissão explica que o coeficiente multiplicador de dissuasão não foi aplicado relativamente a um período em particular, por exemplo, relativamente ao período pelo qual a YKK Stocko foi considerada individualmente responsável, mas foi aplicado ao montante inicial comum a todo o grupo YKK (incluindo a YKK Stocko), que tinha sido fixado em relação à infração na sua totalidade. Acrescenta que o efeito dissuasivo que importa assegurar diz respeito ao impacto sobre a entidade económica unitária (empresa) tal como existe à data da adoção da decisão que aplica as coimas. Ora, à data da adoção da decisão (e, de facto, já quatro anos antes do termo da infração), a empresa responsável tinha crescido, dado que tinha integrado não só a YKK Stocko, mas também as suas duas sociedades-mães. Depois da sua aquisição pela YKK Holding e pela YKK Corp., a YKK Stocko já não podia ser considerada isoladamente para efeitos da apreciação do impacto da coima, nem sequer em relação às partes da coima por cujo pagamento tinha sido considerada individualmente responsável.

148. Na minha opinião, deveriam ser aplicadas aqui, *mutatis mutandis*, as mesmas considerações que foram desenvolvidas nas minhas conclusões a respeito do terceiro fundamento.

66 — «In setting fines under the 1998 Guidelines the Commission took a seven-stage approach. First, it evaluated the ‘objective’ gravity of the infringement taken as a whole [...] Second, it determined an ‘individual starting amount’ for each member of the cartel [...] Third, the Commission applied, when appropriate, an increase percentage to those individual starting amounts, which reflected the additional impact caused by the duration of the infringement committed by each cartel participant [...] Fourth, the Commission considered the ‘subjective’ responsibility of each cartel participant [...] Fifth, it considered whether the upper limit of 10 per cent of the annual turnover applicable to the fine had been exceeded. Sixth, where relevant and as appropriate, it reduced the fine, in application of the Leniency Notice. Finally, the Commission took account of any exceptional circumstances justifying an adjustment to the final amount of the fine» (o sublinhado é meu) (Faull, J., e Nikpay, A. (editores), *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, pp. 1025-1026, comentário redigido pelos funcionários da Direção-Geral da «Concorrência»). V. igualmente outro comentário com autoridade: Bellamy, C., e Child, G. (editores), *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, 2013, pp. 1095-1097.

149. Como as recorrentes afirmam corretamente, a jurisprudência da União indicou duas razões pelas quais pode ser aplicado um coeficiente multiplicador dissuasivo, a saber, em primeiro lugar, a necessidade de assegurar um efeito significativo à coima, incluindo em relação às empresas que, à data da adoção da decisão, dispõem de elevados recursos financeiros, e, em segundo, o facto de as grandes empresas terem podido dispor, durante o período de infração⁶⁷, de recursos superiores aos das suas concorrentes e, portanto, terem podido estar numa situação mais favorável do que aquelas para conhecer o direito e agir dentro dos limites que este impõe.

150. Isto implica que a Comissão só pode ter em conta os recursos e meios financeiros da empresa que considera responsável por uma infração⁶⁸.

151. Na decisão controvertida, a Comissão aplicou um coeficiente multiplicador de 1,25 com base, por um lado, nos conhecimentos e nas infraestruturas jurídico-económicas superiores que considerou que as empresas em causa possuíam em relação às suas concorrentes e, por outro, nos «elevados recursos financeiros» que entendeu que as mesmas dispunham.

152. A este respeito, o considerando 538 da decisão controvertida faz referência, em primeiro lugar, à «dimensão» do grupo YKK e, em segundo, aos seus «recursos globais», expressão que o próprio Tribunal Geral utilizou no seu acórdão Groupe Danone/Comissão, já referido⁶⁹ — acórdão referido aliás pela Comissão no considerando 537 da decisão controvertida para justificar a aplicação do coeficiente multiplicador não apenas à parte da coima solidariamente aplicada às recorrentes, mas também à coima aplicada à YKK Stocko relativamente ao período de infração pelo qual a mesma foi declarada única responsável, ou seja, anterior a março de 1997.

153. Em meu entender, embora, por estas razões, possa ser defendida a aplicação do coeficiente multiplicador de 1,25 relativamente ao período posterior a março de 1997 (dado que a YKK Stocko fazia efetivamente parte do Grupo YKK), esse coeficiente multiplicador não se justifica relativamente ao período anterior à aquisição da YKK Stocko.

154. Com efeito, resulta dos autos que, até à sua aquisição, a YKK Stocko era uma pequena empresa que dispunha de recursos limitados e não tinha um serviço jurídico. É evidente que antes de março de 1997, a YKK Stocko não dispunha de elevados recursos financeiros.

155. Tanto à luz do princípio da igualdade de tratamento [tendo em conta a diferença considerável de recursos de que dispunham a YKK Stocko, no período de infração pelo qual foi declarada exclusivamente responsável, por um lado, e, por outro, o conjunto do grupo YKK (incluindo a YKK Stocko), no período de infração pelo qual as empresas foram declaradas solidariamente responsáveis, ou seja, depois da aquisição da YKK Stocko], como à luz do princípio da individualização das penas, que impõe que estas sejam adequadas aos comportamentos e características das empresas em questão⁷⁰, o Tribunal Geral devia ter reprovado a aplicação pela Comissão do mesmo coeficiente multiplicador aos dois períodos de infração em causa.

67 — Os n.ºs 379 e 382 do acórdão do Tribunal Geral de 18 de junho de 2008, Hoechst/Comissão (T-410/03, Colet., p. II-881), confirmam que, quanto ao segundo fundamento de majoração, a dimensão das empresas em causa deve estar relacionada com a sua situação no momento da infração.

68 — V. acórdão do Tribunal Geral de 12 de outubro de 2011, Agroexpansión/Comissão (T-38/05, Colet., p. II-7005, n.º 215).

69 — N.º 175, no qual indica que «[a] recorrente [dispunha] de conhecimentos e de infraestruturas jurídico-económicas que lhe [permitiam] apreciar melhor o caráter ilícito do seu comportamento e as consequências dele decorrentes do ponto de vista do direito da concorrência».

70 — V., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça, Britannia Alloys & Chemicals/Comissão, já referido, n.º 44.

156. É interessante estabelecer um paralelo entre o presente processo e a decisão tomada pela Comissão a respeito do cartel dito do «ácido monocloroacético»⁷¹. Nessa decisão, a Comissão aplicou uma coima unicamente à Arkema SA [a seguir «Arkema» (anteriormente denominada Atofina SA; a seguir «Atofina»)], uma filial do grupo ELF/Total, por reincidência.

157. No cálculo dessa coima, a Comissão teve o cuidado de tomar em consideração — para efeitos do ajustamento do montante inicial da coima a título de efeito dissuasivo — um coeficiente multiplicador que refletia apenas a capacidade económica da Arkema [avaliada independentemente da sua sociedade-mãe, ou seja, a Elf Aquitaine SA (a seguir «Elf»)], e isto apesar de, à data da adoção da decisão em causa, a Arkema e a Elf constituírem uma mesma unidade económica.

158. Na nota 222 dessa decisão, a Comissão indica que «[o] coeficiente multiplicador de 2,5 aplicado à Elf não está incluído no cálculo. Em seu lugar, para efeitos do cálculo da reincidência, será utilizado um coeficiente multiplicador de 1,5, que teria sido aplicado se a Atofina tivesse sido a única destinatária da decisão (tendo em conta o seu volume de negócios mundial, de 17,8 mil milhões de euros). Em consequência, será aplicada apenas à Atofina uma coima separada desse montante».

159. Dito de outra forma, no cálculo da coima aplicada individualmente à filial, a Comissão utilizou um coeficiente multiplicador de 1,5 — diferente do que foi utilizado no cálculo da coima aplicada conjunta e solidariamente à sociedade-mãe (Elf) e à filial (Arkema), de 2,5 — e isto para ter em consideração a menor capacidade económica da filial quando considerada independentemente da sua sociedade-mãe.

160. A Comissão não invocou, neste caso, nenhuma razão suscetível de explicar por que razão a referida abordagem não foi adotada no cálculo da coima pela qual a YKK Stocko era individualmente responsável.

161. Ao dividir a responsabilidade das recorrentes no âmbito da cooperação BWA, a decisão controvertida reconheceu expressamente que, antes de março de 1997, a YKK Stocko constituía uma empresa distinta do grupo YKK. Além disso, a decisão controvertida declara a existência de infrações com durações diferentes, cometidas, respetivamente, pela YKK Stocko, por um lado, e pela YKK Stocko em conjunto com o grupo YKK, por outro⁷². No entanto, para efeitos do cálculo da coima, e especialmente da determinação de um coeficiente multiplicador de dissuasão, a Comissão só teve em conta os recursos globais do grupo YKK, inclusivamente em relação ao período de infração durante o qual a empresa declarada responsável não dispunha desses recursos.

162. Ora, a empresa cujos recursos globais e dimensão devem ser tomados em consideração, para efeitos da fixação de um eventual coeficiente multiplicador de dissuasão, é a empresa responsável na aceção do artigo 81.º CE.

163. Por conseguinte, ao considerar que a Comissão podia utilizar, no cálculo da coima aplicada exclusivamente à YKK Stocko, um coeficiente multiplicador de 1,25, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito.

164. Como resulta das considerações precedentes, em minha opinião, no presente processo, não se justifica a aplicação à YKK Stocko de um coeficiente multiplicador. Portanto, o montante da coima relativamente ao período anterior à aquisição da YKK Stocko pelo grupo YKK deve ser fixado em 2 792 800 euros.

71 — Decisão 2006/897/CE da Comissão, de 19 de janeiro de 2005, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE contra a Akzo Nobel NV, a Akzo Nobel Nederland BV, a Akzo Nobel Chemicals BV, a Akzo Nobel Functional Chemicals BV, a Akzo Nobel Base Chemicals AB, a Eka Chemicals AB e a Akzo Nobel AB, solidariamente responsáveis, a Clariant AG e a Clariant GmbH, solidariamente responsáveis, a Elf Aquitaine SA e a Arkema SA, solidariamente responsáveis, e a Hoechst AG (Processo C.37.773 - Ácido monocloroacético) (JO 2006, L 353, p. 12).

72 — Considerando 541 da decisão controvertida.

IV – Quanto às despesas

165. Nos termos do artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas. O artigo 138.º, n.º 3, do mesmo regulamento, aplicável ao processo de recurso de uma decisão do Tribunal Geral, por força do artigo 184.º, n.º 1, do mesmo, prevê que se as partes obtiverem vencimento parcial, cada uma das partes suporta as suas próprias despesas.

166. Neste caso, antes de mais, cumpre salientar que, embora, em meu entender, dois dos quatro fundamentos de recurso invocados pelas recorrentes devam ser julgados procedentes e, por esta razão, o acórdão recorrido deva ser anulado, em contrapartida, não é esse o caso dos outros dois fundamentos, cuja rejeição proponho.

167. Em seguida, no que respeita ao recurso em primeira instância, deve salientar-se que, ao reduzir a coima, o Tribunal de Justiça julgará igualmente procedentes dois dos oito fundamentos invocados pelas recorrentes⁷³. Em contrapartida, resulta do acórdão recorrido, que não deveria ser infirmado pelo Tribunal de Justiça quanto a estes pontos, que as recorrentes foram vencidas quanto aos outros fundamentos que invocaram em primeira instância.

168. Nestas condições, e dado que cada uma das partes foi parcialmente vencida, tanto em primeira instância como no âmbito do presente recurso, deve decidir-se que cada uma suporte as suas próprias despesas.

V – Conclusão

169. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça:

- «— julgue improcedentes os primeiro e segundo fundamentos;
- anule o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 27 de junho de 2012, YKK e o./Comissão (T-448/07), na medida em que, no cálculo da coima aplicada à YKK Stocko Fasteners GmbH, cometeu erros de direito na aplicação do limite de 10% previsto no artigo 23.º, n.º 2, do 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 [CE] e 82.º [CE], bem como do coeficiente multiplicador de dissuasão;
- fixe a coima aplicada à YKK Stocko Fasteners GmbH, relativamente ao período de infração pelo qual é exclusivamente responsável, em 2 792 800 euros, em vez de 19 250 000 euros;
- condene a Comissão Europeia a suportar as suas próprias despesas relativas tanto ao processo em primeira instância como ao presente processo de recurso, e, por último,
- condene a YKK Corp., a YKK Holding Europe BV e a YKK Stocko Fasteners GmbH a suportar as suas próprias despesas relativas tanto ao processo em primeira instância como ao presente processo de recurso.»

73 — V. n.º 10, segundo travessão, das presentes conclusões.