



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 29 de abril de 2014¹

Processo C-580/12 P

**Guardian Industries Corp.
Guardian Europe Sàrl
contra**

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Acordos, decisões e práticas concertadas — Mercado do vidro plano — Cálculo da coima — Tomada em consideração das vendas internas das empresas — Prazo razoável — Admissibilidade de documentos apresentados intempestivamente»

1. No presente recurso, a Guardian Industries Corp. e a Guardian Europe Sàrl (a seguir, em conjunto, «Guardian» ou «recorrentes») pedem a anulação do acórdão Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão², no qual o Tribunal Geral da União Europeia negou provimento ao seu recurso. Esse recurso tinha por objeto a anulação da decisão de 28 de novembro de 2007, pela qual a Comissão Europeia lhes aplicou uma coima de 148 milhões de euros pela sua participação num cartel no mercado do vidro plano, no período compreendido entre abril de 2004 e fevereiro de 2005³.
2. No cálculo da coima que está no cerne da questão principal suscitada nesse recurso, a Comissão não teve em conta as «vendas cativas», isto é, as vendas internas às empresas verticalmente integradas. A Guardian, que procedeu apenas a vendas a terceiros independentes, entende que, ao abrigo do princípio da não discriminação, deveria beneficiar de uma redução da coima que lhe foi aplicada, numa proporção equivalente à das vendas internas no volume global do mercado. A outra questão importante levantada neste processo é a do prazo razoável da pendência do processo no Tribunal Geral, porquanto, nomeadamente, decorreram não menos de três anos e cinco meses entre o encerramento da fase escrita e a decisão de abertura da fase oral, sem que se tivesse realizado qualquer outro ato processual e sem nenhuma razão aparente.

1 — Língua original: francês.

2 — ? T-82/08, EU:T:2012:494, a seguir «acórdão recorrido».

3 — ? C(2007) 5791 final, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º CE [atual artigo 101.º TFUE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/39.165 — Vidro plano), cujo resumo foi publicado no JO 2008 C 127, p. 9 (a seguir «decisão controvertida»). Na medida em que a decisão controvertida foi adotada no quadro do Tratado CE, utilizarei a sua antiga numeração nestas conclusões.

I – Antecedentes do litígio

3. Os antecedentes do litígio e a decisão controvertida estão expostos nos seguintes termos nos n.ºs 1 a 10 do acórdão recorrido:

- «1 As recorrentes, Guardian Industries Corp. e Guardian Europe Sàrl, fazem parte do grupo Guardian, que se dedica à produção de vidro plano e de vidro automóvel. A Guardian Industries é a sociedade que lidera o grupo Guardian e detém indiretamente 100% do capital da Guardian Europe.
- 2 Em 22 e 23 de fevereiro de 2005 e em 15 de março de 2005, a Comissão das Comunidades Europeias realizou inspeções surpresa nas instalações da Guardian Flachglas GmbH, da Guardian Europe e da Guardian Luxguard I SA.
- 3 Em 2 de março de 2005, a Asahi Glass Co. Ltd e todas as suas filiais, incluindo a Glaverbel SA/NV, que se transformou na AGC Flat Glass Europe SA/NV (a seguir ‘Glaverbel’), apresentaram um pedido destinado a obter a imunidade em matéria de coimas ou, em alternativa, a redução da coima, nos termos da comunicação da Comissão, relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO 2002, C 45, p. 3).
- 4 Em 3 de janeiro de 2006, a Comissão deu início a um processo nos termos 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] (JO 2003, L 1, p. 1), tendo disso informado as partes em 6 de março de 2006.
- 5 Em 10 de fevereiro de 2006, a Comissão enviou pedidos de informação a várias sociedades, entre as quais as recorrentes. A Guardian Europe respondeu a este pedido em 10 de março de 2006.
- 6 A comunicação de acusações da Comissão, de 9 de março de 2007, foi enviada, em 13 e 14 de março de 2007, a várias sociedades, entre as quais as recorrentes.
- 7 Em 28 de novembro de 2007, a Comissão adotou a decisão [controvertida], [...] que foi notificada às recorrentes em 3 de dezembro de 2007.
- 8 A decisão [controvertida] foi igualmente enviada à Asahi Glass, à Glaverbel, à Pilkington Deutschland AG, à Pilkington Group Ltd, à Pilkington Holding GmbH (a seguir, em conjunto, ‘Pilkington’), à Compagnie de Saint-Gobain SA e à Saint-Gobain Glass France SA (a seguir, em conjunto, ‘Saint-Gobain’).
- 9 A Comissão indicou na decisão [controvertida] que as sociedades, às quais esta se dirigia, participaram numa infração única e continuada ao artigo 81.º, n.º 1, CE, no território do Espaço Económico Europeu (EEE), que consistiu na fixação de aumentos de preço, de preços mínimos, de objetivos de preço, de congelamento dos preços e de outras condições comerciais para as vendas a clientes independentes de quatro categorias de produtos em vidro plano utilizados no setor da construção, a saber, vidro *float*, vidro de baixa emissividade, vidro laminado e espelhos em bruto, assim como na troca de informações comerciais sensíveis.
- 10 As recorrentes foram consideradas culpadas da infração pelo período compreendido entre 20 de abril de 2004 e 22 de fevereiro de 2005, tendo-lhes sido aplicada solidariamente uma coima de 148 milhões de euros.»

4. Por petição de 12 de fevereiro de 2008, a Guardian recorreu da decisão controvertida para o Tribunal Geral.

II – Acórdão recorrido

5. Em apoio do seu pedido de anulação parcial da decisão controvertida, a Guardian invocou um único fundamento respeitante a erros de facto relativos à duração da sua participação no cartel e à dimensão geográfica deste. O pedido de redução da coima assentava em três fundamentos. O primeiro visava extrair consequências do fundamento de anulação parcial. No segundo, a Guardian invocava a violação do princípio da não discriminação e do dever de fundamentação. O terceiro era relativo a um erro de apreciação sobre o papel da Guardian no cartel. O Tribunal Geral negou provimento à totalidade do recurso.

6. A título preliminar, o Tribunal Geral decidiu da seguinte forma sobre a admissibilidade de uma carta apresentada pela Comissão, datada de 10 de fevereiro de 2012:

«19 Na audiência, as recorrentes contestaram a admissibilidade da carta da Comissão, de 10 de fevereiro de 2012, por esta incluir números que não lhes foram anteriormente comunicados.

20 A Comissão considera que esta carta, que constitui um complemento à sua resposta de 23 de janeiro de 2012 às questões que o Tribunal Geral lhe enviou, é admissível.

21 Importa referir que esta carta chegou ao Tribunal Geral fora do prazo [fixado] à Comissão, mas que, no entanto, foi comunicada às recorrentes em 10 de fevereiro de 2012. Esta carta inclui observações sobre um documento apresentado pelas recorrentes em 8 de fevereiro de 2012, assim como um complemento à resposta da Comissão a uma questão escrita colocada pelo Tribunal Geral à qual devia responder antes da audiência, relativa ao método de cálculo do montante da coima proposto pelas recorrentes em caso de exclusão das vendas cativas. Deste modo, a Comissão precisou, por um lado, que os números que figuram no quadro n.º 1 da comunicação de acusações não se referem apenas às vendas [internas], mas também às vendas de determinadas categorias de vidro que não foram tidas em consideração na decisão [controvertida] e precisou, por outro lado, o rácio entre as vendas totais dos membros do cartel e as suas vendas internas.

22 Atendendo ao conteúdo desta carta e ao facto de ter sido transmitida às recorrentes, que, por conseguinte, puderam apresentar observações a este respeito na audiência, o documento em causa deve ser considerado admissível e o fundamento de inadmissibilidade invocado pelas recorrentes deve ser julgado improcedente.»

7. O pedido de anulação foi julgado improcedente pelos fundamentos que constam dos n.ºs 28 a 93 do acórdão recorrido.

8. Em relação ao pedido de redução da coima, os n.ºs 98 a 107 do acórdão recorrido referem:

«98 As recorrentes consideram que a Comissão violou, por um lado, o princípio da não discriminação ao excluir do cálculo das coimas aplicadas aos outros três membros do cartel o valor das vendas [internas] [...] dos grupos e, por outro, o seu dever de fundamentação relativo a estes cálculos.

99 Deste modo, as recorrentes assinalam que, na falta de fundamentação relativa ao cálculo da coima aplicada aos outros três membros do cartel e tendo em conta a natureza confidencial dos dados utilizados, não lhes é possível determinar a natureza e o respetivo valor das vendas [internas] excluídas relativamente a cada participante no cartel. Por conseguinte, afirmam que compete ao Tribunal Geral compensar a exclusão das referidas vendas através de uma redução do montante da coima que lhes foi aplicada na proporção do valor das exclusões do mercado do vidro plano. Esta solução, já adotada pelo Tribunal Geral, é compatível com as Orientações para

o cálculo das coimas, aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2, a seguir '[orientações de 2006]'), na medida em que permite refletir de maneira adequada o peso relativo da empresa no mercado pertinente.

- 100 As recorrentes precisam que a Comissão excluiu mil milhões de euros de vendas [internas] de um volume total de mercado de 2,7 mil milhões de euros. Este número resulta da dedução do montante total das vendas de vidro plano enunciado na decisão [controvertida], a saber, 1,7 mil milhões de euros (considerando 41 da decisão [controvertida]), do montante total enunciado na comunicação de acusações, a saber, 2,7 mil milhões de euros (considerando 41 da decisão [controvertida]), e representa 37% do volume total de um mercado cujo valor é de 2,7 mil milhões de euros.
- 101 A Comissão contesta os argumentos das recorrentes.
- 102 Segundo jurisprudência constante, o alcance do dever de fundamentação depende da natureza do ato em causa e do contexto em que o mesmo foi adotado. A fundamentação deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio da instituição autora do ato, de forma a permitir, por um lado, ao juiz da União Europeia exercer a sua fiscalização e, por outro, aos interessados conhecer as justificações da medida adotada para poderem defender os seus direitos e verificarem se a decisão está corretamente fundamentada.
- 103 Não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um ato satisfaz as exigências do artigo 253.º CE deve ser apreciada não só à luz do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regulam a matéria em causa [...].
- 104 No caso em apreço, a Comissão considerou que os acordos anticoncorrenciais tinham por objeto as vendas de vidro plano a clientes independentes (considerando 377 da decisão [controvertida]) e, por isso, utilizou estas vendas para calcular o montante de base das coimas (considerando 41, quadro n.º 1, e considerando 470 da decisão [controvertida]). Por conseguinte, a Comissão excluiu do cálculo da coima as vendas de vidro plano destinado a ser transformado por uma divisão da empresa ou por uma sociedade do mesmo grupo. Uma vez que a existência de um comportamento anticoncorrencial apenas ficou provada em relação às vendas a clientes independentes, não se pode criticar a Comissão por ter excluído do cálculo da coima as vendas internas dos membros do cartel verticalmente integrados. Por outro lado, a Comissão também não pode ser acusada de não ter fundamentado a exclusão das referidas vendas do cálculo da coima.
- 105 Além disso, como alegou a Comissão, não ficou provado que os membros do cartel verticalmente integrados que forneceram os produtos em causa às divisões da mesma empresa ou às sociedades que fazem parte do mesmo grupo de empresas beneficiaram indiretamente do aumento de preço acordado nem que o aumento dos preços no mercado a montante se traduziu numa vantagem concorrencial no mercado a jusante do vidro plano transformado.
- 106 Por último, quanto ao argumento de que a Comissão violou o princípio da não discriminação ao excluir as vendas internas do cálculo da coima, há que recordar que, segundo jurisprudência constante, o princípio da igualdade de tratamento ou da não discriminação exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a menos que tal tratamento seja objetivamente justificado [...]. No caso em apreço, na medida em que a Comissão considerou que os pactos anticoncorrenciais apenas visavam o preço do vidro plano faturado a clientes independentes, o facto de as vendas internas terem sido excluídas do cálculo da coima aplicada aos membros do cartel verticalmente

integrados significa unicamente que situações objetivamente diferentes foram tratadas de forma diferente. Por conseguinte, a Comissão não pode ser acusada de ter violado o princípio da não discriminação.

107 Consequentemente, o presente fundamento deve ser julgado improcedente na sua totalidade.»

III – Quanto ao presente recurso

9. A Guardian e a Comissão intervieram na fase escrita do processo no Tribunal de Justiça e na audiência que teve lugar em 12 de dezembro de 2013.

10. Antes de abordar os três fundamentos invocados pela Guardian, cumpre recordar o incidente processual que se verificou neste processo (depois da primeira apresentação de articulados). No essencial, a Guardian alegou a propósito do seu primeiro fundamento que, na sua contestação, a Comissão tinha, pela primeira vez, junto aos autos uma prova dos efeitos do cartel nas vendas internas. Esta prova consistia numa declaração da Saint-Gobain prestada no processo administrativo e mencionada no n.º 37 da resposta da Comissão. Esta destinava-se a demonstrar que os preços das vendas intragrupos estavam alinhados pelos fixados pelo cartel, desmentindo assim a tese, até então defendida pela Comissão e adotada pelo Tribunal Geral, da falta de prova desse alinhamento.

11. O pedido da Guardian para ser autorizada a replicar sobre esta questão foi julgado improcedente. A Guardian apresentou, então, no Tribunal de Justiça um pedido de alteração do seu recurso, à luz do que entende ser um facto novo. Este pedido foi também julgado improcedente.

12. Na minha opinião, basta constatar que não se trata de um facto novo, porquanto a Guardian teve (ou, em todo o caso, pôde ter), bem entendido, conhecimento do documento da Saint-Gobain que contém essa declaração, desde a fase do processo administrativo.

13. A Guardian alega, no seu primeiro fundamento de recurso, que o Tribunal Geral violou o princípio da igualdade de tratamento ao manter a não contabilização das vendas cativas no cálculo das coimas aplicadas à Asahi/Glaverbel, à Pilkington e à Saint-Gobain, pela decisão controvertida. No seu segundo fundamento, a Guardian sustenta que o Tribunal Geral violou o seu regulamento de processo, bem como os princípios do direito de defesa e da igualdade de armas, ao declarar admissível a carta que a Comissão lhe endereçou em 10 de fevereiro de 2012 (a seguir «carta de 10 de fevereiro de 2012»). Por fim, no seu terceiro fundamento, a Guardian alega que a duração do processo no Tribunal Geral não foi razoável, o que constitui uma violação do seu direito fundamental a um processo equitativo num prazo razoável. Vou analisar os dois primeiros fundamentos em conjunto.

A – Quanto ao primeiro e segundo fundamentos

14. O primeiro fundamento é relativo à violação do princípio da igualdade de tratamento. Contesta os n.ºs 104 a 106 do acórdão recorrido.

1. Argumentos das partes

15. No essencial, a Guardian alega que o princípio da igualdade de tratamento, de acordo com jurisprudência constante, obriga a que se considerem, para o cálculo da coima, as vendas internas como comparáveis às vendas a terceiros independentes⁴. No entanto, a Guardian sublinha que não contesta a legalidade da exclusão das vendas internas às empresas verticalmente integradas, mas a legalidade da não redução, numa proporção equivalente, da coima que lhe foi aplicada.

16. A Comissão responde que no n.º 105 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral limitou-se a proceder a uma simples constatação de facto ao indicar — o que a Guardian não contestou⁵ — que não se sabe se e em que medida os produtores de vidro plano verticalmente integrados beneficiaram de uma vantagem concorrencial no mercado a jusante. Por outro lado, a Guardian não demonstrou de maneira nenhuma, nem na primeira instância, nem neste recurso (o que, de qualquer maneira seria intempestivo), a existência de uma tal vantagem.

2. Apreciação

a) N.ºs 104 e 105 do acórdão recorrido

17. Não estou muito convencido da leitura que a Comissão faz do n.º 105 do acórdão recorrido, cujo texto recorro: «Além disso, como alegou a Comissão, não ficou provado que os membros do cartel verticalmente integrados que forneceram os produtos em causa às divisões da mesma empresa ou às sociedades que fazem parte do mesmo grupo de empresas beneficiaram indiretamente do aumento de preço acordado nem que o aumento dos preços no mercado a montante se traduziu numa vantagem concorrencial no mercado a jusante do vidro plano transformado».

18. Saliento que este número, introduzido pela expressão «além disso», não indica por quem «não ficou provado» que os membros do cartel verticalmente integrados tiveram um benefício indireto do cartel.

19. Por conseguinte, é abusivamente que a Comissão deduz deste n.º 105 do acórdão recorrido que esse eventual benefício indireto devia ter sido demonstrado pela Guardian.

20. Acrescento que, no n.º 104 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral utilizou também a voz passiva para salientar que «a existência de um comportamento anticoncorrencial apenas ficou provada em relação às vendas a clientes independentes», afirmação esta que, segundo a Guardian, é contrariada pelo n.º 377 da decisão controvertida, nos termos do qual «os acordos colusórios referiam-se aos preços a aplicar aos clientes independentes», sem, porém, excluir expressamente as vendas internas.

4 — ? Acórdãos Europa Carton/Comissão (T-304/94, EU:T:1998:89, n.º 117); KNP BT/Comissão (C-248/98 P, EU:C:2000:625, n.º 62, proferido no recurso do acórdão KNP BT/Comissão, T-309/94, EU:T:1998:91); Lögstör Rör/Comissão (T-16/99, EU:T:2002:72, n.º 360); e Tokai Carbon e o./Comissão (T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, EU:T:2005:220, n.º 260).

5 — ? Segundo a Comissão, no n.º 33 do recurso, as recorrentes não contestam as conclusões *de facto* do Tribunal Geral, mas afirmam apenas que este último aplicou uma norma *jurídica* errada para determinar a pertinência das suas conclusões.

b) Regra de inclusão das vendas cativas no volume de negócios que serve de base ao cálculo da coima

21. Na minha opinião, embora, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma infração ao artigo 81.º, n.º 1, CE, não possa ser alargada às relações no seio de uma unidade económica constituída por um grupo de sociedades⁶, a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷ também impõe a igualdade de tratamento das vendas cativas ou internas e das vendas externas, para evitar qualquer discriminação entre empresas verticalmente integradas e as que não o são.

22. O respeito desta regra é imposto tanto com base nas orientações de 1998⁸ como nas de 2006.

23. Em relação ao conceito de «valor das vendas», as orientações de 2006 esclarecem nos n.ºs 5 e 6 da «[i]ntrodução» que «[a] fim de atingir [os] objetivos [nelas mencionados], é adequado que a Comissão tenha em consideração, como base para a determinação das coimas, o *valor das vendas dos bens ou serviços relacionadas com a infração*» e «[c]om efeito, a combinação do valor das vendas relacionadas com a infração e da sua duração é considerada um *valor de substituição adequado para refletir a importância económica da infração, bem como o peso relativo de cada empresa que participa na infração. A referência a estes indicadores dá uma boa indicação da ordem de grandeza da coima e não deverá ser entendida como a base de um método de cálculo automático e aritmético*» (o sublinhado é meu).

24. Em seguida, na parte «Método para a fixação das coimas», ponto «1) Montante de base da coima» e «A. Determinação do valor das vendas», é explicado, no n.º 13, que «[p]ara determinar o montante de base da coima a aplicar, a Comissão utilizará o valor das vendas de bens ou serviços, realizadas pela empresa, relacionadas direta ou indiretamente [⁹] com a infração, na área geográfica em causa no território do Espaço Económico Europeu ('EEE'). A Comissão utilizará em princípio as vendas realizadas pela empresa durante o último ano completo da sua participação na infração (a seguir 'o valor das vendas')»¹⁰ (o sublinhado é meu).

25. Ora, a este propósito, a constatação expressa no n.º 104 do acórdão recorrido de que a Comissão considerou que os acordos anticoncorrenciais em causa tinham por objeto as vendas de vidro plano a clientes independentes não leva em conta o facto de que a tomada em consideração das vendas internas no cálculo da coima é independente da questão de saber se o cartel visa expressamente clientes independentes ou se, mais genericamente, é também extensível aos preços de transferência interna dos grupos participantes no cartel.

6 — ? V., nomeadamente, acórdão Viho/Comissão (C-73/95 P, EU:C:1996:405, n.ºs 16 e 17).

7 — ? Acórdão KNP BT/Comissão (EU:C:2000:625, n.º 62).

8 — ? 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 de 1998»).

9 — ? Uma nota de pé de página das orientações de 2006 esclarece que «[t]al será o caso, por exemplo, de acordos horizontais de fixação de preços relativamente a um dado produto, quando o preço desse produto determina por sua vez os preços de produtos de qualidade inferior ou superior».

10 — ? V., por exemplo, de Broca, H., *The Comissão revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases*, na publicação oficial da DG «Concorrência» da Comissão: Competition Policy Newsletter, Número 3, outono de 2006, p. 1, que explica que «by using a clearer reference to each undertaking's 'value of sales', the 2006 Guidelines intend to reflect, even approximately and imperfectly, the economic importance of the infringement as a whole as well as the relative weight of each undertaking participating in the infringement. The 1998 Guidelines, based on a lump sum system, have often been critici[s]ed on that particular aspect, even though this criticism was largely misplaced. In fact, a number of tools corrected the obvious drawbacks of a pure lump sum system. For instance, the Comissão fixed starting amounts below the 20 million euros threshold mentioned in the 1998 Guidelines for very serious infringements taking place on small markets; it also differentiated between undertakings on the basis of their respective size in the market concerned (the so-called 'groupings') [...]. If anything, the 1998 Guidelines rather reflected the insufficient level of fines imposed on 'large' infringements or on large players, something which the 2006 Guidelines will probably correct».

i) Jurisprudência

26. Antes de mais, importa recordar aqui que, já antes das orientações de 1998, a Comissão se baseou no volume total de negócios realizado com o produto visado, durante o último ano do cartel¹¹.

27. Seguidamente, com a entrada em vigor das orientações de 1998, o Tribunal de Justiça confirmou que a Comissão podia agir dessa forma ao decidir¹² que «embora as [orientações de 1998] não prevejam que o montante das coimas seja calculado em função do volume de negócios global ou do volume de negócios pertinente, elas não se opõem a que esses volumes de negócios sejam tomados em consideração na determinação do montante da coima, a fim de respeitar os princípios gerais do direito [da União] e quando as circunstâncias o exigam».

28. Nos processos que vou analisar a seguir, constato que foi sempre o participante no cartel verticalmente integrado quem contestava no Tribunal Geral ou no Tribunal de Justiça a prática da Comissão de incluir as suas vendas cativas no volume de negócios que serve de base ao cálculo da coima.

29. Efetivamente, os acórdãos Europa Carton/Comissão (EU:T:1998:89), KNP BT/Comissão (EU:C:2000:625), KNP BT/Comissão (EU:T:1998:91) (os três relativos ao cartel do «cartão»), Lögstör Rör/Comissão (EU:T:2002:72) (cartel dos «tubos com revestimento térmico») e Tokai Carbon e o./Comissão (EU:T:2005:220) (cartel das «Grafites especiais») têm como características comuns i) que o recorrente estava verticalmente integrado, ii) que as vendas cativas eram tomadas em conta pela Comissão e iii) que o recorrente entendia que deviam ser excluídas.

30. Qual foi a resposta do Tribunal Geral ou do Tribunal de Justiça em cada um destes processos?

31. No processo Europa Carton/Comissão, EU:T:1998:89, o Tribunal Geral decidiu que a tomada em consideração do valor das entregas cativas a uma sociedade, para efeitos da determinação do montante da coima, não era proibida por nenhuma disposição textual. Nesse processo, a abordagem foi analisar os benefícios do cartel. Ora, o recorrente não tinha aplicado às suas vendas internas o preço praticado com base no cartel (n.ºs 123 e 128).

32. No n.º 62 do acórdão KNP BT/Comissão, EU:C:2000:625, o Tribunal de Justiça¹³ recordou o n.º 128 do acórdão do Tribunal Geral e concordou que «[n]ão ter em conta o valor das entregas de cartão internas à Europa Carton significaria necessariamente beneficiar, sem justificação, as sociedades verticalmente integradas. Nessa situação, o benefício feito com o cartel poderia não ser tido em conta e a empresa em causa escaparia a uma sanção proporcional à sua importância no mercado dos produtos objeto da infração».

33. No processo KNP BT/Comissão, EU:T:1998:91, o Tribunal Geral decidiu que «a recorrente não [tinha] apresent[ado] qualquer elemento de prova suscetível de demonstrar» que a Comissão não deveria ter tido em conta as vendas cativas (n.º 112).

11 — ? V., por exemplo, a seguinte doutrina: Castillo de la Torre, F., *The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice* (2011) 33 *World Competition* 359 (nota 37): «In the press release relating to the Cement cartel (IP/94/1108), the Comissão stated: 'calculation [of fines] is normally based on the Community turnover in the product concerned'. In Cartonboard, the Comissão explained the method used: 'fines of a basic level of 9 or 7.5% of the turnover of each undertaking addressed by the decision on the Community cartonboard market in 1990 were imposed on the undertakings regarded as the 'ringleaders' of the cartel and on the other undertakings respectively' (Case T-348/94, *Enso Española v. Comissão* [1998] ECR II-1875, para. 247). See also, the calculation of the fine in Steel Beams, in Case T-151/94, *British Steel v. Comissão* [1999] ECR II-629, paras 598—605».

12 — ? V. acórdão *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, EU:C:2005:408, n.º 209 e jurisprudência referida, n.º 258). V., também, entre outros, acórdãos do Tribunal Geral, *Schunk e Schunk Kohlenstoff-Technik/Comissão* (T-69/04, EU:T:2008:415, n.ºs 176 e 177); *Tomra Systems e o./Comissão* (T-155/06, EU:T:2010:370, n.º 317); e *Ballast Nedam Infra/Comissão* (T-362/06, EU:T:2012:492, n.º 122).

13 — ? V. também conclusões do advogado-geral J. Mischo neste processo (EU:C:2000:258), que foram seguidas pelo Tribunal de Justiça.

34. Por fim, no acórdão Lögstör Rör/Comissão EU:T:2002:72 (no n.º 360) e no acórdão Tokai Carbon e o./Comissão, EU:T:2005:220 (no n.º 260), o Tribunal Geral recordou os acórdãos KNP BT/Comissão, EU:C:2000:625, e Europa Carton/Comissão, EU:T:1998:89.

ii) Orientações da Comissão

35. Como o Tribunal de Justiça recordou no seu acórdão KME Germany e o./Comissão¹⁴, desta vez a propósito das orientações de 2006, «[n]o interesse da transparência, a Comissão adotou as orientações, nas quais indica a que título levará em consideração tal ou tal circunstância da infração e as consequências que daí poderão resultar para o montante da coima». Além disso, o Tribunal Geral decidiu¹⁵ que, «embora o método de cálculo do montante das coimas contido nas orientações não seja, de certo, o único possível, é suscetível de assegurar uma *prática decisória coerente* em matéria de imposição das coimas, a qual permite, por sua vez, *garantir a igualdade de tratamento* das empresas que são punidas por infrações às regras do direito da concorrência» (o sublinhado é meu).

36. O facto de o problema da inclusão ou não das vendas internas no volume de negócios que serve de base de cálculo da coima (e da eventual discriminação entre empresas consoante sejam verticalmente integradas ou não) ter sido suscitado neste processo pela Comissão está, certamente, relacionado com a aplicação pendular pela Comissão das suas orientações de 2006 e, mais especificamente, com o conceito de «valor das vendas» na sua política de coimas¹⁶ (que oscila entre a exclusão e a inclusão das vendas internas no referido conceito, correndo assim o risco de ser aleatório).

37. É pendular, porque, contrariamente aos processos que citarei adiante, a Comissão insiste que existem muitos outros processos, além deste, nos quais a Comissão não teve em conta vendas internas no cálculo das coimas¹⁷. Ora, para além do facto de estas decisões não terem muito em conta que as vendas internas não foram incluídas no valor das vendas dos produtores verticalmente integrados¹⁸, são posteriores à decisão controvertida. Por outras palavras, a prática da Comissão foi sempre incluir as vendas internas no volume de negócios que serve de base ao cálculo da coima, até à decisão controvertida, na qual, sem fundamentação (ou mesmo sem qualquer referência¹⁹), a Comissão alterou radicalmente a sua abordagem.

38. Ora, a jurisprudência²⁰ impõe uma única interpretação das orientações, exceto numa situação especial em que a Comissão apresente todas as razões que motivam o seu afastamento. Aliás, antes da «inovação» da decisão controvertida, a prática da Comissão era conforme à jurisprudência e às orientações.

14 — ? C-389/10 P, EU:C:2011:816, n.º 126.

15 — ? Acórdão Groupe Danone/Comissão (T-38/02, EU:T:2005:367, n.º 523).

16 — ? V., neste contexto, por exemplo, a doutrina *The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice*, já referida, segundo a qual a decisão «Vidro automóvel» «does not deviate from the 2006 Guidelines, but rather applies the concept of sales indirectly or directly related to the infringement to the case at hand». Com efeito, «much depends on whether the concept of sales 'relating' to the infringement is narrowly or broadly construed» (Kerse, C. S., e Khan, N., *EU Antitrust Procedure*, 6.ª edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2012, p. 417). Além disso, no que respeita às orientações de 2006 e ao conceito de valor das vendas, «[t]he adoption of this new calculation method has somewhat reduced the margin of discretion of the Commission which, in every case, has to take a reasoned position on the sales included in the calculation of the fines. The identification of the goods and services to which the infringement indirectly or directly relates when setting the fine is expected to be a bone of contention in many cases. In several decisions already adopted under the [2006] Fining Guidelines, the determination of the value of the undertaking's sales of goods or services related to the infringement was highly debated [...] [It follows from the Commission's practice] that, in order to determine the basic amount of the fine in cartel cases, the Commission need not provide proof of each occasion on which individual sales were affected by the cartel activities» (Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, edição Kluwer Law, 5.ª edição, p. 1100).

17 — ? Cita as suas decisões C(2009) 7601 final, de 7 de outubro de 2009, no processo COMP/39.129, Transformadores elétricos, e C(2011) 7436 final, de 19 de outubro de 2011, no processo COMP/39.605, Vidro para tubos catódicos.

18 — ? O que, em si, é criticável, atendendo à jurisprudência referida adiante (nos n.ºs 62 a 64 destas conclusões).

19 — ? V. também, a propósito, n.º 70 destas conclusões.

20 — ? V. jurisprudência referida adiante (nos n.ºs 62 a 64 destas conclusões).

39. Na sua decisão «Serviços de mudanças internacionais»²¹, a Comissão salienta, «em primeiro lugar, que o emprego da expressão ‘vendas de bens ou serviços [...] relacionadas [...] com a infração’, em vez da expressão ‘bens ou serviços afetados’ indica que esse número das orientações [...] não se refere às vendas de bens ou serviços relativamente aos quais existe uma prova direta da sua afetação pela infração. Aliás, esta interpretação do referido número obrigava a Comissão para determinar o montante de base de cálculo da coima nos processos de cartel, a provar sistematicamente quais as vendas individuais afetadas pelo cartel, ao passo que, para efeitos de aplicação do artigo 81.º [CE], a jurisprudência exclui que os efeitos concretos de um acordo sejam tomados em consideração, quando se afigure que este tem por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum».

40. A referida decisão acrescenta que «[e]m segundo lugar, a Comissão considera que a palavra ‘relacionadas’, constante do n.º 13 das orientações [...], não se refere ao termo ‘vendas’, mas antes à expressão ‘bens e serviços’ que figura no mesmo número. Por outras palavras, este número deve ser interpretado no sentido de que, uma vez que a Comissão estabeleceu quais são os bens ou serviços relacionados direta ou indiretamente com a infração, o valor das vendas de todos esses bens ou serviços é tomado em consideração para a determinação do montante de base da coima».

41. A doutrina interpreta as orientações de 2006 da mesma maneira. Como sublinha D. Geradin²², «na prática, isso quer dizer que a Comissão não tem de provar de que forma é que a infração afetou cada venda individual, uma vez que está demonstrado que afetou uma categoria inteira de produtos ou de serviços. A razão para tal é que a expressão ‘relacionadas [...] com a infração’ refere-se aos ‘produtos ou serviços’ e não às ‘vendas’».

42. Neste cartel dito de «serviços de mudanças internacionais», as práticas ilícitas acordadas pelos participantes no cartel não tinham sido aplicadas a todos os contratos que tinham celebrado no mercado pertinente.

43. No recurso interposto desta decisão²³, o Tribunal Geral rejeitou o argumento segundo o qual apenas o valor das vendas resultante de mudanças que tivessem sido realmente afetadas pelas práticas ilícitas — e não o volume de negócios total que a Team Relocations tinha realizado no mercado belga dos serviços de mudanças internacionais — podia ser tomado em consideração para calcular o valor pertinente das vendas da Team Relocations, na aceção do n.º 13 das orientações de 2006.

44. Assim, «a redação do n.º 13 das orientações de 2006 refere-se às ‘vendas [...] relacionadas direta ou indiretamente com a infração’ e não às ‘vendas afetadas pela infração’. A formulação do n.º 13 visa, por isso, as vendas realizadas no mercado pertinente. De resto, tal decorre muito claramente da versão alemã do n.º 6 das orientações de 2006, segundo a qual se trata de ‘Umsatz auf den vom Verstoß betroffenen Märkten’ (vendas realizadas nos mercados aos quais respeita a infração). *A fortiori*, o n.º 13 das orientações de 2006 não visa apenas os casos a respeito dos quais a Comissão dispunha de provas documentais da infração» (n.º 63 deste acórdão).

45. De acordo com o n.º 64 do mesmo acórdão «[e]sta interpretação é confortada pelo objetivo das normas [de concorrência da União]. De facto, a interpretação proposta pela Team Relocations significa que, na determinação do montante de base das coimas a aplicar nos processos relativos a cartéis, a Comissão estaria obrigada, em cada caso, a demonstrar quais as vendas individuais que foram afetadas pelo cartel. Tal obrigação nunca foi imposta pelos órgãos jurisdicionais da União e nada há que indique que a Comissão tivesse a intenção de impor a si própria tal obrigação nas orientações de 2006».

21 — ? Decisão da Comissão, de 11 de março de 2008, C(2008) 926 final (processo COMP/38543 — serviços de mudanças internacionais), considerando 532 e 533.

22 — ? *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment* (TILEC Discussion Paper, 2011-052) Tilburgo, TILEC (tradução livre).

23 — ? Acórdão Team Relocations e o./Comissão (T-204/08 e T-212/08, EU:T:2011:286, n.ºs 60 a 68).

46. Além disso, «nos processos relativos a cartéis que são secretos por natureza, é inevitável que não sejam descobertas determinadas peças que comprovem cada uma das manifestações das práticas anticoncorrenciais [...]» (n.º 65).

47. Por último, de acordo com o n.º 66 do referido acórdão, »resulta de jurisprudência assente que a parte do volume de negócios obtida com as mercadorias objeto da infração é de natureza a fornecer uma justa indicação da amplitude de uma infração no mercado em causa [24]. Em particular, o volume de negócios realizado com os produtos que constituíram o objeto de uma prática restritiva constitui um critério objetivo, que dá uma justa medida do carácter nocivo desta prática para o funcionamento normal da concorrência [25]. Este princípio foi retomado nas orientações de 2006.

48. Este acórdão foi confirmado por um acórdão do Tribunal de Justiça²⁶, cujo n.º 76 refere claramente que o conceito de «valor das vendas» não se limita ao «volume de negócios realizado apenas com as vendas relativamente às quais se demonstrou que foram de facto afetadas pelo [cartel]»²⁷. Uma tal limitação teria, segundo o Tribunal de Justiça (n.º 77), «além disso, a consequência de minimizar artificialmente a importância económica da infração cometida por uma determinada empresa, quando o simples facto de ter sido encontrado um número limitado de provas diretas das vendas realmente efetuadas pelo cartel levava à aplicação, a final, de uma coima sem relação real com o campo de atuação do cartel em causa. Esta recompensa do sigilo prejudicaria igualmente o objetivo de perseguição e de sanção eficaz das infrações ao artigo 81.º CE e, por conseguinte, não pode ser admitida». Portanto (segundo o n.º 78), «o Tribunal Geral [...] decidiu corretamente, no n.º 62 do acórdão recorrido, que ‘não decorre [deste n.º 13 das orientações de 2006] que no cálculo do valor pertinente das vendas apenas possa ser levado em conta o valor das vendas resultante das mudanças realmente afetadas pelas práticas infratoras’. A este propósito, pôde, por conseguinte, basear-se, sem cometer um erro de direito, no objetivo das regras da concorrência da União, no n.º 64 daquele acórdão, na necessidade de ter em atenção o carácter secreto dos cartéis, no n.º 65 do referido acórdão, que tornaria nesse caso ‘efetivamente impossível encontrar elementos relativos a cada uma das mudanças afetadas’, e na jurisprudência que resultou do acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão, já referido, no n.º 66 do mesmo acórdão»²⁸.

49. No n.º 28 do acórdão *SGL Carbon/Comissão* (C-564/08 P EU:C:2009:703), relativo à Decisão 2004/420/CE²⁹, o Tribunal de Justiça salienta que «[r]esulta, por outro lado, [...] da decisão controvertida que os diversos montantes de volume de negócios e percentagens de quotas de mercado, incluindo o consumo cativo, tinham sido fornecidos à Comissão pelas empresas em causa».

50. No n.º 29 desse acórdão, indica que, «[t]endo em conta o conjunto destes elementos, a Comissão explicitou, nos n.ºs 291 a 295 da decisão controvertida, a incorporação do consumo cativo nos cálculos efetuados. Assim, no n.º 292 daquela decisão, referiu que a tomada em conta do valor do consumo cativo no cálculo dos volumes de negócios e das quotas de mercado é essencial, porque ignorar esse

24 — ? Acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão (100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, n.º 121).

25 — ? Acórdãos *British Steel/Comissão* (T-151/94, EU:T:1999:52, n.º 643) e *Saint-Gobain Gyproc Belgium/Comissão* (T-50/03, EU:T:2008:252, n.º 84). O Tribunal Geral também rejeitou o argumento «a título subsidiário» da *Team Relocations*, segundo o qual o valor pertinente das vendas não deve incluir o volume de negócios realizado com as mudanças de particulares, isto é, não suportado por um terceiro, na medida em que as práticas ilícitas não tinham sido aplicadas a essas mudanças.

26 — ? Acórdão *Team Relocations* e o./Comissão (C-444/11 P, EU:C:2013:464).

27 — ? Redação completa do n.º 76: «Daqui decorre que o n.º 13 das orientações [...] tem por objetivo fixar como ponto de partida para o cálculo da coima aplicada a uma empresa um montante que reflita a importância económica da infração e o peso dessa empresa nela. Por conseguinte, embora o conceito de valor das vendas referido no n.º 13 das orientações [...] não possa, é certo, ser alargado ao ponto de abranger as vendas realizadas pela empresa em causa que não se enquadrem no âmbito de aplicação do cartel censurado, prejudica-se, todavia, o objetivo prosseguido por esta disposição se este conceito for interpretado no sentido de que só visa o volume de negócios realizado apenas com as vendas relativamente às quais se demonstrou que foram realmente afetadas por esse cartel».

28 — ? V. também n.ºs 85 a 87 do referido acórdão do Tribunal de Justiça.

29 — ? Decisão da Comissão, de 3 de dezembro de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo C 38.359 — Produtos de carbono e de grafite para aplicações elétricas e mecânicas (JO 2004, L 125, p. 45).

valor equivaleria necessariamente a conferir uma vantagem injustificada às empresas verticalmente integradas. Com efeito, se esse valor não fosse tomado em conta, o lucro real conseguido por essa empresa com o cartel não seria tido em consideração, de forma que essa empresa escaparia a uma coima proporcional à sua importância no mercado dos produtos abrangidos pela infração».

51. O n.º 30 do citado acórdão recorda, «a este respeito, que a pertinência da tomada em consideração do consumo cativo na avaliação dos volumes de negócios e das quotas de mercado num contexto como o deste processo foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça, no seu acórdão [KNP BT/Comissão, EU:C:2000:625, n.º 62], do qual decorre que o facto de se ter em conta o valor das entregas internas equivale necessariamente a beneficiar, sem justificação, as sociedades verticalmente integradas no que respeita à avaliação do lucro retirado de um cartel por essas empresas».

52. De onde decorre que a Comissão incluiu a vendas internas, sem provar que todas as vendas tinham beneficiado da infração.

53. Um outro exemplo desta prática da Comissão é a decisão Liquid Crystal Displays (a seguir «LCD»), de 8 de dezembro de 2010³⁰, que recordou que o facto de tomar as vendas cativas em consideração aquando do cálculo das «vendas afetadas», era, de acordo com as orientações de 2006, necessário para «evitar qualquer discriminação entre as sociedades verticalmente integradas e as sociedades não verticalmente integradas»³¹. Com efeito, a Comissão considerou que os participantes no cartel que eram empresas verticalmente integradas não deviam ter um tratamento mais favorável que o dado aos outros participantes.

54. Na sequência do recurso interposto daquela decisão, o Tribunal Geral³² julgou improcedente *inter alia* o fundamento relativo ao facto de a Comissão ter incluído indevidamente as vendas das recorrentes no cálculo da coima. Segundo o Tribunal Geral, não decorre do n.º 13 das orientações de 2006 que, no cálculo do valor pertinente das vendas para fixar a coima, apenas possa ser levado em conta o valor das vendas resultante das mudanças realmente afetadas pelas práticas infratoras³³ (n.º 65). A formulação desta disposição visa, de facto, as vendas realizadas no mercado pertinente, a saber o mercado implicado na infração. *A fortiori*, o referido número não visa apenas os casos para os quais a Comissão disponha de provas documentais da infração (n.º 66).

55. O Tribunal Geral prossegue referindo que «[e]sta interpretação é confortada pelo objetivo das normas de concorrência da União. De facto, a interpretação proposta pelas recorrentes significa que, na determinação do montante de base das coimas a aplicar nos processos relativos a cartéis, a Comissão estava obrigada, em cada caso, a demonstrar quais as vendas individuais que foram afetadas pelo cartel. Tal obrigação nunca foi imposta pelos órgãos jurisdicionais da União e nada há que indique

30 — Decisão da Comissão C(2010) 8761 final no processo COMP/39.309; considerando 382: «Though both Direct EEA Sales and Direct EEA Sales Through Transformed products lead to the inclusion of — respectively — sales to related companies and intra-group sales for some of the parties, focusing on the first EEA sale of the product concerned by the infringement — whether transformed or not — to a company that is not part of the supplier undertaking ensures that no discrimination is made between vertically integrated companies and non-vertically integrated companies»; considerando 383: «As concerns Direct EEA Sales Through Transformed Products, the consumer harm inflicted by the cartel arrangements is clearly represented by the value of panels delivered within the transformed products to the final consumer in the EEA»; e, por fim, considerando 394: «in general, as explained in recital 238 with reference to the Cartonboard case, it can be reasonably assumed that an implemented cartel had effects on direct sales through transformed products». O referido considerando 238 está redigido como se segue: «As confirmed by the General Court in [Europa Carton/Commission], even if the higher price resulting from a cartel is not always or not in its entirety passed on to intra-group customers, the competitive advantage deriving from this positive discrimination does foreseeably influence competition on the market [...] Intra-group sales of LCD panels — in as far as they ended up into transformed products sold in the EEA — are therefore to be taken into account, just like intra-cartel sales in the EE».

31 — ? (Tradução livre.) Note-se, a este propósito, que na Decisão C (2008) 3043 da Comissão, de 25 de junho de 2008, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (processo COMP/39.180 — Fluoreto de alumínio) (que deu lugar ao acórdão ICF/Comissão, T-406/08, EU:T:2013:322 e depois ao processo C-467/13 P, atualmente pendente), a Comissão considerou que a questão de saber se as vendas cativas tinham sido tomadas em consideração para efeitos de cálculo do valor das vendas e da coima final não era pertinente.

32 — ? Acórdão LG Display e LG Display Taiwan/Comissão (T-128/11, EU:T:2014:88, n.º 60 e segs.). V. também acórdão InnoLux/Comissão (T-91/11, EU:T:2014:92).

33 — ? V., neste sentido, acórdão Putters International/Comissão (T-211/08, EU:T:2011:289, n.º 58).

que a Comissão tivesse a intenção de impor a si própria tal obrigação nas orientações de 2006» (n.º 67). «Quando um produto que é objeto de um cartel é vendido no mercado interno, a concorrência nesse mercado é falseada e a Comissão deve ter isso em conta no cálculo do montante da coima que aplica à empresa que beneficia dessa venda. A este propósito, importa sublinhar que o artigo 81.º CE visa proteger, não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma»³⁴ (n.º 70). Portanto, «não é determinante saber se a LGE e a Philips lhes pagaram efetivamente preços majorados por causa do cartel e se repercutiram essa eventual majoração no preço dos produtos finais, incluindo os LCD cartelizados que venderam ao consumidor europeu» (n.º 71).

56. É apenas a título subsidiário que o Tribunal Geral constata que também resulta «dos autos que as vendas de LCD cartelizadas aos clientes relacionados com os participantes no cartel tinham aí sido objeto de discussões» (n.ºs 73 a 89). Acresce que o Tribunal Geral entende que a questão determinante não é saber se as vendas em causa foram feitas a preços influenciados pelo cartel, mas o facto de essas vendas terem sido realizadas num mercado afetado pela existência de um cartel, no qual as recorrentes participavam (n.º 97).

57. Na decisão relativa ao cartel dos «[e]quipamentos e acessórios para casas de banho»³⁵, tinha sido invocado o argumento de que alguns produtos especiais não tinham sido abrangidos pelo cartel e deviam ser excluídos do valor das vendas. A Comissão rejeitou esta tese: mesmo admitindo que a lista dos preços especiais («special price list») nunca tinha sido, direta ou indiretamente, objeto das discussões sobre os preços nas reuniões dos participantes no cartel, as vendas associadas a essa lista tinham sido afetadas pela infração, porque esses preços «especiais» eram, muito provavelmente, fixados por referência aos preços «standard»³⁶.

58. No recurso interposto da referida decisão (T-373/10, T-374/10, T-382/10 e T-402/10³⁷), o Tribunal Geral julgou improcedente, por falta de fundamento, o quinto fundamento, relativo à inclusão de vendas não afetadas pela infração no cálculo do montante da coima. Considerou que «foi em conformidade com o [n.º] 13 das orientações de 2006 que a Comissão tomou em consideração a vendas de produtos aos grossistas no seu todo, uma vez que essas vendas estavam globalmente afetadas, direta ou indiretamente, pela infração em causa. O argumento apresentado pelas recorrentes de que a Comissão não dispõe de um amplo poder de apreciação quanto ao volume de negócios a tomar em consideração deve ser rejeitado, uma vez que a Comissão não cometeu nenhum erro de análise a este propósito».

59. Importa ainda referir o que o Tribunal Geral decidiu no processo T-127/04³⁸, relativo ao cartel do «mercado dos tubos industriais de cobre», cujo acórdão foi confirmado pelo Tribunal de Justiça no acórdão C-272/09 P³⁹. O Tribunal Geral verificou se a Comissão, na avaliação da dimensão do mercado afetado, cometeu um erro ao tomar em conta o preço do cobre. As recorrentes alegam, a este respeito, por um lado, que o preço do cobre escapava ao controlo dos fabricantes de tubos industriais,

34 — ? Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 38) e GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 63).

35 — ? Decisão C(2010) 4185 final da Comissão, de 23 de junho de 2010, relativa a um procedimento nos termos do artigo [81.º CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/39.092 — Equipamentos e acessórios para casas de banho).

36 — ? V. também sobre esta problemática Kerse, C. S., e Khan, N., p. 412 a 419.

37 — ? Acórdão Villerooy & Boch Austria e o./Comissão (EU:T:2013:455, n.ºs 335 e segs.); por exemplo, n.º 342: «cumpre constatar que [as recorrentes] não demonstraram que a coordenação do preço de venda aos grossistas, de acordo com as referidas tabelas de preços brutos, não tinha nenhuma influência na fixação das outras tabelas de preços. Ora, como observou a Comissão nos seus articulados, sem que as recorrentes tivessem contestado ou feito prova em contrário, as tabelas de preços brutos aplicados às vendas de produtos aos grossistas, que foi objeto de coordenação, podia servir de tabela de referência para os fabricantes de equipamentos e acessórios para casas de banho, quando estes vendiam aos grossistas os seus produtos que não estavam destinados ao circuito de distribuição em três fases». V., também, acórdãos Keramag Keramische Werke e o./Comissão (T-379/10 e T-381/10, EU:T:2013:457), Rubinetteria Cisa/Comissão (T-368/10, EU:T:2013:460) («Equipamentos e acessórios para casas de banho») e Parker ITR e o./Comissão (T-146/09, EU:T:2013:258) («Mangueiras marinhas»).

38 — ? Acórdão KME Germany e o./Comissão (EU:T:2009:142, n.ºs 89 a 91).

39 — ? Acórdão KME Germany e o./Comissão (EU:C:2011:810).

uma vez que era fixado de acordo com a LME⁴⁰ e, por outro, que eram os próprios adquirentes de tubos industriais que decidiam a que preço o metal é adquirido. As recorrentes salientavam igualmente que as flutuações do preço do metal não tinham nenhuma influência sobre o seu lucro. No entanto, de acordo com o Tribunal Geral, «[n]ão se pode deixar de referir que nenhuma razão válida impõe que o volume de negócios de um mercado pertinente seja calculado excluindo certos custos de produção. Como corretamente afirmou a Comissão, em todos os sectores industriais há custos inerentes ao produto final que o fabricante não pode controlar mas que, no entanto, constituem um elemento essencial das suas atividades e que, por conseguinte, não podem ser excluídos do seu volume de negócios aquando da fixação do montante de partida da coima [41]. O facto de o preço do cobre constituir uma parte significativa do preço final dos tubos industriais ou de o risco de flutuações dos preços do cobre ser muito mais elevado do que quando se trata de outras matérias-primas não infirma esta conclusão». Acrescento que, mesmo que a coima tenha sido aplicada neste processo ao abrigo das orientações de 1998, a abordagem do Tribunal Geral continua válida, à luz das orientações de 2006, na medida em que a coima se baseia no valor global do mercado pertinente.

60. Por fim, na Decisão COMP/39.125 «Vidro automóvel»⁴², a Comissão só considerou como vendas pertinentes para o cálculo da coima as vendas dos fornecedores de vidro aos construtores automóveis, relativamente às quais havia provas diretas de cartel. Esta questão também tinha sido suscitada pela Team Relocations no acórdão Team Relocations e o./Comissão, EU:T:2011:286. Todavia, o Tribunal Geral salientou que, no considerando 663 da decisão «Vidro automóvel», a Comissão tinha partido do princípio de que o facto de não estarem disponíveis provas específicas relativamente a cada discussão sobre as «contas veículos» não limitava a determinação do valor das vendas apenas às contas em relação às quais estavam disponíveis provas diretas, uma vez que as práticas colusórias são, pela sua própria natureza, acordos secretos e que, na maior parte dos casos, senão mesmo em todos, as provas serão incompletas⁴³. Embora, posteriormente, a Comissão tenha matizado este princípio nos considerandos 664 a 667 daquela decisão, o Tribunal Geral constatou que ela só o fez em relação a dois períodos excepcionais, no princípio e no fim do período de infração, porque supunha que durante estes períodos, os fornecedores de vidro automóvel tinham modificado as suas ofertas destinadas unicamente a uma seleção de grandes contas. Por conseguinte, segundo o Tribunal Geral, a abordagem adotada pela Comissão na referida decisão não era contrária à adotada na decisão «serviços de mudanças internacionais».

61. Sendo assim, a Comissão não tinha fundadas razões para se afastar das suas orientações neste processo?

62. Há que lembrar que o Tribunal de Justiça já declarou⁴⁴, «pronunciando-se a propósito de medidas de ordem interna adotadas pela Administração, que, mesmo que não possam ser qualificadas como norma jurídica que, de qualquer forma, a Administração está obrigada a observar, elas enunciam no entanto uma norma de conduta indicativa da prática a seguir, à qual a Administração não se pode furtar, num caso específico, sem apresentar razões compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento. Assim, essas medidas constituem um ato de carácter geral cuja ilegalidade pode ser invocada pelos funcionários e agentes interessados como fundamento de um recurso interposto contra decisões individuais adotadas com base nelas».

40 — ? The London Metal Exchange (Bolsa de metais de Londres).

41 — ? O Tribunal Geral refere-se aqui ao seu acórdão Cimenteries CBR e o./Comissão (T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, EU:T:2000:77, n.ºs 5030 e 5031).

42 — ? Decisão da Comissão C(2008) 6815 final, de 12 de novembro de 2008, cujo resumo está publicado no Jornal Oficial de 25 de julho de 2009 (JO C 173, p. 13).

43 — ? Considerando 663: «the fact that specific evidence is not available for each and every discussion that took place on the respective car accounts within the overall arrangements does not limit the determination of the relevant value of sales to only those accounts for which such specific evidence is available».

44 — ? V. acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, EU:C:2005:408 (n.º 209 e jurisprudência referida). V., também, acórdãos Fuji Electric/Comissão (T-132/07, EU:T:2011:344, n.º 235) e (relativamente às orientações de 2006) Denki Kagaku Kogyo e Denka Chemicals/Comissão (T-83/08, EU:T:2012:48, n.º 107).

63. O Tribunal de Justiça acrescentou que «[e]sta jurisprudência aplica-se por maioria de razão a regras de conduta destinadas a produzir efeitos externos, como é o caso das orientações destinadas a operadores económicos». Além disso, «[a]o adotar tais regras de conduta e ao anunciar, através da sua publicação, que as aplicará no futuro aos casos a que essas regras dizem respeito, a instituição em causa autolimita-se no exercício do seu poder de apreciação e não pode renunciar a essas regras sob pena de poder ser sancionada, eventualmente, por violação dos princípios gerais do direito, tais como os da igualdade de tratamento ou da proteção da confiança legítima. Por conseguinte, não se pode excluir que, sob determinadas condições e em função do seu conteúdo, tais regras de conduta que têm um alcance geral possam produzir efeitos jurídicos»⁴⁵.

64. Além disso, como o Tribunal Geral já confirmou⁴⁶, «embora a Comissão goze de uma margem de apreciação ao fixar o montante de cada coima, sem estar obrigada a aplicar uma fórmula matemática precisa [⁴⁷], não se pode afastar das regras que impôs a si própria [⁴⁸]. Constituindo as orientações um instrumento destinado a precisar, no respeito das regras de direito de grau superior, os critérios que a Comissão entende aplicar no exercício do seu poder de apreciação na fixação das coimas, a Comissão deve efetivamente ter em conta os termos das orientações quando da fixação do montante das coimas, nomeadamente os elementos nelas previstos de forma imperativa [⁴⁹]».

65. No presente processo, a Comissão não só se distanciou, sem fundamento, das suas orientações e da interpretação que ela própria lhes tinha dado como, em relação ao processo Europa Carton, EU:T:1998:89, por exemplo, inverteu totalmente a sua argumentação!

66. Com efeito, no referido processo, a Comissão nunca alegou ou admitiu que os aumentos gerais de preços convencionados pelos membros do cartel eram efetivamente aplicados às vendas cativas dentro das suas próprias estruturas. Pelo contrário, a Comissão alegou no Tribunal Geral que «a recorrente [tinha] comercializ[do] as caixas planificadas fabricadas a partir dos produtos em causa na decisão. Beneficiou assim de uma vantagem concorrencial ilegítima, dado que não [podia] seriamente afirmar que faturou as transações internas ao grupo aos preços excessivos faturados pelo cartel. Assim, beneficiou, sob uma forma ou sob outra, da venda dos produtos que foram objeto dos acordos colusórios. Consequentemente, seria injustificado não atender aos volumes de negócios ditos ‘internos’. Admitir o ponto de vista da recorrente levaria a conceder um tratamento de favor injustificado aos produtores integrados». Além disso, seria «incorreto defender que não foi realizado nenhum volume de negócios com os produtos de cartão em causa dado que estes foram utilizados para a produção de caixas planificadas colocadas no mercado» (n.ºs 117 e 118 do referido acórdão).

67. O Tribunal Geral, pelo seu lado, decidiu que «as fábricas de caixas planificadas da recorrente, isto é, a própria recorrente, beneficiaram do cartel ao utilizar, enquanto matéria-prima, o cartão da sua própria produção. *Com efeito, contrariamente aos transformadores concorrentes, a recorrente não teve que suportar os aumentos dos custos causados pelos aumentos dos preços decididos de modo concertado*» (n.º 127 deste acórdão; o sublinhado é meu).

68. Na minha opinião, esta abordagem corresponde à realidade económica subjacente ao acórdão do Tribunal de Justiça no processo KNP BT/Comissão, EU:C:2000:625 (n.º 62), porque, como o Tribunal de Justiça aí reconheceu, em substância, as sociedades verticalmente integradas podem retirar a jusante benefícios dos preços cartelizados praticados a montante.

45 — ? *Ibidem*, n.ºs 210 e 211, respetivamente.

46 — ? Acórdão Daiichi Pharmaceutical/Comissão (T-26/02, EU:T:1991:75, n.º 49).

47 — ? V., por exemplo, acórdão Martinelli/Comissão (T-150/89, EU:T:1995:70, n.º 59).

48 — ? V., por analogia, acórdão Hercules Chemicals/Comissão (T-7/89, EU:T:1991:75, n.º 53), confirmado, em sede de recurso, pelo acórdão Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92 P, EU:C:1999:357).

49 — ? Acórdão JFE Engineering e o./Comissão (T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, EU:T:2004:22, n.º 537).

69. Em conclusão, a Comissão inverteu totalmente o procedimento. Excluiu as vendas internas ou cativas do volume de negócios que serve de base ao cálculo da coima, pelo facto de não estar comprovado ou de ela própria (ou a Guardian?) não ter provado que essas vendas internas tinham contribuído para a vantagem concorrencial criada pelo cartel, quando devia, em princípio, incluir essas vendas, salvo se provasse a existência de circunstâncias excepcionais ou especiais para não o fazer.

70. Por outras palavras, apesar da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral e da prática decisória da Comissão, expostas anteriormente (e mesmo apesar de a ideia das orientações de 2006 ser precisamente recentrar a análise no mercado pertinente), a Comissão excluiu as vendas internas sem apresentar a menor fundamentação para essa exclusão⁵⁰.

71. Daqui resulta que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao confirmar a decisão controvertida, na medida em que excluiu as vendas internas do volume de negócios, sem nenhuma fundamentação.

c) Como alguns dos participantes no cartel apenas estavam verticalmente integrados, a exclusão das suas vendas internas gera uma discriminação relativamente aos demais?

72. A Comissão não está impedida de aplicar um coeficiente de redução da sanção, se o julgar justificado, para respeitar o princípio da proporcionalidade.

73. Ao fazê-lo, a Comissão não pode, no entanto, violar outros princípios gerais, a saber, neste caso, o princípio da igualdade de tratamento, segundo o qual situações comparáveis não podem ser tratadas de modo diferente e situações diferentes não podem ser tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento for objetivamente justificado⁵¹. Ora, quando a Comissão sustenta, no presente processo, que tratou da mesma maneira todos os participantes no cartel (ao excluir as vendas cativas), esquece que entre os quatro participantes no cartel só a Guardian não estava verticalmente integrada.

74. A redução da sanção operada pela Comissão, ao excluir as vendas cativas do volume de negócios que serve de base ao cálculo da coima, tem, consequentemente, como resultado, «beneficiar, sem justificação, as sociedades verticalmente integradas»⁵². Estas podem, assim, «[escapar] a uma sanção proporcional à sua importância no mercado dos produtos objeto da infração»⁵³. Com efeito, deste modo é aplicada uma sanção às sociedades verticalmente integradas que, em valor relativo, não reflete a sua capacidade de falsear a concorrência e, portanto, de beneficiar dessa violação.

75. Nestas circunstâncias, há, por conseguinte, discriminação em detrimento das empresas que não estão verticalmente integradas, neste caso, a Guardian.

50 — ? Pode observar-se aqui que, curiosamente, no processo administrativo, o tratamento das vendas cativas/internas não foi abordado nem na comunicação de acusações nem na audição. Como se fosse suposto, nessa altura, as vendas internas deverem ser incluídas. Repare-se, também, que na decisão controvertida com 541 considerandos, «nenhum» deles é dedicado à justificação da exclusão das vendas internas, que aparece como uma evidência de cálculo na fixação da coima. Note-se ainda que: i) de acordo com a Guardian, a Comissão decidiu à última hora alterar a sua opinião sobre as vendas cativas; e ii) segundo o artigo de doutrina publicado por um agente da Comissão (*The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice*, já referido, p. 369 e nota de pé de página 56): «There is no consolidated practice as regards 'captive sales', and it would appear that the Commission will assess the specific circumstances of the case in order to decide whether to take them into account or not [...] [the captive sales] were *finally* excluded in Flat Glass» (o sublinhado é meu).

51 — ? V., por exemplo, acórdão Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Comissão (C-550/07 P, EU:C:2010:512, n.ºs 54 e 55 e jurisprudência referida).

52 — ? V. acórdão KNP BT/Comissão (EU:C:2000:625, n.º 62).

53 — ? *Idem*.

76. A título de simples comentário, resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que a Guardian foi alvo da maior sanção, apesar de ser o mais pequeno dos quatro produtores da zona EEE. A sua quota na capacidade europeia de produção de vidro plano representa apenas 13%, muito atrás da Saint-Gobain (25%), da Pilkington (24%) e da Glaverbel (20%)⁵⁴. O volume de negócios mundial realizado pelo grupo Guardian fixou-se, em 2004, em 3,878 mil milhões de euros, enquanto o da Saint-Gobain foi oito vezes superior (32,02 mil milhões de euros), o da Asahi/Glaverbel quase três vezes superior e o da Pilkington de um montante comparável ao da Guardian, antes da sua aquisição pela Nippon Sheet Glass⁵⁵.

77. Observo ainda que a exclusão das vendas internas conduzia à redução da dimensão global do mercado pertinente de 2,7 para 1,7 mil milhões de euros, o que levou a uma alteração muito substancial, ao nível do valor das vendas, do peso relativo de cada uma das empresas implicadas no cartel, critério imposto pelas orientações de 2006.

78. Por último, não vejo de que forma, como indica o n.º 106 do acórdão recorrido, os grupos verticalmente integrados estavam numa situação objetivamente diferente das empresas não integradas, na medida em que o cartel apenas dizia respeito aos preços praticados com clientes independentes. Com efeito, qual é a pertinência da diferença de estrutura das empresas no contexto do cálculo da coima? Os únicos fatores pertinentes para conferir à sanção um caráter proporcionado e dissuasor são, efetivamente, os que visam refletir a gravidade e a duração da infração (o que é confirmado pelo texto do Regulamento n.º 1/2003⁵⁶) e o peso relativo dos participantes no cartel no mercado pertinente.

79. A este propósito, a Comissão queixou-se na audiência de que a obrigação de ter sempre em conta as vendas cativas no cálculo da coima provocava um forte aumento das coimas aplicadas aos grupos verticalmente integrados participantes em cartéis. Basta observar que o efeito de ampliação das coimas relativamente aos grupos verticalmente integrados resulta da opção do legislador da União de utilizar o conceito de volume de negócios para o cálculo das coimas, em vez do de resultado de exploração ou de lucro⁵⁷.

80. Decorre do que antecede que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não reconhecer a rutura da igualdade de tratamento entre os destinatários da decisão controvertida. Por conseguinte, o acórdão recorrido deve ser anulado.

d) Como sanar esta discriminação?

81. Em conformidade com o artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, este, em caso de anulação da decisão do Tribunal Geral, pode decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral. Na minha opinião, este litígio está em condições de ser julgado pelo Tribunal de Justiça.

82. A Guardian é o único produtor não integrado abrangido pela decisão controvertida e, por conseguinte, a única empresa que não beneficiou da redução das coimas resultante da exclusão das vendas cativas, de que beneficiaram as outras destinatárias da decisão.

54 — ? V. «Pilkington e a indústria do vidro plano 2006», p. 5, referido na decisão controvertida, na nota de pé de página 36.

55 — ? Na comunicação de acusações, foi referido que a quota de mercado da Guardian era de 10 a 20% (a percentagem real é 15,7%, se nos basearmos num mercado com uma dimensão global de 1,7 mil milhões de euros), mas esta quota ascende a quase 25% na decisão controvertida, em razão da exclusão das vendas internas dos outros três participantes no cartel.

56 — ? O artigo 23.º, n.º 3, apenas prevê o seguinte: «[q]uando se determinar o montante da coima, deve tomar-se em consideração a gravidade e a duração da infração», estando o montante sujeito evidentemente ao limite de 10% do volume de negócios total da empresa participante na infração realizado no decurso do exercício social do ano precedente (artigo 23.º, n.º 2, daquele regulamento) (v., a este propósito, as minhas conclusões no processo YKK e o/Comissão, C-408/12 P, atualmente pendente, apresentadas em 12 de fevereiro de 2014).

57 — ? Dito isto, de acordo com as orientações de 2006, a Comissão pode derrogar as normas aí estabelecidas, desde que o fundamento adequadamente.

83. Já não se pode, evidentemente, incluir as vendas cativas das outras destinatárias da decisão controvertida e aumentar o valor das suas coimas, porque não interpuseram recurso da decisão controvertida que se tornou definitiva em relação a elas⁵⁸.

84. Resta decidir se a discriminação pode ser sanada por uma redução da coima aplicada à Guardian, de maneira que reflita a redução global das coimas aplicadas às outras empresas, por via da exclusão das respetivas vendas cativas.

85. Na audiência no Tribunal de Justiça, a Comissão opôs-se a esta possibilidade com o duplo fundamento de que as coimas já não seriam calculadas da mesma maneira para todos os participantes e que a coima da Guardian já não seria suficientemente dissuasora, à luz da gravidade do seu comportamento.

86. Não partilho da opinião da Comissão. Pelo contrário, apoio a solução que o Tribunal Geral adotou no seu acórdão JFE Engineering/Comissão⁵⁹.

87. Em vez de aumentar as coimas aplicadas aos fabricantes europeus, reduziu as coimas impostas aos fabricantes japoneses, apesar de ter concluído que a Comissão tinha subavaliado a dimensão da participação dos fabricantes europeus na infração. O Tribunal Geral renunciou à solução (mais lógica no caso) de aumentar a coima da categoria injustamente favorecida, porque a Comissão não tinha evocado a eventualidade dessa majoração senão na audiência e os interessados não tinham sido convidados a apresentar as suas observações sobre essa questão. *A fortiori*, só pode ser assim neste processo, em que está excluída qualquer possibilidade de alterar a coima aplicada aos outros participantes no cartel diferentes da Guardian.

88. Além disso, o facto de já não ser possível eliminar o elemento gerador de uma desigualdade de tratamento não significa que os direitos da vítima não possam ser protegidos.

89. Assim, em matéria de função pública, por exemplo, quando, na sequência de um recurso, uma prova de um concurso geral é anulada, os candidatos lesados devem ser restabelecidos nos seus direitos, sem que haja necessidade de pôr em causa todo o resultado do concurso e de prejudicar a legítima confiança dos candidatos já selecionados do concurso⁶⁰. Numa situação desse tipo, a jurisprudência em matéria de função pública impõe ao juiz a procura de uma solução equitativa e o presente processo requer uma resposta semelhante.

e) Conclusão intercalar

90. Portanto, para corrigir a discriminação, entendo que cabe ao Tribunal de Justiça compensar a exclusão das vendas cativas, reduzindo o montante da coima que foi aplicada à Guardian na proporção das vendas internas no mercado pertinente. Aliás, esta solução é compatível com as orientações de 2006, na medida em que permite refletir de maneira apropriada o peso relativo da empresa no mercado pertinente, e já foi adotada pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência⁶¹.

58 — ? Note-se que se as vendas cativas tivessem sido incluídas no valor das vendas tomadas em conta, o montante total das coimas teria ascendido a cerca de 759,9 milhões de euros, com uma coima especialmente elevada de cerca de 335,4 milhões de euros, para a Saint-Gobain. A resposta da Comissão às questões do Tribunal de Justiça indicia que, na data da adoção da decisão controvertida, um aumento do montante total das coimas aplicadas aos outros participantes teria sido «desproporcionado», em especial para uma infração de curta duração. A este propósito é interessante notar que, em 2008, no processo Vidro automóvel, tinha sido aplicada uma outra coima de 896 milhões de euros à Saint-Gobain por participação no cartel do «Vidro automóvel». Por decisão de 28 de fevereiro de 2013, a Comissão reduziu a coima da Saint-Gobain para 880 milhões de euros e a da Pilkington para 357 milhões, na sequência de um erro de cálculo. V., também, acórdão Saint Gobain Glass France e o./Comissão (T-56/09 e T-73/09, EU:T:2014:160).

59 — ? EU:T:2004:221, n.ºs 566 a 579.

60 — ? V., por exemplo, acórdão Comissão/Albani e o. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, n.ºs 13 a 17).

61 — ? Acórdão JFE Engineering/Comissão, EU:T:2004:221 (v. n.ºs 86 e segs. destas conclusões).

91. Antes de me alongar mais, devo, no entanto, analisar o segundo fundamento da Guardian, o qual (indiretamente) diz respeito à percentagem correta a aplicar no contexto daquela redução.

92. O segundo fundamento contesta os n.ºs 21 e 22 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral declarou admissível a carta de 10 de fevereiro de 2012.

93. A Guardian recorda que, no Tribunal Geral, a Comissão não se pronunciou na contestação sobre a questão de saber como corrigir a desigualdade de tratamento no cálculo das coimas. Nas questões de 19 de dezembro de 2011 e de 10 de janeiro de 2012, o Tribunal Geral convidou a Comissão a pronunciar-se sobre este aspeto. Na sua resposta de 23 de janeiro de 2012, a Comissão limitou-se a referir que uma coima reduzida de quase 40% não seria suficientemente dissuasora.

94. Em 16 de janeiro de 2012, a Guardian pediu autorização ao Tribunal Geral para apresentar alguns documentos em apoio da sua argumentação tendente à redução da coima. Por carta de 31 de janeiro de 2012, a Comissão opôs-se a esse pedido, pelo motivo de a junção intempestiva de provas poder prejudicar os direitos de defesa.

95. Depois de ter sido autorizada pelo Tribunal Geral, a Guardian apresentou um novo articulado, em 8 de fevereiro de 2012, no prazo que lhe fora indicado.

96. Em 10 de fevereiro de 2012, último dia útil antes da audiência de 13 de fevereiro de 2013, a Comissão endereçou uma carta ao Tribunal Geral, na qual clarificava a sua posição quanto à eventual redução da coima. Segundo a Guardian, esta carta continha elementos novos que não constavam dos autos.

97. Embora esta carta tenha sido entregue fora do prazo, no n.º 22 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou-a admissível, tendo em conta, por um lado, «o seu conteúdo» e, por outro, «o facto de ter sido transmitida às recorrentes que, por conseguinte, puderam apresentar observações a este respeito na audiência».

98. No entender da Comissão, o segundo fundamento é improcedente, uma vez que não há nada que proíba o Tribunal Geral de aceitar uma resposta intempestiva, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 2, das Instruções ao Secretário do Tribunal Geral⁶². Além disso, em razão da sua competência de plena jurisdição, o Tribunal Geral pode ter em conta elementos factuais apresentados tardiamente, desde que no respeito do princípio do contraditório. Este tinha sido assegurado neste caso, uma vez que a Guardian pôde responder ao conteúdo da carta de 10 de fevereiro de 2012 na audiência. Se tivesse optado por não o fazer, não mudaria nada.

99. A Comissão acrescenta que tinha diligenciado no sentido de responder por escrito, o mais rapidamente possível, à carta da Guardian de 8 de fevereiro de 2012, enviando à Guardian e ao Tribunal Geral a sua carta de 10 de fevereiro de 2012, quando podia ter-se contentado em apresentar as suas observações na audiência.

100. Na minha opinião, o Tribunal Geral não podia admitir a carta em questão, fazendo depender a admissibilidade de uma peça apresentada fora de prazo do seu conteúdo. A razão é simples: o seu Regulamento de Processo e as Instruções ao Secretário (nomeadamente o artigo 11.º) enquadram estritamente as condições em que as provas podem ser produzidas ou oferecidas. Além disso, quanto ao conteúdo da carta, ao qual se refere o n.º 22 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral não dá nenhuma justificação que permita compreender as razões que justificam a admissibilidade de provas apresentadas na véspera da audiência, em violação das regras de processo.

62 — ? V. acórdão Vega Rodríguez/Comissão (T-285/02 e T-395/02, EU:T:2004:324, n.º 24).

101. Com efeito, embora a Comissão tenha observado que o presidente do Tribunal Geral pode excepcionalmente dilatar um prazo, basta recordar que, neste processo, a Comissão já tinha obtido uma prorrogação⁶³ e absteve-se de pedir uma outra e de poder, assim, justificar a junção tardia da peça em causa⁶⁴. De acordo com o artigo 11.º, n.º 3, segundo parágrafo, das Instruções ao Secretário do Tribunal Geral, os pedidos de prorrogação dos prazos devem ser devidamente fundamentados, apresentados em tempo útil, antes do termo do prazo fixado, e só por motivos excepcionais um prazo pode ser prorrogado mais de uma vez⁶⁵. Por conseguinte, não pode ser aceite o argumento de que uma segunda prorrogação podia ter sido concedida «implicitamente».

102. A Comissão devia saber que não podia juntar aos autos: i) um documento que contém factos e números em resposta a um argumento invocado pela Guardian logo no início do processo, quatro anos antes; ii) à última hora, na véspera da audiência⁶⁶; iii) fora de prazo e, por isso, intempestivamente; iv) sem consultar o Tribunal Geral quanto à licitude da diligência e, por conseguinte, sem a sua autorização; v) e sem justificar o seu atraso para completar a sua resposta de 23 de janeiro de 2012. O argumento de que a Comissão transmitiu a carta à Guardian, depois de a ter enviado ao Tribunal Geral, não altera em nada o que precede.

103. Por conseguinte, entendo que a carta da Comissão era inadmissível e que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao aceitar a sua junção. O Tribunal de Justiça deve, assim, desentranhá-la dos autos e não tomar o seu conteúdo em conta.

104. Como a Guardian salientou, a Comissão excluiu mil milhões de euros de vendas cativas de um volume total de mercado de 2,7 mil milhões de euros. Este valor resulta da diferença entre o montante total de vendas de vidro plano considerado na decisão controvertida, a saber 1,7 mil milhões de euros (considerando 41 de decisão controvertida) e o montante total considerado na comunicação das acusações, a saber 2,7 mil milhões de euros⁶⁷, e representa portanto 37% do volume total do mercado inicialmente considerado.

105. Consequentemente, depois da redução de 37%, a coima da Guardian deve ser fixada em 93 240 000 euros, em vez de 148 000 000 euros.

B – Quanto ao terceiro fundamento

106. No essencial, a Guardian argumenta que, neste caso, a duração do processo no Tribunal Geral constitui uma violação do seu direito fundamental a um processo equitativo, num prazo razoável, previsto no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

63 — ? Acresce que, na carta de 6 de janeiro de 2012, o Tribunal Geral assinalou que «[i]n principle, no further extension of this time-limit will be granted».

64 — ? De acordo com o artigo 11.º, n.º 3, das Instruções ao Secretário do Tribunal Geral, os pedidos de prorrogação dos prazos devem ser devidamente fundamentados e apresentados em tempo útil.

65 — ? Além disso, nos termos do artigo 11.º, n.º 2, dessas Instruções (nas quais a Comissão tenta apoiar-se): «Os atos processuais que deem entrada na Secretaria depois do termo do prazo fixado para a sua apresentação *só podem ser aceites com autorização do presidente*» (o sublinhado é meu).

66 — ? Estou de acordo com a Guardian no sentido de sustentar que o princípio da igualdade de armas e o respeito do contraditório exigem que a audiência se limite, em princípio, aos elementos dos autos que puderam ser debatidos por escrito. A simples possibilidade de ser ouvido na audiência sobre peças processuais apresentadas intempestivamente não permite o respeito dos direitos de defesa (v. acórdão AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 27).

67 — ? V. n.º 100 do acórdão recorrido.

107. Depois de ter considerado que este fundamento era inadmissível, na audiência a Comissão retirou as suas exceções de inadmissibilidade, com base nos acórdãos proferidos nos processos Gascogne e outros⁶⁸. A Comissão contesta os fundamentos da Guardian quanto ao mérito. Contesta que este processo tivesse um carácter de urgência para a Guardian, bem como o argumento de que o atraso do processo no Tribunal Geral lhe possa ter causado um prejuízo, uma vez que foi negado provimento ao seu recurso. A Comissão considera que qualquer redução da coima pelo Tribunal de Justiça deveria ser, neste caso, simbólica ou extremamente limitada.

1. Análise

a) Introdução

108. Antes de mais, importa recordar o artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta que dispõe que «[t]oda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei». Como julgado sucessivas vezes pelo Tribunal de Justiça «este artigo refere-se ao princípio da tutela jurisdicional efetiva»⁶⁹. Por conseguinte, um tal direito, cuja existência foi afirmada antes da entrada em vigor da Carta, enquanto princípio geral de direito da União, é aplicável no âmbito de um recurso jurisdicional de uma decisão da Comissão⁷⁰.

109. Com efeito, como lembrou o TEDH, «nos termos do artigo 6.º, [n.º 1, da CEDH,] as causas devem ser examinadas ‘num prazo razoável’; a Convenção sublinha, deste modo, a importância que se atribui a *que a justiça não seja feita com atrasos suscetíveis de comprometer a sua eficácia e a sua credibilidade* (o sublinhado é meu)⁷¹.

110. Na minha opinião, o mecanismo adequado para a reparação de uma violação do princípio do prazo razoável pelo Tribunal Geral num processo como este, deve ser — por razões de economia processual, mas também para garantir uma execução imediata e efetiva — uma redução da coima, em vez de deixar às partes a necessidade de intentar uma ação de indemnização por perdas e danos no Tribunal Geral, que, por definição, não tinha respeitado o referido princípio, ao não ter conseguido decidir num prazo razoável.

111. Com efeito, é paradoxal que só seja possível reparar uma pendência excessiva do processo judicial através da obrigação de intentar uma outra ação, que implicará necessariamente novas despesas (tanto para as partes como para a sociedade) e prazos demorados.

112. Além disso, o advogado-geral P. Léger assinalava no n.º 67 das suas conclusões apresentadas no processo Baustahlgewebe/Comissão⁷²: «[t]ambém sem emitir qualquer juízo prévio sobre o carácter menos razoável do prazo para julgamento por parte do Tribunal [Geral], nem sobre a parte da responsabilidade que lhe cabe no caso concreto, não se pode conceber que se confie a uma instância judicial a missão de se pronunciar sobre o carácter faltoso ou ilegal do seu próprio comportamento. Ninguém duvida que isso implicaria uma ofensa ao princípio do tribunal imparcial, tal como está

68 — ? Acórdãos Gascogne Sack Deutschland/Comissão (C-40/12 P, EU:C:2013:768), Kendrion/Commission (C-50/12 P, EU:C:2013:771) e Groupe Gascogne/Comissão (C-58/12 P, EU:C:2013:770), a seguir «processos Gascogne e outros».

69 — ? V., nomeadamente, acórdão Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Comissão (C-385/07 P, EU:C:2009:456, n.º 179 e jurisprudência referida, a seguir «acórdão Der Grüne Punkt»). O Tribunal de Justiça declarou, reiteradamente, que o direito a um processo equitativo, tal como decorre, nomeadamente, do artigo 6.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH») constitui um direito fundamental que a União Europeia respeita, enquanto princípio geral, por força do artigo 6.º, n.º 2, UE (v., nomeadamente, acórdão Legris Industries/Comissão, C-289/11 P, EU:C:2012:270, n.º 36).

70 — ? V., nomeadamente, acórdão Der Grüne Punkt, EU:C:2009:456, n.º 178 e jurisprudência referida. V., por exemplo, TEDH, Erkner e Hofauer c. Áustria de 23 de abril de 1987, n.º 9616/81, § 66.

71 — ? V. TEDH, H. c. França de 24 de outubro de 1989, série A, n.º 162, § 58.

72 — ? Conclusões C-185/95 P, EU:C:1998:37.

enunciado no artigo 6.º, n.º 1, da convenção. Esta ofensa parece-nos poder ser dificilmente evitada através do reenvio do processo a uma diferente composição do Tribunal, uma vez que, se se adotar a abordagem do Tribunal de Estrasburgo, a alteração da composição de um órgão jurisdicional pode não ser bastante para apagar a sensação de parcialidade que resultaria do julgamento do referido órgão jurisdicional por ele próprio [...]».

113. Esta é também a opinião da advogada-geral J. Kokott nas conclusões que apresentou nos processos Solvay/Comissão⁷³.

114. Esta foi também a abordagem seguida pelo Tribunal de Justiça no acórdão Baustahlgewebe/Comissão⁷⁴. De acordo com a advogada-geral J. Kokot, semelhante abordagem satisfazia «a aplicação eficaz do direito da concorrência [...] pela verificação da infração e o dever da empresa em causa lhe pôr fim [...]. Relativamente aos outros operadores no mercado esta garantia traduz-se no efeito suspensivo da coima fixada originariamente pela Comissão ou pelo Tribunal Geral. [N]ão questiona a adequação destas ações [e] conduz simplesmente a uma espécie de compensação da coima original mediante aplicação do montante considerado como uma reparação equitativa pela duração excessiva do processo» (n.º 332).

115. Acrescentava que, «[p]or razões de economia processual e de necessidade de uma reparação imediata e efetiva da situação da empresa em causa, o Tribunal de Justiça deveria, sempre que possível — portanto nos casos com aplicação de coimas — continuar, de igual modo, a seguir a solução por si descrita no acórdão Baustahlgewebe» (n.º 331).

116. Por outro lado, em alguns ordenamentos jurídicos nacionais, a constatação pelo juiz de um prazo irrazoável⁷⁵ num processo penal tem um efeito direto sobre a pena.

117. Todavia, num acórdão recente (Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2013:770), proferido em Grande Secção, o Tribunal de Justiça pronunciou-se claramente a favor de outra solução: excluindo a possibilidade de pedir a punição de uma violação do princípio do prazo razoável no âmbito de um recurso (n.º 84), decide, com referência ao artigo 47.º da Carta, sem citar o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, que semelhante violação desse princípio por um órgão jurisdicional da União, só pode ser reparada por uma ação de indemnização intentada no Tribunal Geral (n.º 83), competente para as ações intentadas contra a União em matéria de responsabilidade extracontratual.

118. É verdade que o Tribunal de Justiça já se tinha pronunciado da mesma maneira no acórdão Der Grüne Punkt, EU:C:2009:456, mas nesse processo, embora a Comissão tenha verificado a existência de um abuso de posição dominante, não foi aplicada nenhuma coima, o que não foi o caso nos processos Gascogne e outros.

119. Creio que se deve considerar que, no seu acórdão Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2013:770, o Tribunal de Justiça abandonou, claramente, a solução da redução da coima para reparar uma violação do princípio do prazo razoável. É nesta base que me vejo, por conseguinte, obrigado a refletir neste processo, assinalando alguns outros elementos do acórdão Groupe Gascogne/Comissão que orientarão também o meu raciocínio.

73 — ? Conclusões C-109/10 P, EU:C:2011:256, n.ºs 325 a 332 e C-110/10 P, EU:C:2011:257, n.ºs 166 a 173.

74 — ? EU:C:1998:608.

75 — ? Relativamente à questão de saber que período pode ser considerado «razoável» (e isto em relação ao artigo 6.º da CEDH e à jurisprudência do TEDH), v., nomeadamente, as conclusões do advogado-geral Widdershoven, junto do Raad van State (Países Baixos), de 23 de outubro de 2013, disponíveis no sítio Internet: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2013:1586>.

120. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça decidiu que, na falta de impacto da duração excessiva do processo na solução do litígio, a inobservância de um prazo razoável de julgamento não é suscetível de conduzir à anulação do acórdão recorrido no quadro de um recurso de decisão do Tribunal Geral. Como as sociedades em causa não facultaram nenhum indício ao Tribunal de Justiça que demonstrasse que a inobservância de um prazo razoável de julgamento pelo Tribunal Geral tinha podido ter um impacto na solução dos litígios que lhe foram submetidos, o Tribunal de Justiça julgou improcedentes os pedidos das sociedades destinados à anulação dos acórdãos do Tribunal Geral.

121. Em segundo lugar, como expliquei anteriormente, o Tribunal de Justiça designa o Tribunal Geral como o único órgão jurisdicional competente para decidir sobre uma violação do princípio do prazo razoável. A regra é, doravante, desprovida de ambiguidade: «um pedido destinado a obter a reparação do prejuízo causado pela inobservância, por parte do Tribunal Geral, de um prazo de julgamento razoável não pode ser submetido diretamente ao Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso, mas deve ser submetido ao próprio Tribunal Geral» (n.º 84 do acórdão Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2013:770). O Tribunal de Justiça prossegue detalhando os critérios que permitem apreciar se o Tribunal Geral respeitou o princípio do prazo razoável (n.ºs 85 a 87) e conclui, no n.º 88, que «[c]ompete *igualmente* ao Tribunal Geral apreciar tanto a materialidade do dano invocado como o nexo de causalidade desse dano com a duração excessiva do processo jurisdicional controvertido, procedendo a uma análise dos elementos de prova fornecidos para esse efeito» (o sublinhado é meu). A utilização do advérbio «igualmente» deveria implicar que a apreciação dos critérios enumerados nos números anteriores se enquadra na competência do mesmo órgão jurisdicional designado no início e no termo do raciocínio, ou seja, o Tribunal Geral. Esta leitura do acórdão Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2013:770, deveria levar-nos a declarar a inadmissibilidade do terceiro fundamento da Guardian. Todavia, é possível uma outra leitura do acórdão, uma vez que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça, de forma, é certo, um pouco paradoxal decidiu ele próprio sobre a questão de saber se houve ou não violação do referido princípio, caracterizando-a de violação suficientemente caracterizada do direito da União. Para chegar a esta conclusão, considerou que nem a complexidade do litígio, nem o comportamento das partes, nem a ocorrência de incidentes processuais podiam justificar a demora do processo no Tribunal Geral.

122. Considerados na sua globalidade, os desenvolvimentos do Tribunal de Justiça relativos à violação do princípio do prazo razoável no acórdão Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2012:770, parecem, por conseguinte, implicar que das três condições necessárias para estabelecer a responsabilidade extracontratual da União Europeia, a saber a existência de uma norma de direito da União que tenha como objetivo a proteção dos particulares (o que é o caso do princípio do prazo razoável), a violação suficientemente caracterizada desta norma e a existência de um nexo de causalidade entre essa violação e um prejuízo, o Tribunal Geral só deve analisar esta última, incluindo a avaliação desse prejuízo.

123. Se o Tribunal de Justiça excluir a primeira leitura do acórdão Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2012:770, que deveria conduzir à inadmissibilidade do terceiro fundamento e transpuser para o presente processo a metodologia que adotou no processo Groupe Gascogne/Comissão, deve então pronunciar-se sobre a existência ou não de uma violação do princípio do prazo razoável.

b) Processo objeto do litígio

124. Para efeitos da análise desta questão no presente processo, basear-me-ei nos acórdãos dos processos Baustahlgewebe/Comissão, EU:C:1998:608, e Gascogne e outros, nos quais o Tribunal de Justiça concluiu ter havido uma violação do princípio do prazo razoável.

125. No acórdão Baustahlgewebe/Comissão, EU:C:1998:608 (n.º 29), o Tribunal de Justiça enunciou os critérios segundo os quais havia que apreciar a duração global de um processo e, em especial, os períodos de inatividade inexplicados, a saber a «real importância» para o recorrente, a complexidade do processo e o comportamento do recorrente que pudesse ter contribuído para o atraso.

126. Nesse processo, a duração global da tramitação do processo no Tribunal Geral tinha sido de 5 anos e 6 meses. O Tribunal de Justiça salientou a demora inexplicada e, na sua opinião, injustificada de dois períodos de inatividade, a saber de 2 anos e 8 meses que separaram o fim da fase escrita e o início da fase oral, bem como os 22 meses que separaram o encerramento desta fase oral e a prolação do seu acórdão (n.ºs 45 e 46).

127. Nos processos Gascogne e outros, em que a duração global do processo no Tribunal Geral foi de 5 anos e 9 meses, o Tribunal de Justiça decidiu que essa duração «não [podia] ser justificada por nenhuma das circunstâncias próprias do processo» (n.º 91).

128. Segundo o Tribunal de Justiça, «quer se trate da complexidade do litígio, do comportamento das partes ou ainda da ocorrência de incidentes processuais» (n.º 92), nada justifica que 3 anos e 10 meses tenham separado o fim da fase escrita e a abertura da fase oral.

129. Se aplicar estes critérios ao presente processo, só posso chegar à mesma conclusão, e isto com base nas constatações seguintes.

130. Para começar e antes de mais, com uma duração global de quase 4 anos e 7 meses, decorreram mais de 3 anos e 5 meses⁷⁶ entre o encerramento da fase escrita e a decisão do Tribunal Geral de iniciar a fase oral, sem que tivesse sido praticado qualquer outro ato processual e sem nenhuma razão aparente⁷⁷. Este período não pode ser explicado pelas circunstâncias do processo, quer se trate da complexidade do litígio, do comportamento da Guardian ou ainda da ocorrência de incidentes processuais.

i) Quanto à complexidade do litígio

131. Este processo não pode ser qualificado de complexo, uma vez que os argumentos das Guardian se baseiam em notas que respeitam a alguns contactos entre os participantes num cartel que durou um pouco mais de um ano e um mês⁷⁸. Todos esses documentos estavam redigidos em inglês, a língua do processo⁷⁹.

132. No acórdão *Baustahlgewebe/Comissão*, EU:C:1998:608, apesar de se ter constatado que o processo «necessitava de uma análise aprofundada de documentos relativamente volumosos», isso não bastou para que o Tribunal de Justiça considerasse o processo suficientemente complexo para justificar a duração da tramitação.

76 — ? A substituição do presidente de secção, M. Milanesi pelo juiz Kanninen, com efeitos a partir de 25 de novembro de 2011, não constitui uma circunstância pertinente, na medida em que, por um lado, ocorreu mais de 3 anos e 4 meses depois do encerramento da fase escrita e, por outro, como observou a advogada-geral J. Kokott no processo *Solvay/Comissão* (EU:C:2011:256, n.º 343), «[é] óbvio que ao problemas de organização interna do Tribunal Geral, como por exemplo os problemas relacionados com a renovação regular dos juízes [ou o impedimento dos mesmos], não devem pesar sobre os sujeitos de direito». V., no mesmo sentido, as suas conclusões no processo *Solvay/Comissão* (EU:C:2011:257, n.º 184).

77 — ? A Guardian sustenta, no essencial, que o prazo de 3 anos e 5 meses decorrido entre o encerramento da fase escrita e a decisão de abertura da fase oral dificilmente se concilia com a inexistência de qualquer esforço especial por parte do Tribunal Geral para analisar os factos e as provas, manifestada pela inexistência de questões escritas sobre os factos em causa. Acrescento que o referido prazo também pode contrastar com a forma como o Tribunal Geral tratou a questão das vendas cativas, que é objeto do primeiro fundamento da Guardian, e em que o Tribunal Geral não analisa, nem sequer menciona, a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a matéria (KNP BT/Comissão, EU:C:2000:625) da qual se afasta no acórdão recorrido, e isso apesar de ter sido invocada pela Guardian.

78 — ? Segundo a Guardian, os seus argumentos apoiavam-se em notas que respeitavam apenas a «três contactos com concorrentes e duas declarações de empresas e duas ou três reuniões».

79 — ? No presente processo, o Tribunal Geral teve de examinar apenas um número limitado de anexos, principalmente notas respeitantes a três contactos entre os concorrentes (17 páginas no total), bem como breves extratos de duas declarações de empresas. Todos estes documentos estavam redigidos na língua do processo (a saber, o inglês, de facto, uma língua conhecida por quase toda a gente, ao contrário do eslovaco ou do maltês, para não dar mais exemplos).

133. Nos processos Gascogne e outros, a decisão da Comissão era dirigida a 25 destinatários (e havia um número quase idêntico de sociedades envolvidas), dos quais 15 interpuseram recurso de anulação no Tribunal Geral. Neste processo eram somente nove os destinatários da decisão controvertida (e quatro sociedades implicadas, a saber a Guardian, a Asahi/Glaverbel, a Pilkington e a Saint-Gobain), das quais a Guardian foi a única a interpor recurso para o Tribunal Geral⁸⁰.

134. O processo Baustahlgewebe/Comissão respeitava a uma decisão dirigida a catorze produtores (dos quais onze interpuseram recurso em três línguas diferentes) que deu lugar a duas fases completas de troca de articulados⁸¹. E, contudo, nesse processo, o Tribunal Geral marcou uma audiência nove meses mais cedo do que neste processo!

135. Além disso, os fundamentos invocados pela Guardian não apresentavam um grau de dificuldade particularmente elevado. Em apoio dos seus pedidos de anulação parcial da decisão controvertida, a Guardian só invocou um fundamento relativo a erros de facto sobre a duração da sua participação no cartel e a dimensão geográfica deste. Os pedidos de redução da coima só assentavam em três fundamentos. O primeiro destinava-se a tirar as consequências do fundamento de anulação parcial. No segundo, a Guardian alegava a violação do princípio da não discriminação e do dever de fundamentação. O terceiro respeitava a um erro de apreciação do papel da Guardian no cartel.

ii) Quanto aos incidentes processuais

136. Como nos processos Gascogne e outros, a tramitação neste processo não foi interrompida nem retardada pela adoção de uma qualquer medida de organização pelo Tribunal Geral.

iii) Quanto à real importância do litígio para a Guardian e ao seu comportamento durante o processo

137. O processo era de uma importância considerável para a Guardian. Com efeito, o valor de 148 milhões de euros da sua coima (contra os 9,9 milhões de euros no processo que deu origem ao acórdão Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2013:770) representava 4% do seu volume total de negócios. Além disso, a Guardian não obstruiu nem retardou, por qualquer forma, o curso da justiça. A sua petição inicial tinha apenas 49 páginas e a Guardian renunciou à segunda fase de articulados (o que é raro nos processos de direito da concorrência)⁸².

138. Além disso, a Guardian tomou por três vezes a iniciativa de lembrar ao Tribunal Geral que ainda não tinha marcado uma data para a audiência, sublinhando de cada vez o prazo considerável decorrido desde o encerramento da fase escrita⁸³ e comunicou-lhe por escrito que a fase oral continuava curiosamente aberta quatro meses depois da audiência, sem que houvesse algum pedido às partes pelo Tribunal Geral.

139. Por fim, o Tribunal Geral não dirigiu às partes nenhuma questão escrita que pudesse ter dilatado o prazo para abrir a fase oral, contentando-se em colocar uma questão sobre os factos na audiência. Por outro lado, afigura-se que o Tribunal Geral não tomou nenhuma iniciativa tendente à aceleração do processo durante o período de inércia aparente de três anos e cinco meses. Concluo do que

80 — ? Consequentemente, não era necessário que o Tribunal Geral tomasse em consideração as questões de «conexão» suscetíveis de serem levantadas em recursos paralelos e que podem ter também um impacto na duração do processo (v., por exemplo, acórdão ICI/Comissão, T-214/06, EU:T:2012:275, n.º 314).

81 — ? EU:C:1998:608, n.ºs 35 e 47.

82 — ? V. conclusões apresentadas pela advogada-geral J. Kokott no processo Solvay/Comissão (EU:C:2011:256, n.º 340). V., no mesmo sentido, as suas conclusões no processo Solvay/Comissão (EU:C:2011:257, n.º 181).

83 — ? Para o efeito, a própria Guardian apresentou ao presidente do Tribunal Geral um pedido formal de tratamento prioritário.

antecede que a tramitação deste processo no Tribunal Geral violou o artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta, na medida em que não observou as exigências decorrentes do respeito do prazo razoável de julgamento, o que constitui uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito que tem por objeto conferir direitos aos particulares⁸⁴.

140. Como resulta do acórdão Groupe Gascogne/Comissão, EU:C:2013:770, e na medida em que a Guardian considere que as suas dificuldades financeiras invocadas no seu recurso têm um nexo de causalidade com a inobservância, pelo Tribunal Geral, do princípio do prazo razoável de julgamento⁸⁵, pode alegá-lo no quadro de uma ação, ao abrigo dos artigos 235.º e 288.º, segundo parágrafo, CE (atualmente artigos 268.º TFUE e 340.º, segundo parágrafo, TFUE)⁸⁶.

141. A este propósito, decorre da referida jurisprudência do Tribunal de Justiça que «compete [...] ao Tribunal Geral apreciar tanto a materialidade do dano invocado como o nexo de causalidade desse dano com a duração excessiva do processo jurisdicional controvertido, procedendo a uma análise dos elementos de prova fornecidos para esse efeito» (n.º 88 daquele acórdão).

142. A este título, «no caso de uma ação de indemnização baseada numa violação, pelo Tribunal Geral, do artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta, por não ter respeitado as exigências de um prazo de julgamento razoável, incumbe a este último, em conformidade com o artigo 340.º, segundo parágrafo, TFUE, tomar em consideração os princípios gerais aplicáveis nas ordens jurídicas dos Estados-Membros para apreciar os recursos baseados em violações semelhantes. Neste contexto, o Tribunal Geral deve, designadamente, indagar se é possível identificar, para além da existência de um dano material, a de um prejuízo moral que a parte afetada pudesse ter sofrido em razão da inobservância do prazo e que devesse, eventualmente, ser objeto de uma reparação adequada» (n.º 89 do referido acórdão).

143. Por último, «[c]abe então ao Tribunal Geral, competente por força do artigo 256.º, n.º 1, TFUE, pronunciar-se sobre esses pedidos de indemnização, decidindo com uma formação diferente da que decidiu o litígio que deu origem ao processo cuja duração é criticada e aplicando os critérios definidos nos n.ºs 85 a 89 [do acórdão Groupe Gascogne/Comissão]» (n.º 90).

IV – Quanto às despesas

144. 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 do mesmo regulamento, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, daquele regulamento, dispõe no seu n.º 3 que se as partes obtiverem vencimento parcial, cada uma das partes suporta as suas próprias despesas.

145. No que respeita ao presente recurso, dado que a Comissão foi vencida, deve ser condenada ao pagamento das despesas incorridas pela Guardian. Em contrapartida, tendo a Guardian e a Comissão sido parcialmente vencidas nos respetivos pedidos no quadro do processo em primeira instância, há que decidir que cada uma delas suporta as suas próprias despesas nessa instância.

84 — ? Acórdão Bergaderm e Goupil/Comissão (C-352/98 P, EU:C:2000:36, n.º 42).

85 — ? A Guardian alega o prejuízo resultante a) do lucro cessante devido ao pagamento provisório da coima de 111 milhões de euros e b) do custo da constituição de uma garantia bancária sobre o excedente (30 000 euros por mês) e pede ao Tribunal de Justiça a redução significativa do montante da coima para compensar a violação do prazo razoável que a Guardian estima em 25% do valor da coima, antes de qualquer eventual redução em conformidade com o primeiro fundamento.

86 — ? V. conclusões apresentadas no processo Groupe Gascogne/Comissão (C-58/12 P, EU:C:2013:360, n.º 148). Partilho da análise da advogada-geral E. Sharpston que, no n.º 149 das suas conclusões, precisa, a propósito do «facto que deu origem» à responsabilidade extracontratual da União, para os efeitos do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, que esse facto deve ser a declaração, pelo Tribunal de Justiça, de que houve atraso injustificado por parte do Tribunal Geral. Resulta daí que o prazo de cinco anos dentro do qual uma ação de indemnização deve ser proposta começa a correr a partir da data do acórdão do Tribunal de Justiça.

V – Conclusão

146. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que decida como se segue:

- declarar que o Tribunal Geral da União Europeia, no seu acórdão Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão (T-82/08, EU:T:2012:494), cometeu um erro de direito, na medida em que julgou admissível a carta da Comissão Europeia de 10 de fevereiro de 2012, que tinha sido apresentada fora de prazo, declarar a referida carta inadmissível e desentranhá-la dos autos;
- anular o referido acórdão, na medida em que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao confirmar a decisão da Comissão que excluía as vendas cativas do cálculo das coimas aplicadas aos outros destinatários da decisão, criando assim uma discriminação em detrimento das recorrentes;
- em consequência, reduzir em 37% o montante da coima aplicada às recorrentes fixando-a em 93 240 000 euros, em vez de 148 000 000 euros;
- declarar que o Tribunal Geral não decidiu num prazo razoável;
- decidir que cada uma das partes suporta as suas próprias despesas na primeira instância e que a totalidade das despesas da presente instância são suportadas pela Comissão.