

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003 ¹

Índice

I — Os factos do litígio	I - 272
II — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido	I - 274
III — A tramitação processual no Tribunal de Justiça	I - 277
IV — O presente recurso	I - 278
1. Quanto aos direitos de defesa (primeiro grupo de fundamentos)	I - 279
A. O acesso ao processo administrativo e as medidas de organização determinadas pelo Tribunal de Primeira Instância [primeiro fundamento e parte i) do segundo]	I - 279
1) A posição das partes	I - 279
2) A legitimidade das medidas	I - 281
3) A inexistência da indevida inversão do ónus da prova	I - 285
4) A inexistência de contradição entre os n.os 263 e 264 do acórdão recorrido	I - 286
B. As acusações nacionais e o seu abandono. Remissão (quarto e quinto fundamentos)	I - 289
C. O direito da Unicem a não testemunhar contra si própria (sétimo fundamento)	I - 289
1) Posição das partes	I - 289
2) Uma alegação improcedente	I - 290

¹ — Língua original: espanhol.

2. Quanto ao acordo Cembureau e à participação da Unicem no acordo e nas medidas de aplicação (segundo grupo de fundamentos)	I - 292
A. A existência e natureza do acordo Cembureau (nono fundamento)	I - 292
1) Apreciação errada das provas documentais directas (nono fundamento, segunda parte, primeiro ponto)	I - 292
a) A posição das partes	I - 292
i) As notas internas da Blue Circle	I - 293
ii) A declaração do Sr. Kalogeropoulos	I - 293
iii) A confissão da Cembureau	I - 293
iv) A carta convocatória para a reunião de chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983	I - 293
v) A ratificação do acordo Cembureau na reunião de chefes de delegação de 7 de Novembro de 1984	I - 293
b) Umas simples discrepâncias quanto aos factos	I - 294
2) A suposta contradição dos argumentos do Tribunal de Primeira Instância quanto à existência do acordo Cembureau (nono fundamento, segunda parte, segundo ponto)	I - 295
a) A posição das partes	I - 295
b) A inexistência de contradição nos números do acórdão referidos no fundamento	I - 296
3) A classificação do acordo Cembureau como um acordo único (nono fundamento, terceira parte)	I - 297
a) A posição das partes	I - 297
b) Sobre o conceito de acordo único e contínuo e a sua aplicação ao acordo Cembureau	I - 297
B. As trocas periódicas de informação sobre os preços (décimo fundamento)	I - 299
1) A posição das partes	I - 299
a) Fundamentação ilógica (primeira parte)	I - 299
b) Fundamentação errada sobre a licitude das trocas de informação (segunda parte)	I - 300

c) Fundamentação ilógica quanto à aptidão das trocas de informação para facilitarem a aplicação do acordo Cembureau (terceira parte)	I - 301
d) Fundamentação circular (quarta parte)	I - 301
e) Fundamentação errada relativamente à violação do princípio da igualdade de tratamento (quarto fundamento e quinta parte do décimo)	I - 302
2) A Unicem e as trocas periódicas de informação sobre os preços (as três primeiras partes deste fundamento)	I - 303
3) A participação da Unicem nas trocas periódicas de dados sobre os preços não foi utilizada como prova da sua implicação no acordo Cembureau (quarta parte)	I - 307
4) O princípio da igualdade de tratamento (quarto fundamento e quinta parte do décimo)	I - 307
C. A participação da Unicem no acordo relativo à constituição da Cembureau Task Force ou European Task Force (décimo primeiro fundamento terceira parte)	I - 309
1) A posição das partes	I - 309
2) Um fundamento improcedente	I - 309
D. As medidas de defesa do mercado italiano (décimo segundo fundamento)	I - 310
1) O abandono das partes nacionais da comunicação de acusações [quinto fundamento e primeira e terceira partes, primeiro ponto (num dos seus aspectos), do décimo segundo fundamento]	I - 310
a) A posição das partes	I - 310
b) Um fundamento admissível	I - 311
c) O princípio ne bis in idem	I - 312
d) Uma fundamentação não contraditória	I - 315
2) A participação da Unicem na convenção para impedir que a Calcestruzzi fosse cliente dos produtores gregos — artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão — (segunda parte do décimo segundo fundamento)	I - 317
a) A posição das partes	I - 317
b) Um fundamento improcedente que não ultrapassa a apreciação dos factos	I - 317

3) O acordo relativo aos contratos e convenções assinados com a Calcestruzzi em Abril de 1987 [artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão]	I - 319
a) A posição das partes	I - 319
i) A prova da participação da Unicem (décimo segundo fundamento, terceira parte, segundo ponto)	I - 319
ii) A obrigação de notificar à Comissão as convenções com a Calcestruzzi (décimo segundo fundamento, terceira parte, terceiro ponto)	I - 320
iii) A duração da infracção (décimo segundo fundamento, terceira parte, quarto ponto)	I - 320
b) Quanto à intervenção da Unicem	I - 321
c) Quanto à obrigação de notificação	I - 322
d) Quanto à duração da infracção. Remissão	I - 323
4) A relação entre as medidas de defesa do mercado italiano e a European Task Force e a deste acordo com o acordo Cembureau [décimo segundo fundamento, terceira parte, primeiro ponto (segunda parte) e quarta parte]	I - 323
a) A posição das partes	I - 323
i) Quanto à relação entre as medidas e a convenção European Task Force	I - 323
ii) Quanto à relação entre a European Task Force e o princípio Cembureau	I - 323
b) Ainda mais sobre a ideia do acordo Cembureau como «acordo único e contínuo». Remissão	I - 324
E. A participação da Unicem no acordo único e contínuo da Cembureau (décimo terceiro fundamento)	I - 325
1) O elemento objectivo (primeira parte)	I - 325
a) A posição das partes	I - 325
b) Uma repetição dos argumentos. Remissões	I - 326
2) O elemento subjectivo (segunda parte)	I - 326
a) A posição das partes	I - 326
i) O erro de considerar a Unicem membro directo da Cembureau	I - 326

ii) O carácter ilógico da afirmação segundo a qual a Unicem «devia necessariamente saber»	I - 327
iii) A deficiência de fundamentação e o carácter inapropriado relativamente à Unicem quanto aos critérios utilizados para os membros indirectos	I - 327
iv) Outros indícios utilizados pelo Tribunal de Primeira Instância	I - 327
b) Quanto à apreciação da posição singular da Unicem no acordo Cembureau	I - 328
3) A fundamentação (terceira parte)	I - 331
a) A posição das partes	I - 331
b) A inexistência de uma fundamentação circular. Uma nova remissão	I - 331
4) A duração da infracção (quarta parte)	I - 332
a) A posição das partes	I - 332
b) Um fundamento inadmissível e outra remissão	I - 332
3. Quanto à coima (terceiro grupo de fundamentos)	I - 333
A. A posição das partes	I - 333
1) Uma única coima para as diferentes infracções (décimo quarto fundamento)	I - 333
2) Uma única coima independentemente do número de infracções e da sua gravidade (décimo quinto fundamento)	I - 334
3) Cálculo errado da coima relativamente ao erro relativo à duração da infracção (décimo oitavo fundamento)	I - 334
B. O montante da coima e a duração da infracção. Um fundamento não autónomo	I - 334
C. Os critérios utilizados pela Comissão para a aplicação das coimas	I - 334
D. O respeito pelos princípios da proporcionalidade e da igualdade	I - 337
V — Despesas	I - 340
VI — Conclusão	I - 341

1. Buzzi Unicem SpA (a seguir «Unicem») interpõe recurso do acórdão proferido em 15 de Março de 2000 pela Quarta Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância no processo conhecido por Cimenteries CBR e o./Comissão². A empresa recorrente é resultado da fusão entre a Unicem SpA e a Buzzi SpA. O recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância prende-se com o acórdão recorrido apenas na medida em que decide sobre as pretensões deduzidas no processo pela primeira das referidas sociedades.

mento n.º 17»³, os serviços da Comissão procederam a visitas de inspecção a vários produtores europeus de cimento e a associações profissionais do sector. Em resultado desta actividade de inspecção, a Comissão decidiu, em 12 de Novembro de 1991, abrir um processo de aplicação de sanções⁴ contra, entre outras empresas, a Unicem⁵.

I — Os factos do litígio

2. O acórdão recorrido contém, para efeitos do presente recurso, os seguintes factos relevantes:

— Entre Abril de 1989 e Julho de 1990, nos termos do disposto no artigo 14.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 81.º e 82.º CE) (a seguir «Regula-

— Em 25 de Novembro de 1991, a Comissão enviou a comunicação de acusações às 76 empresas e associações de empresas arguidas, pelo que a Unicem teve ocasião de apresentar observações escritas e, posteriormente, orais, nas audições que se realizaram entre 1 de Março e 1 de Abril de 1993⁶.

— O texto da comunicação de acusações, contido num único documento, não foi enviado na íntegra às empresas nem às associações interessadas. A cada destinatário foi enviado o índice completo da comunicação de acusações e a lista de todos os documentos, com menção dos que podiam ser consultados. Algumas das entidades arguidas solicitaram à Comissão que lhes enviasse os capítulos não incluídos no texto da comunicação de acusações que lhes tinha sido enviada, bem como o acesso a todos os documentos dos processos,

2 — 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, Colect., p. II-491.

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

4 — Processo IV/33.126 e 33.322 — Cimento.

5 — N.ºs 2 e 3 do acórdão recorrido.

6 — N.ºs 3, 9 e 12 do acórdão.

com excepção dos documentos internos ou confidenciais. A Comissão indeferiu este pedido⁷.

preços, cujo fim era facilitar a execução do acordo descrito no artigo 1.º da decisão (artigo 2.º, n.º 1).

— Pela Decisão 94/815/CE, de 30 de Novembro de 1994 (a seguir «decisão»)⁸, a Comissão imputou à Unicem as seguintes condutas contrárias à concorrência, todas elas violadoras do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE, pela sua participação⁹:

3.º Entre 1 de Janeiro de 1984 e 31 de Dezembro de 1988, com o mesmo fim, em práticas concertadas relativas à circulação de informações sobre:

1.º Desde 14 de Janeiro de 1983, num acordo que tinha por objecto o respeito dos mercados nacionais e a regulamentação do comércio de cimento entre países (artigo 1.º). É o chamado «acordo Cembureau».

a) preços mínimos das entregas de cimento por camião dos produtores belgas e neerlandeses e preços, incluindo descontos, do produtor luxemburguês;

2.º Entre 14 de Janeiro de 1983 e 14 de Abril de 1986, em acordos celebrados nas reuniões dos chefes de delegação e do comité executivo da Cembureau — Association européenne du ciment (a seguir «Cembureau»), relativos a trocas de informações em matéria de

b) as tabelas individuais e preços dos produtores dinamarqueses e irlandeses, as tabelas do sector em vigor na Grécia, em Itália e em Portugal e preços médios praticados na Alemanha, em França, em Espanha e no Reino Unido (artigo 2.º, n.º 2).

4.º Desde 28 de Maio de 1986, num acordo para a constituição da Cembureau Task Force ou European Task Force (artigo 4.º, n.º 1).

7 — N.ºs 4 a 6 do acórdão.

8 — JO L 343, p. 1.

9 — N.º 22 do acórdão.

5.º De 9 de Junho de 1986 a 26 de Março de 1993, num acordo relativo à constituição da Joint Trading Company, Interciment SA, para pôr em prática medidas persuasivas e dissuasivas contra os que ameaçavam a estabilidade dos mercados do cimento nos países membros (artigo 4.º, n.º 2).

do prazo de pagamento fixado, que era de três meses contados da notificação da decisão (artigos 9.º e 11.º).

6.º De 17 de Junho de 1986 a 15 de Março de 1987, em práticas concertadas com vista a fazer com que a empresa italiana Calcestruzzi deixasse de ser cliente dos produtores gregos e, em especial, da Titan Cement Company SA [artigo 4.º, n.º 3, alínea a)].

3. Não se conformando com a decisão da Comissão, a Unicem impugnou-a no Tribunal de Primeira Instância.

7.º Desde 3 de Abril de 1987 a 3 de Abril de 1992 num acordo relativo a contratos e convenções assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987, com vista a evitar as importações de cimento grego por parte da Calcestruzzi [artigo 4.º, n.º 3, alínea b)].

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

4. Na petição, a Unicem pediu a título principal a anulação da decisão na parte que lhe dizia respeito. A título subsidiário, pediu a anulação ou a redução do montante da coima que lhe foi aplicada. Em qualquer caso, pediu que a Comissão fosse condenada nas despesas do processo e ainda a reembolsá-la de todos os custos e juros suportados devido à prestação da garantia, totalmente ou de forma proporcional à eventual redução da coima.

— A Comissão intimou a Unicem a cessar a prática das infracções descritas e a abster-se, daí em diante, de qualquer acordo ou prática contrários à livre concorrência nos mercados dos cimentos cinzento e branco (artigo 8.º), aplicando-lhe uma coima de 11 652 000 ecus, cujo montante venceria juros a partir do vencimento

5. Através de uma medida de organização do processo, notificada às partes entre 19 de Janeiro e 2 de Fevereiro de 1996, o

Tribunal de Primeira Instância solicitou à Comissão que juntasse uma série de documentos, o que esta fez em 29 de Fevereiro, enviando¹⁰:

- 1.º a comunicação de acusações tal como tinha sido notificada às empresas arguidas, mais tarde recorrentes;
- 2.º a acta da diligência de audição de cada uma das empresas;
- 3.º a lista de todos os documentos juntos aos processos;
- 4.º as caixas que continham os documentos em que a Comissão baseava as conclusões de facto constantes da comunicação de acusações; e
- 5.º a correspondência trocada durante o procedimento administrativo entre a instituição e as empresas demandantes.

6. Duas outras medidas de organização do processo foram notificadas às partes, em 2 de Outubro de 1996 a primeira, e em 18 e 19 de Junho de 1987 a segunda, através das quais o Tribunal de Primeira Instância tomou as providências necessárias no sentido de as demandantes puderem examinar todos os documentos originais do processo, com excepção dos que contivessem segredos de negócios ou outras informações confidenciais e dos documentos internos da Comissão¹¹.

7. Depois de lhes dar conhecimento do processo na íntegra, o Tribunal de Primeira Instância convidou as empresas e associações de empresas demandantes a apresentar um requerimento que se limitasse a identificar com precisão os documentos a que não tivessem tido acesso durante o processo de aplicação da sanção, cujo desconhecimento pudesse ter afectado a sua defesa, e a expor as razões pelas quais, na sua opinião, o procedimento administrativo teria podido chegar a um resultado diferente se tivessem tido a oportunidade de os consultar. O requerimento deveria ser acompanhado de cópia dos documentos examinados. As demandantes, com excepção de uma¹², extraíram cópias. A Comissão respondeu a todas as demandantes¹³.

10 — V. n.º 163, em conjugação com os n.ºs 5 e 95, do acórdão recorrido.

11 — V. n.ºs 164 a 168 do acórdão recorrido.

12 — Ciments luxembourgeois SA.

13 — N.ºs 169 e 170 do acórdão.

8. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância deu provimento parcial ao recurso interposto pela Unicem e decidiu da seguinte forma:

- «— o artigo 1.º da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 9 de Setembro de 1986 e para além de 3 Abril de 1992;
- o artigo 2.º, n.º 1, da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente;
- o artigo 2.º, n.º 2, da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente, por um lado, na medida em que dá por provado que a circulação periódica de informações entre a Cem-bureau — Association européenne du ciment e os seus membros incidiu, no que toca aos preços belgas e neerlandeses, sobre os preços mínimos de fornecimentos de cimento por camião de produtores destes dois países e, no que respeita ao Luxemburgo, sobre os preços, incluindo descontos, do produtor deste país, bem como, por outro, na medida em que imputa à recorrente a participação na infracção antes de 9 de Setembro de 1986;
- o artigo 4.º, n.º 1, da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 9 de Setembro de 1986 e para além de 31 de Maio de 1987;
- o artigo 4.º, n.º 2, da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente;
- artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 9 de Setembro de 1986;
- o artigo 5.º da Decisão 94/815 é anulado¹⁴ na parte que respeita à recorrente¹⁴; [sic]
- o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 9.º da Decisão 94/815 é fixado em 6 399 000 euros;
- quanto ao mais, é negado provimento ao recurso;

14 — Trata-se de um erro do Tribunal de Primeira Instância. No artigo 5.º da decisão a Unicem não era referida.

- a recorrente suportará as suas próprias despesas e um terço das despesas da Comissão;
- 3.º No acordo relativo à constituição da European Task Force (artigo 4.º, n.º 1, da decisão), entre 9 de Setembro de 1986 e 31 de Maio de 1987.
- a Comissão suportará dois terços das suas próprias despesas».
- 4.º Nas práticas concertadas destinadas a fazer com que a Calcestruzzi deixasse de ser cliente dos produtores gregos [artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão], entre 9 de Setembro de 1986 e 15 de Março de 1987.

9. Isto significa que o Tribunal de Primeira Instância julgou a Unicem responsável por condutas contrárias à concorrência ao ter participado:

- 1.º No acordo Cembureau relativo ao respeito dos mercados nacionais do cimento cinzento (artigo 1.º da decisão), de 9 de Setembro de 1986 a 3 de Abril de 1992.
- 5.º Entre 3 de Abril de 1987 e 3 de Abril de 1992, no acordo relativo aos contratos e convenções celebrados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987, cujo objectivo era evitar as importações de cimento grego por parte da Calcestruzzi [artigo 4.º, n.º 3, alínea b)].

III — A tramitação processual no Tribunal de Justiça

- 2.º Entre 9 de Setembro de 1986 e 31 de Dezembro de 1988, na circulação periódica de informações sobre as tabelas individuais dos preços dos produtores dinamarqueses e irlandeses, as tabelas do sector em vigor na Grécia, em Itália e em Portugal, e preços médios praticados na Alemanha, em França, em Espanha e no Reino Unido [artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da decisão].
- 10. Apresentado o recurso e tramitada a fase escrita do processo, o Tribunal de Justiça, fazendo uso da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 119.º do Regulamento de Processo¹⁵, por despacho de 5 de

15 — Versão codificada publicada no JO 2001, C 34, p. 1.

Junho de 2002, rejeitou os fundamentos segundo (segunda, terceira, quarta e quinta partes), terceiro, sexto, oitavo, nono (primeira parte), décimo primeiro (primeira, segunda, quarta e quinta partes), décimo sexto, décimo sétimo, décimo nono, vigésimo e vigésimo primeiro.

11. Relativamente aos outros fundamentos de recurso, procedeu-se, em 4 de Julho de 2002, a uma audiência conjunta para os seis recursos interpostos do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, na qual compareceram as empresas recorrentes e a Comissão.

IV — O presente recurso

12. A Unicem pede ao Tribunal de Justiça que revogue integralmente o acórdão recorrido e anule a decisão administrativa que o Tribunal de Primeira Instância confirmou, condenando a Comissão nas despesas. Se assim não for, pede que seja reduzido o montante da coima e, em qualquer caso, que sejam tomadas todas as medidas consideradas oportunas ou justas, sem prejuízo de todas as acções que lhe assistam quer quanto ao mérito quer processuais.

13. Em apoio desses pedidos, a Unicem articula três grupos de alegações.

1.º No primeiro, composto por oito fundamentos, denuncia a violação do direito de defesa e, relacionada com esta, a incorrecta aplicação de normas jurídicas feita pelo Tribunal de Primeira Instância, assim como o carácter errado e contraditório da fundamentação do acórdão. Deste conjunto, foram rejeitados na referida audiência os fundamentos segundo (segunda a quinta partes), terceiro, sexto e oitavo.

2.º A segunda categoria prende-se com a prova sobre o acordo Cembureau e sobre a participação da Unicem no acordo e nas suas medidas de aplicação. É nos fundamentos nono a décimo terceiro que a recorrente acusa o juiz *a quo* de inobservância de normas jurídicas, fundamentação defeituosa e erro na apreciação dos documentos do processo. Não foram admitidos os fundamentos nono (primeira parte) e décimo primeiro (primeira, segunda, quarta e quinta partes).

3.º O terceiro grupo tem por objecto o cálculo do montante da coima que lhe foi aplicada. É composto pelos fundamentos décimo quarto a vigésimo primeiro, dos quais foram rejeitados os fundamentos décimo sexto, décimo sétimo, décimo nono, vigésimo e vigésimo primeiro.

14. A seguir, passarei a expor as alegações da Unicem e a resposta dada pela Comissão, analisando-as para explicar as minhas sugestões.

defesa cometida pela Comissão, também cometida pelo órgão jurisdicional quando condicionou a anulação da decisão à prova de que, se tivesse sido possível consultar os documentos inacessíveis, o resultado teria sido diferente. Em seu entender não foi respeitada a jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão *Hercules Chemicals/Comissão*¹⁷.

1. Quanto aos direitos de defesa (primeiro grupo de fundamentos)

A. O acesso ao processo administrativo e as medidas de organização determinadas pelo Tribunal de Primeira Instância [primeiro fundamento e parte i) do segundo]

1) A posição das partes

a) Primeiro fundamento¹⁶

15. A Unicem sustenta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao rejeitar as suas alegações quanto à forma como foi conduzido o procedimento administrativo, especialmente no que se refere ao acesso ao processo. Acrescenta que as medidas de organização do processo adoptadas não eram apropriadas para reparar a violação do direito de

16. A Unicem precisa que a violação do direito das partes a consultarem as provas da acusação durante o procedimento administrativo implica, caso as suas garantias de defesa fiquem ameaçadas, a automática anulação da decisão. Na sua opinião, a falta de utilização dos documentos no momento da acusação não pode ser suprida pela sua apresentação na fase jurisdicional, em que a responsabilidade já foi fixada e na qual as empresas condenadas se vêm obrigadas a fazer prova contrária à sua culpabilidade sob pena de o órgão jurisdicional considerar irrelevante a violação. Para a recorrente, este comportamento põe em causa o exercício de uma defesa eficaz e constitui uma clara inversão do princípio do ónus da prova que não cabe às empresas nem às associações condenadas mas sim à Comissão.

16 — Fundamento A.1.1.1. da petição de recurso.

17 — Acórdão de 8 de Julho de 1999 (C-51/92 P, Colect., p. I-4235).

17. A própria Comissão nega que o Tribunal de Primeira Instância tenha organizado o acesso ao processo com o objectivo de sanar eventuais deficiências do procedimento administrativo. Pelo contrário, limitou-se a comprovar se, efectivamente, o direito de defesa da recorrente foi lesado por não terem sido colocados à sua disposição determinados documentos, analisando com atenção a jurisprudência invocada no processo e decidindo em conformidade.

18. A referida instituição discorda da interpretação que a recorrente faz do acórdão Hercules Chemicals/Comissão. A apreciação das provas é da competência do órgão jurisdicional de primeira instância e não é, em princípio, reapreciada no recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância. A Comissão afirma que o referido órgão não inverteu o ónus da prova; analisou se os documentos referidos pela Unicem de alguma forma lhe poderiam ter sido úteis.

suficiente para pôr em causa a apreciação que a Comissão fez do seu comportamento, precisamente porque assentava em provas documentais directas. Com tal entendimento, o valor probatório da nova documentação de defesa era *a priori* nulo.

20. Para a Comissão este fundamento é inadmissível porque põe em causa a apreciação dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância, o qual não adoptou uma posição predeterminando a rejeição das provas apresentadas pelas recorrentes, uma vez que nos n.ºs 1220 a 1225 do seu acórdão analisou minuciosamente os documentos referidos pela Unicem como pertinentes para os seus interesses, aos quais não tivera acesso no procedimento administrativo, valorando a sua utilidade e a sua incidência sobre uma eventual violação do direito de defesa.

b) Segundo fundamento, alínea i) ¹⁸

19. Segundo a Unicem o entendimento exposto no n.º 263 do acórdão é contrariado no número seguinte, no qual transpõe com clareza a intenção do Tribunal de Primeira Instância de rejeitar outras explicações. Qualquer que fosse a explicação que tivesse podido dar, não teria sido

21. A Comissão subscreve a afirmação do Tribunal de Primeira Instância de que a documentação referida pela Unicem a favor das suas teses deve apresentar uma relação objectiva com as acusações imputadas que, a não existir, a coloca fora do âmbito da infracção punida pela decisão. A verificação da existência dessa ligação é uma questão de facto que incumbe ao órgão de primeira instância.

¹⁸ — Fundamento A.1.1.2.i) da petição de recurso.

22. Na réplica, a Unicem, citando o acórdão Hüls AG/Comissão¹⁹, considera admissíveis os fundamentos de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância que, referindo-se à valoração da prova, se baseiam numa fundamentação insuficiente ou contraditória.

2) A legitimidade das medidas

23. Relativamente ao acesso ao processo administrativo e às medidas de organização do processo adoptadas pelo Tribunal de Primeira Instância, a recorrente coloca três questões diferentes mas intimamente ligadas. A primeira, que é a de maior relevância, prende-se com a legitimidade dessas providências e, mais concretamente, com a sua conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

24. A segunda refere-se à suposta inversão do ónus da prova, decorrente da posição adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância sobre as provas documentais directas.

25. A terceira, contida na parte i) do segundo dos fundamentos do recurso, alega

contradição interna na fundamentação do acórdão recorrido.

26. A análise da primeira questão implica que se reconheça que o Tribunal de Primeira Instância, para dar resposta às reclamações sobre a regularidade do procedimento administrativo e para, sendo caso disso, sanar as deficiências geradas pela falta de acesso a determinados documentos, pediu à Comissão que lhe facultasse o processo na sua íntegra, pondo-o à disposição das partes²⁰, a fim de que estas, em face dos que não tinham podido examinar durante a instrução, os identificassem, explicando as razões pelas quais o procedimento administrativo poderia ter chegado a um resultado diferente se tivessem tido a oportunidade de os consultar.

27. O acórdão analisou os documentos indicados pelas partes e as observações apresentadas, decidindo, no que respeita à Unicem, da forma que consta do n.º 19 da parte decisória e referida no n.º 8 das presentes conclusões. O Tribunal de Primeira Instância fez essa análise aplicando o seguinte princípio: os direitos de defesa das recorrentes teriam sido violados se tivesse existido uma possibilidade, ainda que reduzida, de o procedimento administrativo tivesse um resultado diferente no caso de terem podido ser invocados os documentos cujo acesso lhes foi negado²¹.

19 — Acórdão de 8 de Julho de 1999 (C-199/92 P, Colect., p. I-4287).

20 — Com excepção dos documentos que continham segredos de negócios ou outros dados confidenciais e dos documentos internos da Comissão.

21 — V. n.º 241 do acórdão. O Tribunal de Primeira Instância distingue os documentos que não têm uma ligação objectiva com nenhuma das acusações imputadas, rejeitando-os *ab initio*, daqueles que, tendo-a, o levam a analisar em que medida apresentam dados que poderiam conduzir a um resultado diferente.

28. A Unicem questiona a actuação do Tribunal de Primeira Instância, alegando que o entendimento exposto é, por um lado, contrário à jurisprudência do Tribunal de Justiça e por outro, não tem em conta que, uma vez verificado que os direitos de defesa ficaram comprometidos, era obrigatória a anulação da decisão.

29. O processo de verificação da existência de infracções aos artigos 81.º e 82.º CE tem natureza sancionatória. Para além da cessação das práticas contra a concorrência, tem por fim a punição das condutas que as provocam, atribuindo à Comissão o poder de punir os autores com sanções pecuniárias. Para o efeito, essa instituição tem amplos poderes de investigação e de instrução mas, precisamente devido a essa natureza e à acumulação de poderes de investigação e de decisão no mesmo órgão, o direito de defesa daqueles que forem sujeitos ao processo devem ser reconhecidos sem hesitações e respeitados²².

22 — Quanto ao direito de defesa nos processos em matéria da concorrência, pode-se consultar o artigo Lenaerts, K., e Maselis, I., «Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 e 82 CE», em *Journal des tribunaux*, n.º 5973 (2000), pp. 496 a 504. Também de interesse, o estudo de Goossens, L., «Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission», *Journal des tribunaux. Droit européen*, n.º 52 (1998), pp. 169 a 175, e n.º 53 (1998), pp. 200 a 204. Apesar de relativamente antiga, não deixa de ter interesse a publicação de Due, O., antigo presidente do Tribunal de Justiça, «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», em *Cahiers de Droit européen*, n.ºs 1 e 2 (1987), pp. 383 a 396.

30. É este o sentido das disposições contidas no Regulamento n.º 17, em particular o artigo 19.º, e no Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos dos artigos 81.º e 82.º CE²³; é também esse o alcance que lhes foi dado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁴ e do Tribunal de Primeira Instância²⁵. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem alargou a aplicação das garantias do artigo 6.º da Convenção de Roma aos processos administrativos de natureza disciplinar²⁶.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁷ aprofunda esta linha, uma vez que, juntamente com o direito do acusado de defender as suas posições jurídicas num processo judicial equitativo e público, num tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei²⁸, garante também o direito de qualquer pessoa a ser ouvida pelas instituições da

23 — JO L 354, p. 18. Revogou o Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), em vigor nas datas em que, no caso presente, foi tramitado o procedimento administrativo.

24 — V. por todos, e entre os mais recentes, *Hercules Chemicals/Comissão*, já referido n.ºs 75 e segs.

25 — O próprio acórdão recorrido é um exemplo (v. n.ºs 142 a 144 e 240).

26 — V. acórdãos de 8 de Junho de 1976, *Engel e o. c. Países Baixos*, série A, n.º 22, quanto aos processos disciplinares militares, e de 23 de Junho de 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica*, série A, n.º 43, quanto aos processos disciplinares accionados por uma ordem nacional dos médicos.

27 — JO 2000, C 364, p. 1.

28 — V. artigos 47.º, segundo parágrafo, e 48.º, n.º 2.

União Europeia antes de estas adoptarem uma medida individual que a possa afectar desfavoravelmente, bem como o direito a ter acesso ao processo²⁹.

31. A consulta do processo é mais um instrumento ao serviço do direito de defesa³⁰. Não constitui um fim em si mesmo³¹. As garantias formais do processo, jurisdicional ou administrativo, explicam-se em função desse objectivo, que não é outro senão o da efectiva tutela dos direitos e dos interesses legítimos de todos. Quando existe uma irregularidade processual, quando as regras de forma são afastadas, produzem-se consequências jurídicas se existir diminuição dos meios de defesa. Por outras palavras, o conceito de impossibilidade de defesa é material, de forma que, as irregularidades do processo, por muitas que sejam, são irrelevantes se, apesar de tudo, o interessado tiver disposto dos meios de defesa adequados.

32. No entanto, o carácter instrumental do direito de acesso ao processo implica outra consequência. Mesmo no caso de o seu

indevido ou cumprimento defeituoso ter diminuído as possibilidades de defesa do interessado, só cabe anular a decisão que encerra o processo se se verificar que, se o meio processual tivesse sido escrupulosamente respeitado, o resultado poderia ter sido outro, mais favorável ao interessado, ou se, precisamente devido à existência do vício de forma, não se pode saber se a decisão teria sido diferente. Tanto num caso como no outro, há que anular a decisão final e, se for caso disso, repetir o percurso para o regularizar.

33. Em suma, os vícios de forma não têm vida própria separada da substância do litígio. Se se anular uma decisão proferida no termo de uma actuação formal defeituosa, porque, devido aos vícios do *iter* seguido para a sua adopção, é incorrecta quanto ao mérito, a anulação é determinada por essa incorrecção da decisão, não pela existência do vício processual. O vício de forma só atinge identidade própria quando, pelo facto de ter existido, não é possível fazer um juízo sobre a decisão adoptada.

29 — Artigo 41.º, n.º 2, primeiro e segundo travessões.

30 — Tal como são também o direito a ser ouvido, a ser informado da acusação, a utilizar os meios de prova relevantes para a defesa ou, sendo caso disso, o patrocínio de advogado.

31 — V. as conclusões apresentadas em 25 de Outubro de 2001 pelo advogado-geral J. Mischo nos processos C-244/99 P e C-251/99 P, n.ºs 331 e 125, respectivamente, nos quais foi proferido o acórdão em 15 de Outubro de 2002, PVC II (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P, ainda não publicado na Colectânea).

34. As considerações expostas dão sentido às medidas de organização do processo ordenadas pelo Tribunal de Primeira Instância.

35. Alegada pelas empresas e associações demandantes e considerada depois provada pelo órgão judicial, a infracção às exigências formais pelo facto de a Comissão não ter permitido o acesso a todos os documentos de defesa constantes do processo, era obrigatório analisar os efeitos do vício processual no seu direito de defesa. Para esse fim, era necessário conhecer os elementos de defesa cuja consulta lhes foi recusada e a sua opinião sobre esse ponto. À vista de tais elementos, o Tribunal de Primeira Instância analisou em que medida, se tivessem podido ser consultados e invocados na Comissão, a decisão teria sido outra, mais favorável para os acusados.

36. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não suplantou a Comissão nem ocupou indevidamente a sua posição. Pelo contrário, limitou-se a exercer, no âmbito das suas competências e de forma irrepreensível, o seu poder jurisdicional, fiscalizando a correcção da actuação sancionatória da referida instituição. E, nesta situação, o julgamento, que se projecta sobre o passado, deve ser feito com base em todos os elementos de que se dispõe no presente, o que lhe confere uma maior riqueza e um grau de acerto mais elevado³².

32 — O juiz, tal como o historiador, reconstitui o passado e, ao fazê-lo, deve passar pelo crivo as provas e os depoimentos para reproduzir os factos tal como estes se passaram. Um e outro não se podem colocar na posição dos que são objecto da sua análise, devem transcendê-la. Sobre as relações entre o direito e história, pode-se consultar o livro de Ginzburg, C., *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, edição Anaya y Mario Muchnik, Madrid, 1993.

37. Não há nada de irregular no processo em primeira instância. O acesso ao processo conferido pelo Tribunal de Primeira Instância foi, numa perspectiva processual, «igual» ao que as empresas e associações acusadas deveriam ter tido no procedimento administrativo. É certo que entre um e outro, o tempo não parou, tendo tido lugar acontecimentos, alguns relevantes para o julgamento e para a decisão do processo, mas nenhum diminuiu os direitos de defesa daqueles que agora recorrem da decisão do Tribunal de Primeira Instância. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância e as partes dispuseram, para a decisão da causa, de elementos de prova de que não dispunham anteriormente, indicação que como foi referido, confirma o acerto da decisão.

38. Como referi nas conclusões apresentadas nesta mesma data no processo C-204/00 P³³, no modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância não existe qualquer desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, afirma-se que, verificada uma violação do direito de defesa, esta não fica sanada por um acesso tardio aos documentos do processo que permita às empresas afectadas apresentar fundamentos e argumentos para fundamentarem as suas pretensões, uma vez

33 — N.º 34.

que não as coloca na situação em que se encontrariam se tivessem podido basear-se nos mesmos documentos para apresentar as suas observações escritas e orais à Comissão³⁴.

demonstrar que a impossibilidade de tomar conhecimento de determinadas provas de defesa a privou de instrumentos para convencer a Comissão da sua inocência.

39. O Tribunal de Primeira Instância não pretendeu sanar *a posteriori* uma impossibilidade já consumada de defesa; limitou-se, numa fase anterior, a indagar se essa impossibilidade de defesa se tinha verificado³⁵. Quando considerou que assim foi, anulou a decisão³⁶. Se, pelo contrário, não se verificou a impossibilidade de defesa, considerou que o vício formal cometido durante a tramitação do procedimento administrativo foi, ao fim e ao cabo, irrelevante.

3) A inexistência da indevida inversão do ónus da prova

41. Neste entendimento não há inversão do ónus da prova. Este princípio, que é de natureza processual, está ao serviço do direito fundamental da presunção de inocência, de natureza substantiva, mas não há que confundir-los.

40. Aliás, não é outro o alcance do próprio acórdão Hercules Chemicals/Comissão. Lendo-se o seu n.º 80, observa-se que o que é decisivo não é o vício formal considerado em si mesmo mas sim os seus efeitos no direito de defesa, que podem ser nulos se a própria empresa afectada não

42. A presunção de inocência impede a punição se não se demonstrar a culpabilidade. Consequentemente, quem acusa deve provar que o acusado cometeu factos constitutivos da infracção e que existem os restantes elementos, de facto e de direito, que permitem declará-lo responsável. É neste ponto que se encontram a presunção de inocência e o ónus da prova. A Comissão imputou às empresas recorrentes a realização de determinadas condutas contrárias à concorrência e utilizou diferentes provas para apoiar a sua acusação. Assim, em princípio, cumpriu essa regra processual que é o ónus da prova. Questão diferente, que não cabe abordar neste momento, é a de saber se os documentos utilizados são capazes de ilidir a referida presunção.

34 — N.ºs 78 e 79.

35 — Foi este o critério recentemente seguido pelo Tribunal de Justiça, no acórdão PVC II, já referido, n.ºs 315 e segs., em particular n.º 325.

36 — É este o caso das empresas Cedest, SA (T-38/95). V. n.ºs 2211 e 2286 do acórdão.

43. Uma vez tomada a decisão de aplicação de sanção, foi interposto recurso pela Unicem, entre outras, que pede a sua anulação com o argumento de que foi impedida de se defender por não ter tido acesso total aos documentos do processo e, em especial, aos que podiam ter servido de justificação. Por força do princípio do ónus da prova, cabe-lhe demonstrar os pressupostos de facto dessa pretensão. Em primeiro lugar, que não lhe foi dada cópia de todos os documentos utilizados pela Comissão na sua actuação e, em segundo lugar, que esta não comunicação a impossibilitou de se defender.

44. Dito por outras palavras: uma vez que a Comissão cumpriu a obrigação que lhe incumbia, cabia às empresas e associações acusadas ilidir as provas de acusação utilizadas com todos os meios ao seu alcance. O Tribunal de Primeira Instância, aplicando o critério de apreciação constante nos n.ºs 241 e 247 do acórdão recorrido, considerou que o vício formal, a falta de acesso a esses documentos no procedimento administrativo, foi irrelevante do ponto de vista do direito de defesa.

45. No caso em apreço, fez-se uma aplicação estrita do princípio do ónus da prova, pelo que é inadmissível a posição abstracta e formalista da Unicem: qualquer erro

processual, por mínimo que fosse, conduziria à anulação da decisão, sem se ter que colocar a questão da influência que o vício teria tido na correcção substantiva do acórdão proferido. Este entendimento provocaria, sem qualquer garantia adicional para os direitos dos administrados, a paralisação administrativa, em detrimento do princípio da eficácia.

4) A inexistência de contradição entre os n.ºs 263 e 264 do acórdão recorrido

46. Não existe a oposição que a Unicem alega entre as duas referidas passagens do acórdão recorrido.

47. O Tribunal de Primeira Instância teve consciência de que a decisão não se baseou «num paralelismo de comportamentos verificado no mercado»³⁷, com o que retira relevância aos documentos que poderiam dar uma explicação económica alternativa ao comportamento das empresas punidas³⁸.

48. Com este entendimento, adquire todo o seu sentido o critério do Tribunal de Primeira Instância de limitar o leque de

37 — N.º 264 do acórdão recorrido.

38 — V. no geral os n.ºs 264 e 1116. Para o caso particular da Unicem podem-se consultar os n.ºs 1220 a 1225.

provas capazes de destruir as apreciações de facto feitas pela Comissão àquelas que contivessem «documentos que se prendem directamente com as infracções» imputadas na decisão³⁹. O que quer dizer que se revela correcta a regra nos termos da qual o direito de defesa das recorrentes foi violado se, durante o procedimento administrativo, lhes foi vedado o acesso a elementos probatórios capazes de contradizer as provas utilizadas pela Comissão⁴⁰, e não só de proporcionar explicações complementares ou alternativas que, embora respeitáveis, não contradizem os documentos invocados na decisão.

50. A Comissão, baseando-se nos documentos constantes do processo, considerou que, na reunião de chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, a Cembureau e os seus membros directos chegaram a um acordo de respeito dos mercados nacionais e de regulação das vendas internacionais, cujo conteúdo foi confirmado nas reuniões de 19 de Março e de 7 de Novembro de 1984. A defesa da demandante apenas teria sido impossibilitada se não tivesse podido utilizar em sua defesa elementos de prova que refutassem o facto de nessas reuniões ter sido adoptado e ratificado o acordo em causa, o que, demonstrada a sua ausência nessas reuniões, deixava patente que não participou em nenhuma medida de aplicação do acordo⁴³.

49. Para se compreender isto basta um exemplo. A Comissão inferiu das provas documentais directas⁴¹ que, nas reuniões celebradas em 14 de Janeiro de 1983, 19 de Março e 7 de Novembro de 1984, foram celebrados acordos contrários à concorrência. Parece razoável estabelecer a impossibilidade de defesa por referência às provas que teriam podido contradizer o conteúdo de tais elementos probatórios, que é a exigência feita pelo Tribunal de Primeira Instância, ao falar de «nexo objectivo» com algumas das imputações feitas na decisão⁴².

51. Uma vez provada a celebração e a ratificação do acordo em tais reuniões, a eventual utilização de elementos de prova capazes de fornecer uma explicação alternativa para o comportamento da Unicem era irrelevante e, por conseguinte, a falta da respectiva consulta durante o procedimento administrativo não lhe impossibilitou a defesa. Se se ler com atenção os n.ºs 1220 a 1225 do acórdão recorrido, observar-se-á que os documentos que a recorrente foi impedida de consultar eram instrumentos que, como não se destinavam a refutar as provas directas utilizadas na decisão, havia que qualificar como «alheios» e por conseguinte, irrelevantes para a sua defesa.

39 — N.º 262 do acórdão recorrido.

40 — N.º 263 do acórdão recorrido.

41 — As referidas nos n.ºs 18, 19 e 45 da decisão.

42 — N.º 247 do acórdão recorrido.

43 — V. n.ºs 1416 e 1442 e segs. do acórdão.

52. Por outras palavras, a Comissão inferiu de certas provas⁴⁴ que as empresas e associações que decidiu punir eram autoras das condutas contrárias à concorrência, que descreve nos sete primeiros artigos da decisão. Por sua vez, a Unicem quis invocar determinados documentos por proporcionarem uma versão diferente dos factos, mas a Comissão não o permitiu. O Tribunal de Primeira Instância, exercendo correctamente o seu poder jurisdicional e promovendo a defesa dos litigantes, reconstituiu a situação, colocando o processo integralmente à disposição dos demandantes. Depois de os ouvir, considerou que os documentos invocados não eram susceptíveis de fornecer uma interpretação diferente sobre os acontecimentos.

53. Não é verdade que qualquer documento que tivessem entregue fosse insuficiente para pôr em causa a apreciação feita pela Comissão, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância seguiu o mesmo critério noutros processos, como por exemplo nos acórdãos Solvay/Comissão e ICI/Comissão⁴⁵.

54. Nesses dois acórdãos, o Tribunal de Primeira Instância deu provimento ao respectivo recurso porque, tendo em conta os documentos que não tinham estado à

disposição das partes no procedimento administrativo, não se podia excluir «a possibilidade de a Comissão ter considerado uma infracção mais breve e menos grave e, por conseguinte, ter fixado uma coima menos elevada»⁴⁶. Contudo, noutro acórdão dessa mesma data, também chamado ICI/Comissão⁴⁷, afastou uma alegação substancialmente igual porque, embora tendo-se verificado o mesmo vício processual, esse vício não prejudicou o exercício do direito de defesa⁴⁸.

55. Este último acórdão evidencia que, para o Tribunal de Primeira Instância, o decisivo, como não podia deixar de ser, é que o vício processual incida negativamente na esfera do direito de defesa das sociedades arguidas. A solução dada nos dois processos Solvay/Comissão e ICI/Comissão é diferente da do caso presente, mas isso tem uma explicação clara. Nos dois primeiros acórdãos, fiscalizou uma decisão da Comissão que punia as empresas demandantes por participarem numa prática concertada sobre repartição de mercados, cuja conduta, ao contrário do caso que ora nos ocupa, só pôde ser demonstrada por meio de provas indirectas, fundamentalmente, o seu comportamento paralelo e passivo⁴⁹. Em tal situação, as provas de defesa que não puderam ser utilizadas

44 — As referidas nos n.ºs 18, 19 e 45 da decisão.

45 — Acórdãos de 29 de Junho de 1995 (T-30/91, Colect., p. II-1775, e T-36/91, Colect., p. II-1847).

46 — Respectivamente, n.ºs 98 e 108.

47 — Processo T-37/91, Colect., p. II-1901.

48 — V. n.ºs 66 e 70.

49 — V. n.ºs 61 do acórdão Solvay/Comissão e 71 do acórdão ICI/Comissão.

durante a tramitação do processo, ao serem susceptíveis de proporcionar uma explicação alternativa do comportamento paralelo, poderiam ter tido influência no valor probatório desses indícios⁵⁰. A situação da Unicem é diferente. A sua intervenção nos factos foi apurada pela Comissão por provas directas e específicas⁵¹ cujo conteúdo, segundo a soberana apreciação do Tribunal de Primeira Instância não era posto em causa pelos documentos a que não pôde ter acesso no procedimento administrativo.

igual à primeira parte do décimo segundo. Por esta razão, farei mais à frente a análise de ambos.

C. O direito da Unicem a não testemunhar contra si própria (sétimo fundamento)⁵³

56. Em resumo, os fundamentos do recurso relativos à violação dos direitos de defesa por falta de acesso aos documentos do procedimento administrativo devem ser julgados improcedentes.

B. As acusações nacionais e o seu abandono. Remissão (quarto e quinto fundamentos)⁵²

57. A alegação que a Unicem deduz no quarto fundamento é a mesma que esgrime no décimo, quinta parte. Por outro lado, o quinto fundamento suscita uma questão

1) Posição das partes

58. A Unicem afirma que o Tribunal de Primeira Instância violou o seu direito a não testemunhar contra si própria e inobservou a jurisprudência Orkem/Comissão⁵⁴ no n.º 733 do acórdão recorrido, uma vez que a Comissão não pode valer-se das afirmações de uma empresa acusada que implicam um reconhecimento da infracção nem utilizá-las como prova do ilícito cometido por outra empresa, sob pena de violar os princípios da igualdade dos meios de defesa.

59. Acrescenta que a afirmação do Tribunal de Primeira Instância (n.º 735 do acórdão) de que as empresas arguidas e, em especial, a Cembureau não eram obrigadas a responder a um pedido de informação, efectuado ao abrigo do artigo 11.º,

50 — V. n.ºs 98 e 108, respectivamente, dos acórdãos.

51 — V. n.ºs 263 e 264 do acórdão recorrido.

52 — Fundamentos A.1.4. e A.1.5. da petição de recurso.

53 — Fundamento A.1.7. da petição de recurso.

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

n.º 1 do Regulamento n.º 17, isso não é relevante, porque as informações que as afectavam não foram prestadas por força da referida disposição, mas sim do artigo 14.º, n.º 2. Quanto a este aspecto a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância é, no seu entender, errada.

encontram-se intrinsecamente ligados ao princípio da presunção de inocência. Conferem ao titular a faculdade de permanecer inactivo e impõem ao acusador a obrigação de não constranger ou compulsar o acusado a que se declare e confesse, expressa ou tacitamente, culpado⁵⁵.

60. A Comissão considera que o Tribunal de Primeira Instância deu uma resposta exaustiva, respeitando, no essencial, que toda a declaração de uma parte ainda que a não implique pessoalmente mas sim a outras, não pode ser entendida como auto incriminação. Além disso, a resposta a uma questão, à qual uma empresa acusada é livre de responder, não é uma admissão dos factos. O argumento do acórdão recorrido ajusta-se à jurisprudência comunitária e à do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A alternativa que é proposta pela Unicom conduz a um resultado absurdo: a anulação de toda a prova relativa à existência de uma prática contrária à concorrência.

62. É por esta razão que «a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção»⁵⁶. Contudo, nada impede que o faça voluntariamente.

63. É neste sentido que devem ser entendidos os poderes que o Regulamento n.º 17 atribui à Comissão, habilitando-a a receber informação das empresas investigadas, que são obrigadas a prestá-la, com excepção dos elementos que as possam incriminar. O mesmo se diga quanto aos poderes de verificação.

2) Uma alegação improcedente

61. Os direitos a não testemunhar contra si próprio e a não se confessar culpado são garantias instrumentais gerais do direito de defesa, que actuam de forma passiva, e

55 — Sobre o conteúdo destes direitos podem-se consultar dois importantes acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Os acórdãos de 8 de Fevereiro de 1996, *John Murray c. Reino Unido* (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-I), n.ºs 40 e segs., e de 17 de Dezembro de 1996, *Saunders c. Reino Unido* (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI), n.ºs 67 e segs. A doutrina fixada nestes acórdãos foi depois seguida, entre outros, nos acórdãos de 19 de Setembro de 2000, *I. J. L., G. M. R. e A. K. P. c. Reino Unido*; de 21 de Dezembro de 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*; e de 3 de Maio de 2001, *J. B. c. Suíça*.

56 — N.º 35 do acórdão *Orkem/Comissão*, já referido.

64. As provas obtidas com a violação de tais garantias não são válidas e como tal não podem ser utilizadas contra o acusado.

65. O acima exposto evidencia bem a improcedência da alegação da Unicem.

66. A recorrente não refere em nenhum momento que os elementos utilizados contra si tenham sido inferidos de declarações suas ou de outrem, efectuadas sob coacção nem que, como acabo de referir, exista algum impedimento à utilização de informações prestadas voluntariamente.

67. Além disso, como é claramente referido no n.º 733 do acórdão recorrido, os elementos que serviram para acusar a Unicem não foram prestados por si mas sim por outras empresas. Os direitos a não testemunhar contra si próprio e de não se confessar culpado, têm, como já assinalai, carácter reflexo: quem é acusado não pode, nem expressamente nem fornecendo elementos que o incriminem, ser obrigado a reconhecer-se culpado. Todavia, são alheios a qualquer ideia de reciprocidade. Nada impede que se utilize contra um acusado as declarações prestadas por outro, que even-

tualmente não possam ser utilizadas contra este⁵⁷.

68. A pretensão da Unicem, descrita no n.º 58 destas conclusões, enferma de um duplo vício.

69. O primeiro é de índole dogmática. Os direitos que merecem agora a minha atenção são garantias fundamentais reconhecidas pelo poder público que exerce o *ius puniendi*, quer seja no âmbito de um procedimento administrativo sancionador ou no âmbito de um processo penal. São direitos que pretendem estabelecer um equilíbrio de poder onde este não existe: o poder público face aos cidadãos, que devem ser protegidos contra medidas abusivas⁵⁸. Isto nada tem a ver com o princípio da igualdade dos meios de defesa, que pretende preservar a simetria inicial entre aqueles que litigam pelos seus direitos perante um terceiro imparcial que decide a causa. Nada impede, assim, que as declarações de um acusado sejam utilizadas contra outro.

70. A segunda razão é de carácter prático. A tese da recorrente conduziria, como salienta a Comissão, à impossibilidade de provar comportamentos como os condena-

57 — Noutro contexto (análise ao sangue ou de urina), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proferiu uma afirmação que é pertinente para dar resposta ao argumento da Unicem: o direito a não testemunhar contra si próprio não se estende aos elementos que existem independentemente da vontade do acusado (v. n.º 69 do acórdão Saunders c. Reino Unido, já referido). Não colhe pois perante as informações prestadas por terceiros.

58 — V. os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, John Murray c. Reino Unido, n.º 45, e Saunders c. Reino Unido, n.º 68, já referidos.

dos no caso em apreço e à sua impunidade. O próprio acórdão Orkem/Comissão refere a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio em que, garantida a eficácia da acção da Comissão, sejam preservados os direitos das empresas alvo de uma investigação e eventualmente submetidas a um procedimento sancionador. É este o alcance que têm os n.ºs 32 a 35 desse acórdão.

71. Por último, não é verdade que o Tribunal de Primeira Instância tenha incorrido no erro alegado pela Unicem, uma vez que no n.º 735 do seu acórdão pode-se ler que os elementos a que se refere decorrem de uma inspecção efectuada ao abrigo do artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Além disso e ainda que assim fosse, seria irrelevante, uma vez que o testemunho não tinha origem na Unicem, mas sim na Cembureau, que gozou de liberdade para responder às perguntas colocadas. Estas duas afirmações, incluídas na referida passagem da decisão jurisdicional recorrida, não são postas em causa pela recorrente.

72. Face ao exposto, este fundamento deve também ser julgado improcedente.

2. Quanto ao acordo Cembureau e à participação da Unicem no acordo e nas medidas de aplicação (segundo grupo de fundamentos)

73. Nesta parte do seu recurso, a Unicem alega a existência de vícios na fundamenta-

ção, violação de regras de direito e erros na apreciação dos elementos de prova.

A. A existência e natureza do acordo Cembureau (nono fundamento)

74. A Unicem divide esta alegação em quatro partes, a primeira das quais (apreciação errada do mercado relevante) foi rejeitada no despacho de 5 de Junho de 2002, por ser manifestamente improcedente.

1) Apreciação errada das provas documentais directas (nono fundamento, segunda parte, primeiro ponto)⁵⁹

a) A posição das partes

75. Segundo a recorrente, os documentos referidos pelo Tribunal de Primeira Instância, apresentados pela Comissão no procedimento administrativo, não demonstram a sua participação no acordo Cembureau.

⁵⁹ — Fundamento B.1.2. da petição de recurso (pp. 26 a 29 do texto original em italiano).

76. A Comissão defende a inadmissibilidade do fundamento, alegando que a contraparte não acusa o *tribunal a quo* de nenhuma desvirtuação dos elementos de prova, mas que apenas pretende que o Tribunal de Justiça proceda ao seu reexame.

acordo entre as cimenteiras europeias não mencionava a Cembureau.

iii) A confissão da Cembureau

77. Para a Unicem, nenhum dos seguintes documentos demonstra a sua participação no acordo:

80. Este elemento probatório não alude à sua eventual participação no acordo.

i) As notas internas da Blue Circle

iv) A carta convocatória para a reunião de chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983

78. Estas notas referem-se apenas às importações do Reino Unido, pelo que, mesmo a provarem a existência de um acordo contrário à concorrência, os seus efeitos não se produziriam em toda a Europa mas apenas em certos Estados.

81. Este documento incide sobre a importância de travar as consequências negativas das importações de cimento, mas o Tribunal de Primeira Instância não referiu que o exemplo que refere quanto às medidas a adoptar fosse das trocas entre a Bélgica e os Países Baixos, reguladas por protocolo.

ii) A declaração do Sr. Kalogeropoulos

v) A ratificação do acordo Cembureau na reunião de chefes de delegação de 7 de Novembro de 1984

79. Para apreciar a declaração do Sr. Kalogeropoulos na reunião do conselho de administração da sociedade Heracles, o Tribunal de Primeira Instância não tomou em consideração o facto de este ter que justificar as dificuldades que a empresa atravessava. A referência que fez a um

82. A frase utilizada pela Comissão como prova do acordo Cembureau («obter um

acordo forte entre os maiores exportadores europeus») não demonstra que já estivesse concluído, mas sim mais precisamente, que ainda não fora adoptado. A Unicem acrescenta que, quando muito, poderia deduzir-se desta frase a existência de um pacto feito pelos maiores produtores europeus de cimento, entre os quais não se incluía a Unicem.

b) Um simples discrepância quanto aos factos

83. Por mais que a Unicem tente demonstrar o contrário, os seus argumentos não vão além da fixação dos factos do litígio, antes expressam uma forma distinta de valorar o acervo documental disponível, que de forma alguma evidencia que tenha havido uma apreciação arbitrária ou ilógica do conjunto das provas.

84. Neste entendimento, o fundamento é inadmissível. O tribunal de recurso apenas pode penetrar neste terreno se, na obtenção das provas, tiver sido violada uma disposição ou um princípio geral do direito comunitário ou se, na apreciação das mesmas, tiverem sido violadas as normas sobre o ónus e a valoração das provas, pelo facto de esta última ser ilógica ou arbitrária e, portanto, descaracterizadora dos seus elementos. O Tribunal de Justiça apenas pode reparar a violação de direito em que

tivesse incorrido a primeira instância, nunca fixar a matéria de facto, sem prejuízo da fiscalização da sua qualificação jurídica⁶⁰.

85. Convém esclarecer o modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância, que deu o seu aval, em parte, às apreciações da Comissão em matéria de prova. A partir de determinadas provas documentais, que qualificou como directas⁶¹, concluiu que, na reunião de chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, foi concluído um acordo contrário ao então artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, uma vez que tinha por objecto «o respeito dos mercados nacionais e a regulamentação das vendas entre países, ou seja, a repartição dos mercados», que foi reafirmado na reunião de 7 de Novembro de 1984⁶². A Unicem, membro directo da Cembureau, não participou em nenhuma das duas reuniões⁶³, mas a sua participação

60 — V. n.º 27 das conclusões que apresentei em 3 de Maio de 2001 no processo em que foi proferido o acórdão de 10 de Julho de 2001, Ismeri/Tribunal de Contas (C-315/99 P, Colect, p. I-5281) e os acórdãos referidos na nota 17, bem como o n.º 19 do próprio acórdão Ismeri/Tribunal de Contas. Entre as decisões mais recentes do Tribunal de Justiça, pode-se consultar o acórdão de 21 de Junho de 2001, Moccia Irme e o./Comissão (C-280/99 P a C-282/99 P, Colect., p. I-4717, n.º 78).

61 — As indicadas nos n.ºs 18, 19 e 45 da decisão. Do acórdão, v. n.ºs 861 e segs. Em especial, os n.ºs 875 a 901, para as notas internas da Blue Circle; 902 a 913, para a declaração do Sr. Kalogeropoulos; 914 a 919, quanto à confissão da Cembureau; 930 a 941, relativamente à carta convocatória da reunião de chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983; e 1028 a 1046, relativamente à reunião de 7 de Novembro de 1984, em que foi confirmado o acordo Cembureau.

62 — V. n.º 45, ponto 9, da decisão e n.ºs 1003, 1046, 1086 e 1095 do acórdão.

63 — Não tendo também participado na reunião de 19 de Março de 1984.

no acordo foi inferida, tal como a dos membros indirectos, da sua participação em diversas medidas de execução⁶⁴.

86. Esta utilização da prova por presunções é totalmente lícita⁶⁵. Consiste em dar como provados certos factos incriminatórios, com fundamento em conjecturas baseadas na lógica e na razão, bem como no entendimento comum e na experiência. Para esse efeito, há que partir de eventos provados que permitam dar os factos como demonstrados, através de um processo mental conforme com as regras do discernimento humano.

87. Foi o que fez o Tribunal de Primeira Instância. Partindo de factos incontroversos (a realização das reuniões, a conclusão de acordos no decurso das mesmas, a participação da Unicem em determinadas medidas de execução) declara provada a existência de um acordo a que esta aderiu. Esta ideia faz sentido e está adequadamente explicada no acórdão recorrido.

64 — V. n.ºs 1416, 1442, 3744, 3745 e 4243 a 4247 do acórdão recorrido.

65 — V. acórdãos de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 96), Hüls/Comissão, já referido, n.º 135, e Montecatini/Comissão (C-235/92 P, Colect., p. I-4539, n.º 181).

88. Pelo contrário, é descabida a análise de cada um dos elementos de prova separadamente, a fim de, de forma tortuosa, propor uma apreciação alternativa, salientando as eventuais contradições entre os diferentes documentos.

2) A suposta contradição dos argumentos do Tribunal de Primeira Instância quanto à existência do acordo Cembureau (nono fundamento, segunda parte, segundo ponto)⁶⁶

a) A posição das partes

89. A Unicem destaca diversas passagens do acórdão (os n.ºs 996, 1048, 1049 e 4072) que demonstram claramente as contradições, as imprecisões e as confusões em que incorreu o Tribunal de Primeira Instância.

90. Para a Comissão este fundamento é inadmissível porque não refere as passagens do acórdão que enfermam de fundamentação insuficiente. A recorrente mistura e confunde as observações feitas pelo Tribunal de Primeira Instância com as da própria Comissão citadas no acórdão. É o que se verifica no n.º 4072. Nas outras passagens referidas relacionadas com este fundamento de recurso não se encontra qualquer contradição.

66 — Fundamento B.1.2. da petição de recurso (pp. 29 e 30 do texto original em italiano).

b) A inexistência de contradição nos números do acórdão referidos no fundamento

confusão. Para o órgão jurisdicional umas reuniões tiveram um objecto lícito (as três referidas em último lugar) e outras não.

91. Não consigo compreender a posição da Comissão quanto a esta alegação, uma vez que na petição do recurso estão perfeitamente identificados os números do acórdão que a Unicem considera terem uma fundamentação contraditória.

92. Apesar disso, não existe a discordância referida. A Unicem volta a propor, tal como no anterior fundamento e em outras ocasiões ao longo da petição de recurso, uma leitura parcial, unilateral e distorcida do acórdão.

93. O facto de nas reuniões de 30 de Maio de 1983 e de 10 de Junho de 1985 não se ter discutido o comércio intracomunitário do cimento e consequentemente não se ter falado de qualquer divisão dos mercados nacionais (n.ºs 996 e 1048 do acórdão) não invalida o facto de na reunião de 13 de Janeiro de 1983 se ter adoptado o acordo Cembureau, nem de este ter sido depois ratificado nas reuniões dos dias 19 de Março e 7 de Novembro de 1984 (n.º 1049), tal como foi afirmado pelo Tribunal de Primeira Instância, uma vez apreciados os elementos de prova de que dispunha. Também não existe qualquer

94. O n.º 4072 do acórdão⁶⁷ é uma transcrição literal de passagens da decisão, nas quais se analisam os pontos subjectivos de conexão expostos na decisão condenatória para justificar a classificação do acordo Cembureau como um acordo único e contínuo. Como refere a Comissão, não são as palavras do Tribunal de Primeira Instância que podem ser postas em causa para evidenciar a contradição dos seus raciocínios ou a confusão da sua argumentação.

95. A Unicem mostra-se perplexa pelo facto de o acórdão (na realidade, a Comissão) ter relacionado as situações bilaterais com as reuniões ditas «ilícitas» e não com as que foram estranhas a qualquer pacto contrário à concorrência. A mera manifestação de desconcerto sem mais, não chega para pôr em causa a correcção jurídica da apreciação feita no n.º 4072 do acórdão, no exercício do poder que é atribuído ao Tribunal de Primeira Instância para apreciar as provas.

67 — «Pedidos de anulação da decisão recorrida», XII, A, 2.2.

3) A classificação do acordo Cembureau como um acordo único (nono fundamento, terceira parte)⁶⁸

tam qualquer dúvida: a reunião que teve lugar em Março de 1984 mais não foi do que a continuação da reunião efectuada em Janeiro de 1983. O acórdão referido pela Unicem é irrelevante para o caso em apreço.

a) A posição das partes

96. A Unicem critica o Tribunal de Primeira Instância por ter considerado o acordo Cembureau como um «acordo único». Em seu entender, este conceito pressupõe uma única conduta e ininterrupta, enquanto que os factos em apreço no processo não permitem concluir pela existência de um comportamento único mas apenas por um «desígnio delitual único». Não há uma actuação única e ininterrupta, uma vez que se verificaram vários intervalos de tempo entre cada uma das diferentes reuniões. Os catorze meses que mediaram entre os dias 14 de Janeiro de 1983 e o dia 19 de Março de 1984 excluem, segundo a jurisprudência comunitária⁶⁹, a existência de um acordo único.

97. A Comissão considera que a recorrente fez uma leitura muito «expedita» e errada do acórdão recorrido, uma vez que nos n.ºs 1004 a 1027 se faz referência a uma série de elementos postos em evidência através das actas e de diversas notas relativas às reuniões. Estes elementos afas-

b) Sobre o conceito de acordo único e contínuo e a sua aplicação ao acordo Cembureau

98. O artigo 85.º do Tratado proíbe os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e, em geral, as práticas concertadas, incluindo os actos de execução e de aplicação, quando possam afectar o comércio intracomunitário e tenham um objecto ou efeito contrário à concorrência. Por conseguinte as violações desse artigo podem resultar não apenas de um acto isolado, mas igualmente de uma série de actos ou mesmo de um comportamento continuado⁷⁰. O dado decisivo é a existência de um elemento subjectivo comum e de uma mesma intenção de infracção que os associe⁷¹.

99. Em princípio, é legítimo qualificar como infracção única e contínua o conjunto de actividades que se inscrevem num

68 — Fundamento B.1.3. da petição de recurso.

69 — Refere o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Julho de 1994, Dunlop Slazenger/Comissão (T-43/93, Colect., p. II-441).

70 — V. acórdão Comissão/Anic Participazioni, já referido, n.º 81.

71 — V. acórdão Montecatini/Comissão, já referido, n.º 195.

sistema de reuniões periódicas, com o objectivo comum de respeitar os mercados nacionais de cimento, ao serviço do qual são adoptadas, entre outras, medidas para trocar informações sobre os preços e para persuadir e pressionar os importadores que ameacem a estabilidade dos mercados.

100. Neste cenário, é irrelevante a circunstância de algum dos comportamentos, isoladamente considerado, constituir uma infracção autónoma ao artigo 85.º do Tratado⁷², bem como o facto de uma empresa não ter cooperado em todos os elementos constitutivos do acordo, ter desempenhado um papel secundário⁷³ ou não ter sequer chegado a aplicá-lo⁷⁴.

101. Portanto, se uma empresa participa numa infracção deste tipo através de comportamentos que lhe são próprios que visam contribuir para o objectivo comum, é igualmente responsável, relativamente a todo o período em que participou na referida infracção, pelos comportamentos postos em prática por outras empresas no âmbito da mesma infracção. «É o que se passa, com efeito, quando se prova que a empresa em questão conhecia os compor-

tamentos ilícitos dos outros participantes ou podia razoavelmente prevêê-los e estava pronta a aceitar o risco»⁷⁵.

102. Os conceitos de «acordo único» e de «desígnio delitual único» não são, como parece considerar a Unicem, incompatíveis. O segundo é condição necessária para que o primeiro tenha lugar. É verdade que um fim punível pode ser prosseguido através de diversas condutas sem relação aparente. Mas, quando a unicidade do fim depende de facto de que todos os actos isolados façam parte de um mesmo plano de acção, é legítimo falar de um só acordo que produz os seus efeitos de forma continuada.

103. O acórdão proferido na primeira instância justifica nos n.ºs 4025 a 4417 a qualificação do acordo Cembureau como um acordo único e contínuo, analisando a participação de cada uma das empresas.

104. A Unicem não discute estes fundamentos do acórdão, mas não admite que se possa falar de um comportamento desse tipo, uma vez que mediarão catorze meses entre as duas primeiras reuniões de chefes de delegação.

72 — V. n.º 81 do acórdão Comissão/Anic Partecipazioni.

73 — Sem prejuízo da sua incidência para apreciar a gravidade da infracção e, consequentemente, a intensidade da sanção (v. n.º 90 do acórdão referido na nota anterior).

74 — V. acórdão de 16 de Novembro de 2000, Sarrió/Comissão (C-291/98 P, Colect., p. I-9991, n.º 50).

75 — V. n.º 83 do acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido. V. também n.º 203.

105. Os n.ºs 1004 a 1027 explicam de forma adequada a existência de um mesmo propósito e de uma relação entre a reunião de 14 de Janeiro de 1983, na qual se adoptou o acordo Cembureau e a de 19 de Março do ano seguinte, na qual o acordo foi ratificado. Referem documentos que demonstram que entre ambas houve a devida continuidade: a acta da reunião do comité executivo de 9 de Novembro de 1983, a comunicação dirigida ao presidente para a reunião de 19 de Março de 1984, bem como a ordem de trabalhos e as notas da reunião. Tais documentos não são refutados pela empresa recorrente, nem tão pouco o são as apreciações de facto que o Tribunal de Primeira Instância efectuou depois de os apreciar.

106. O acórdão do Tribunal de Primeira Instância referido pela Unicem⁷⁶ no aspecto jurídico deste fundamento não contradiz as apreciações anteriores, pela simples razão de que se refere a uma situação de facto diferente, na qual a Comissão não tinha apresentado provas do carácter continuado da infracção.

107. As explicações anteriores determinam a improcedência total do nono fundamento deduzido no recurso.

B. As trocas periódicas de informação sobre os preços (décimo fundamento)⁷⁷

108. A Unicem, à qual é imputada a responsabilidade pela conduta descrita no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da decisão divide este fundamento em cinco partes. Em todas elas considera existir deficiência na fundamentação do acórdão.

1) A posição das partes

a) Fundamentação ilógica (primeira parte)

109. Para a recorrente não é lógico o raciocínio seguido nos n.ºs 1651 e seguintes do acórdão recorrido para fundamentar a sua responsabilidade. As ideias que defende são as seguintes: a) se os elementos trocados eram públicos e se podiam obter através de diversas fontes, como é que facilitaram a aplicação do acordo Cembureau?; b) cria-se o paradoxo de uma informação trocada nunca ser lícita, porque poderia sempre haver empresas que, tendo por acaso acesso a esses elementos, os poderiam utilizar para

76 — Acórdão Dunlop Slazenger/Comissão, já referido.

77 — Fundamento B.2. da petição de recurso.

fins ilegítimos; e c) a sua utilização nas reuniões de chefes de delegação não prova a sua relação, para efeitos contrários à concorrência, com as reuniões em que se fizeram trocas lícitas de informação.

b) Fundamentação errada sobre a licitude das trocas de informação (segunda parte)

110. Além disso, as afirmações do acórdão sobre este ponto contradizem um princípio fundamental de direito da concorrência, que exige que qualquer violação do artigo 85.º do Tratado se baseie no facto de as informações trocadas serem consideradas segredos profissionais.

112. A Unicem argumentou na primeira instância que, mesmo admitindo que as informações trocadas fossem delicadas, as mesmas só poderiam ser proibidas num mercado oligopolista, o que não era o caso do sector do cimento. Agora, precisa que o Tribunal de Primeira Instância não analisou este argumento correctamente e teve um entendimento contrário: que, segundo a recorrente, se tratava de um mercado oligopolista. Está assim errada a sua fundamentação.

111. A Comissão argumenta que os n.ºs 1651 e 1652 do acórdão recorrido não constituem uma apreciação da questão, uma vez que retomam as explicações dadas nos n.ºs 1639 a 1643 para considerar as trocas de informação violações da concorrência no âmbito do acordo Cembureau. O Tribunal de Primeira Instância, depois de analisar os documentos mencionados pela Comissão, explica no n.º 1644, que a troca de dados representava uma medida de aplicação do acordo. Nesse contexto, os n.ºs 1651 e 1652 referem que o facto de as empresas italianas terem considerado necessário prestar uma informação, disponível por outros meios, demonstra que aderiram às decisões tomadas no âmbito do princípio Cembureau.

113. A Comissão faz notar que se trata de um manifesto erro de escrita que não põe em causa a apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância, nem sequer na versão italiana do acórdão, na qual se refere que a ideia da Unicem, de que as trocas de informação tinham reforçado a concorrência do mercado, é desmentida nos n.ºs 1630 a 1647.

114. A Unicem replica que o descuido na redacção, que não teve oportunidade de identificar, viola o seu direito de defesa, por ter baseado o fundamento na cópia do acórdão que lhe foi notificado. Se lhe tivesse sido entregue uma versão correcta do acórdão, teria preparado o seu recurso de

forma diferente. Acrescenta que a resposta da Comissão (o erro não invalida as conclusões do Tribunal de Primeira Instância) é irrelevante, uma vez que a fundamentação do acórdão quanto a esta matéria é totalmente incompreensível e contrária ao artigo 190.º do Tratado CE.

115. Na tréplica, a Comissão alega que não entende de que forma o direito de defesa da Unicem poderia ter sido violado devido a uma deficiência que não tem qualquer relevância quanto ao mérito das suas pretensões, devidamente rejeitadas pelo Tribunal de Primeira Instância.

c) Fundamentação ilógica quanto à aptidão das trocas de informação para facilitarem a aplicação do acordo Cembureau (terceira parte)

116. A Unicem acusa o acórdão da primeira instância de não ter questionado a justificação da Comissão para inferir que trocas de informação, que se verificavam desde 1981, passaram, depois de 1984, a ser actos de aplicação do acordo Cembureau. No raciocínio da Comissão não existe qualquer prova, apenas presunções, erro em que incorre também o Tribunal de Primeira Instância.

117. A recorrente acrescenta que, tal como a Cementir e a Italcementi, nunca exportou cimento para outros mercados comunitários, pelo que a hipótese avançada no n.º 1725 do acórdão não assenta em qualquer elemento de prova. O mesmo se pode dizer relativamente ao n.º 1726. Além disso, a conclusão a que chegam a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância não constitui, de acordo com abundante jurisprudência comunitária, a única explicação plausível dessa conduta, mas apenas representa uma mera suspeita, com a mesma força probatória que as explicações prestadas nas petições pelas empresas punidas.

118. Para a Comissão os números 1725 a 1727 do acórdão não podem ser catalogados de ilógicos.

d) Fundamentação circular (quarta parte)

119. A Unicem sustenta que o Tribunal de Primeira Instância se equivocou ao considerar a sua participação nas trocas de informação sobre os preços como prova da sua implicação no acordo Cembureau e a intervenção neste acordo como demonstração da sua conivência nessas trocas (n.º 1698 do acórdão).

120. O carácter circular deste raciocínio parece evidente. Nem a Comissão nem o Tribunal de Primeira Instância apresentaram qualquer prova de que as trocas de informação em si mesmas fossem ilícitas. Se a referida conduta é lícita e apenas foi punida devido ao facto de facilitar a aplicação do acordo Cembureau, não podia ser simultaneamente utilizada como elemento de prova da «unicidade» do acordo.

121. A Comissão faz notar que a alegação da recorrente não se prende com as observações formuladas no acórdão de que recorre. O n.º 1698 refere que a participação da Unicem no acordo Cembureau a partir de 9 de Setembro de 1986 é demonstrada pelos elementos que constam dos n.ºs 4243 e 4247, nos quais se pode ler que a sua participação na constituição da European Task Force e, posteriormente, nas medidas para evitar a importação de cimento da Grécia pela Calcestruzzi, adoptadas no âmbito do referido acordo, constituíam a manifestação da sua adesão ao princípio Cembureau. O raciocínio do Tribunal de Primeira Instância não é, pois, circular.

e) Fundamentação errada relativamente à violação do princípio da igualdade de tratamento (quarto fundamento e quinta parte do décimo)

122. A Unicem referiu na petição que violava o seu direito à igualdade o facto

de as acusações relativas às trocas periódicas de informação sobre os preços não serem aplicadas a outras empresas italianas, em particular à Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento, ou que tendo-o sido, foram depois retiradas pela decisão de abandonar as «acusações nacionais».

123. O erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância seria manifesto, não sendo lógico que tenha feito tábua rasa de uma jurisprudência comunitária assente que condena o comportamento das associações «profissionais» através das quais se processam as trocas de informação.

124. A Comissão, referindo o despacho Unifruit Hellas/Comissão⁷⁸, considera inadmissível este fundamento por não identificar os números em causa do acórdão.

125. Quanto ao mérito, observa que o acórdão recorrido considerou acertadamente que, embora a associação não tenha sido acusada da infracção prevista no artigo 2.º, n.º 2, da decisão, não há que ilibar a Unicem, cuja responsabilidade não oferece dúvida⁷⁹.

78 — Despacho de 5 de Fevereiro de 1997 (C-51/95 P, Colect., p. I-727).

79 — Refere-se ao acórdão de 31 de Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, denominado «pasta de papel II» (C-89/85, C-104/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colect., p. I-1307, n.º 146).

126. A recorrente considera pouco verosímil que a Comissão não tenha identificado os números do acórdão e que considere este fundamento inadmissível por terem sido indicados na réplica (1700 a 1702).

2) A Unicem e as trocas periódicas de informação sobre os preços (as três primeiras partes deste fundamento)

127. A existência das trocas periódicas de informação sobre os preços é um facto assente que, além disso, como elemento de facto que é, não pode ser discutido no âmbito deste recurso. A participação da Unicem, entre 9 de Setembro de 1986 e 31 de Dezembro de 1988⁸⁰, também não é posta em causa. O que é decisivo é o facto de a Comissão entender que essa prática que se vinha a desenvolver desde 1981, constituiu, a partir de 1984, uma medida de aplicação do acordo Cembureau, na medida em que facilitava a sua execução⁸¹.

128. Segundo o Tribunal de Primeira Instância esta dedução é correcta. Baseia-se em factos plenamente demonstrados e não discutidos: 1) a realização das reuniões

de chefes de delegação em que foi exposta a preocupação pela acentuada redução de determinados preços e em que houve trocas de informação sobre esse aspecto; 2) o quadro de «preços nacionais», a que se refere o n.º 1646 do acórdão recorrido, divulgado na reunião de chefes de delegação de 30 de Maio de 1983⁸²; e 3) a existência de trocas, aptas para indicar as diferenças de preços praticados nos países de estabelecimento dos membros da Cembureau⁸³ e para facultar a informação que permitisse situá-los em níveis dissuasores⁸⁴. Destes factos deduz que a troca regular de informação, a partir da aprovação do acordo Cembureau, foi posta ao seu serviço para facilitar a sua execução⁸⁵.

129. Neste contexto, a alegação que a Unicem deduz na primeira parte do décimo fundamento perde toda a consistência. O n.º 1651 do acórdão, que é uma transcrição parcial do n.º 47, ponto 14, segundo travessão, da decisão, não pode ser interpretado isoladamente. O facto de os dados serem públicos não impede que a sua

80 — V. n.ºs 1698 e 4340 do acórdão.

81 — N.º 47, ponto 13, da decisão.

82 — Por lapso, diz-se no acórdão que foi na reunião de 14 de Janeiro de 1983, mas, no n.º 16, ponto 5, da decisão, faz-se referência à reunião de 30 de Maio de 1983.

83 — V. n.º 1643 do acórdão recorrido.

84 — As trocas «permitiam efectivamente à empresa confrontada com um pedido de um cliente potencial estabelecido noutro país membro conhecer o nível geral dos preços em vigor, nesse momento, nesse país e alinhar correspondentemente os seus preços à exportação, de modo a dissuadir este cliente de obter cimento fora do seu país e evitar, assim, fazer concorrência aos produtores locais» (n.º 1642 do acórdão).

85 — V. n.ºs 1644 a 1646 do acórdão.

divulgação pela Unicem tivesse por fim colaborar e — recorde-se — facilitar a execução do acordo Cembureau. Além disso, uma conduta que, em princípio é lícita, pode tornar-se ilegal se servir um acordo restritivo da concorrência⁸⁶.

como referi no n.º 86 destas conclusões, as presunções são uma técnica adequada para provar factos. No n.º 128 expus o método seguido pelo Tribunal de Primeira Instância para deduzir que quanto a este aspecto a decisão é juridicamente correcta, pelo que com esta alegação a recorrente não logra pôr em causa a correcção do acórdão recorrido.

130. Há um aspecto da alegação que é inadmissível. Trata-se da parte em que a Unicem argumenta que a utilização dos dados sobre os preços nas reuniões de chefes de delegação não demonstra a existência de uma relação de carácter contrário à concorrência com as reuniões em que se efectuaram trocas lícitas. Esta dimensão do fundamento de recurso prende-se com a prova e, dado que a recorrente só discorda da apreciação dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância, deve, sem mais, ser rejeitada.

131. Do acima referido depreende-se que a terceira parte deste fundamento de recurso é também improcedente. A Unicem acusa a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância de terem deduzido «sem qualquer prova», baseando-se em «presunções», que as trocas de informações sobre os preços foram utilizadas a partir de 1984 para facilitar a aplicação do acordo Cembureau. Mas engana-se ao equiparar «presunções» a falta de provas, uma vez que tal

132. Ainda nesta terceira parte, a Unicem considera ilógica a fundamentação dos n.ºs 1725 a 1727 do acórdão para rejeitar a sua tese de que, pelo facto de na altura não exportar cimento para outros países europeus, a sua participação na troca de dados não violou a concorrência. Mais uma vez a recorrente faz uma interpretação parcial que não tem correspondência no acórdão de que recorre. Nessas três passagens, o Tribunal de Primeira Instância dá uma resposta adequada à demandante. Demonstrada a sua participação nas trocas de informação e deduzido que, a partir de 1984, foram postas ao serviço do acordo Cembureau de respeito dos mercados nacionais (n.ºs 1634 e seguintes), o facto de os produtores italianos não exportarem cimento para outros Estados-Membros não prova a sua falta de interesse na troca como medida de aplicação do referido acordo. Interpretados desta forma e relacionados com outras partes do acórdão relativos a esta questão, os fundamentos do acórdão não são ilógicos nem desprovidos de prova. Os factos essenciais da imputação ficaram

86 — V. n.º 134 das conclusões que nesta mesma data foram apresentadas no processo C-204/00 P, Colect. 2004, p. I-133, Aalborg Portland A/S, e também os n.ºs 1634 e 1638 do acórdão.

demonstrados, pelo que a Unicem e os outros produtores italianos tentaram justificar a sua conduta por outro prisma.

133. Na primeira parte deste fundamento de recurso, afirma-se que um princípio fundamental do direito da concorrência é que qualquer violação do artigo 85.º do Tratado «deve basear-se no facto de as informações trocadas serem consideradas segredos profissionais»⁸⁷. Mas esta declaração, interpretada literalmente, não é correcta. Embora, regra geral, a oposição de um acordo de troca de informação entre concorrentes com o artigo 85, n.º 1, do Tratado dependa do facto dos elementos trocados serem um segredo de negócios⁸⁸, existem excepções e a questão analisada no acórdão recorrido é uma delas.

134. A troca de informação sobre os preços não foi punida pela Comissão como uma medida autónoma contrária à concorrência, mas apenas na medida em que facilitava a execução do acordo Cembureau. Ao permitir a um produtor dissuadir um potencial comprador externo do seu pedido, pedindo-lhe um preço pouco atractivo comparado com o que ele poderia obter das empresas do Estado-Membro em que está estabelecido, a recíproca troca de

informação sobre os diferentes preços permitia o respeito dos mercados nacionais⁸⁹. Nestas circunstâncias, não tinha relevância que os dados trocados fossem secretos. O elemento determinante é a sua aptidão para garantir a aplicação do acordo Cembureau, isto é para influenciar o mercado do cimento e eliminar a incerteza⁹⁰. O conhecimento geral de alguma coisa não retira desde logo a sua capacidade para ser utilizada com fins contrários à concorrência. A forma como a sua divulgação é feita, a maneira como a informação é tratada, o momento em que se efectua a troca ou o seu âmbito podem converter em ilícito um acordo deste tipo que, em princípio, por dizer respeito a elementos não qualificados como segredos, não deveria pôr em causa a livre concorrência.

135. A segunda parte do fundamento assenta num erro. Nas diferentes versões do acórdão, salvo na italiana que alude a um mercado oligopolista, o n.º 1680 refere que a «Unicem afirma [...] que, num mercado não *oligopolista* [...]»⁹¹. Dado que o pressuposto que serve de apoio de facto ao fundamento não existe, a alegação fica automaticamente desprovida de base.

87 — Penúltimo parágrafo ponto B.1.2. da petição de recurso.

88 — V. o *Sétimo Relatório sobre a Política de Concorrência, da Comissão* (*Septième rapport de la Commission sur la politique de concurrence*, Bruxelas-Luxemburgo, Abril de 1978, p. 23).

89 — V. n.º 1642 do acórdão.

90 — V. o acórdão de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o./Comissão* (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Colect.*, p. 563, n.ºs 173 a 175).

91 — O sublinhado é meu.

136. Não consigo entender como é que esta circunstância impossibilitou a Unicem de se defender, a não ser que não lhe interesse a correcção jurídica da decisão judicial mas sim a existência de falhas e de eventuais contradições lhe permitam construir de forma artificial argumentos em que pode sustentar a sua pretensão impugnatória. Talvez este entendimento do papel da defesa explique muitos dos fundamentos que integram esta segunda parte do recurso, que se baseiam em leituras não imparciais do acórdão do Tribunal de Primeira Instância.

137. Nas conclusões que apresentei nesta mesma data no processo C-205/00 P, Irish Cement Limited, referi que as alegações baseadas na fundamentação sobretudo pela insistência com que são feitas, são inapropriadas. Uma decisão judicial que ocupa quase 1 200 páginas da Colectânea, que contém 5134 números, na qual, com um grande esforço de síntese, as argumentações expostas por 41 recorrentes são ordenadas, depuradas e sistematizadas para se dar resposta a todas, será tudo o que se quiser menos não fundamentada. Naturalmente que a resposta expressa a algum argumento isolado pode ter ficado no tinteiro e que a extrapolação de um determinado ponto fora do seu contexto pode revelar aparentes contradições mas, precisamente, por cons-

tituir um texto único e integrado, a solução em muitos casos está implícita na exposição da fundamentação⁹². Estas circunstâncias levam a rejeitar toda e qualquer interpretação parcial e distorcida do seu conteúdo, por muito compreensível que seja do ponto de vista do legítimo exercício do direito de defesa.

138. O acima exposto vem a propósito porque, ainda que fosse real a contradição alegada pela Unicem denuncia (o que acontece na versão italiana), ainda assim a alegação seria improcedente. Como bem salienta a Comissão, o n.º 1680 do acórdão tem que ser conjugado com aqueles com os quais está relacionado, particularmente com os n.ºs 1639 a 1647, nos quais se refere que as trocas tinham efectivamente uma finalidade e efeitos contrários à concorrência. Mesmo que o mercado europeu fosse «oligopolista» (como por lapso aparece na versão italiana do acórdão recorrido), a apreciação da Unicem sobre o carácter favorável para a concorrência da troca de informação sobre os preços é desmentida nas referidas passagens do acórdão do Tribunal de Primeira Instância.

139. Assim, as três primeiras partes deste décimo fundamento devem ser rejeitadas por inadmissíveis e improcedentes.

92 — V. n.ºs 126 e 127 das referidas conclusões.

3) A participação da Unicem nas trocas periódicas de dados sobre os preços não foi utilizada como prova da sua implicação no acordo Cembureau (quarta parte)

141. Contudo, o Tribunal de Primeira Instância não afirmou em momento algum que a participação da recorrente nas trocas de informações sobre os preços provasse a sua adesão ao acordo⁹⁸. Por outras palavras, a cooperação da Unicem mas medidas de aplicação punidas nos n.ºs 1 e 3 do artigo 4.º da decisão serviu para a considerar como parte do acordo Cembureau⁹⁹ e a sua adesão a este, explica a sua implicação nas trocas de informação sobre os preços¹⁰⁰. Não existe, portanto, a fundamentação circular alegada pela Unicem.

140. A Unicem, que era membro directo da Cembureau, não esteve presente nas reuniões de chefes de delegação de 1983 e 1984, no decurso das quais foi constituído e ratificado o respectivo acordo⁹³. Por este motivo, o Tribunal de Primeira Instância analisou se, não obstante essa ausência pactuou com o acordado executando medidas de aplicação do acordo. Feita esta análise, inferiu que ela participou na constituição da European Task Force (artigo 4.º, n.º 1, da decisão)⁹⁴, nas acções destinadas a subtrair a Calcestruzzi de cliente dos produtores gregos e, em particular, da Titan [artigo 4.º, n.º 3, alínea a)]⁹⁵ e no acordo que tinha por objecto evitar que a Calcestruzzi importasse cimento da Grécia [artigo 4.º, n.º 3, alínea b)]⁹⁶. Da sua intervenção nestas três acções, a Comissão primeiro, e depois o Tribunal de Primeira Instância inferiram que a Unicem participou no acordo Cembureau a partir de 9 de Setembro de 1986⁹⁷.

142. Por conseguinte, a quarta parte do décimo fundamento também não deve ser julgado precedente.

4) O princípio da igualdade de tratamento (quarto fundamento e quinta parte do décimo)

143. A inadmissibilidade desta alegação, alegada pela Comissão, enferma de um excesso de formalismo que, a ser acolhido, corre o risco de violar o direito que assiste à Unicem a obter uma efectiva protecção judicial. É certo que na sua petição de recurso não indicou as passagens do acórdão que são objecto das suas críti-

93 — V. n.ºs 1412, 1439 e 1697 do acórdão da primeira instância.

94 — V. n.ºs 2682 e 2683 do acórdão.

95 — V. n.ºs 3252 e 3253 do acórdão.

96 — V. n.º 3396 do acórdão.

97 — V. n.ºs 4244 e 4245 do acórdão.

98 — V. n.º 4246 do acórdão.

99 — V. n.ºs 4103, 4104 e 4244 do acórdão.

100 — V. n.º 1698 do acórdão recorrido.

cas¹⁰¹, mas o conteúdo do fundamento permite ao Tribunal de Justiça identificá-las, ainda que não apareçam indicadas pelo seu número.

144. Não obstante, esta parte do décimo fundamento do recurso é improcedente.

145. Desde logo, porque a Unicem atribui ao Tribunal de Primeira Instância afirmações que não constam do acórdão, já que em nenhuma passagem se diz que a demandante não teria podido demonstrar que o facto da não ter sido imputada à Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento a mesma acusação a colocou numa situação desfavorável. O acórdão limitou-se a reconhecer que essa falta de imputação não diminuiu o direito de defesa da Unicem, que, através da referida associação, pôde aceder a documentos que lhe permitiram defender-se eficazmente no procedimento administrativo¹⁰². Não há, assim, imposição de qualquer *probatio diabolica*, mas sim uma afirmação não contraditada nem posta em causa.

146. O Tribunal de Primeira Instância também não considerou, como é dito na petição de recurso, que a associação ficou isenta de responsabilidade por se ter limitado a transmitir os dados prestados pelos produtores de cimento. O acórdão apenas refere que a falta de imputação da referida associação não exclui a responsabilidade da Unicem, que «ficou correctamente demonstrada»¹⁰³, não havendo pois que falar de inobservância de uma jurisprudência comunitária assente.

147. Se se invoca um fundamento baseado no princípio da igualdade de tratamento, há que indicar um termo de comparação válido, demonstrando que a situação de ambos é semelhante, de forma a que o tratamento desigual revele um comportamento discriminatório e, consequentemente, repudiável.

148. Além disso, não há igualdade na ilegalidade, pelo que ninguém pode pretender não ser acusado com o único argumento de que outra pessoa, que também devia sê-lo, o não foi.

149. Deve, pois, julgar-se improcedente todo o décimo fundamento do recurso.

101 — Fê-lo depois na réplica.

102 — V. n.º 1702 do acórdão.

103 — N.º 1701 do acórdão recorrido.

C. A participação da Unicem no acordo relativo à constituição da Cembureau Task Force ou European Task Force (décimo primeiro fundamento terceira parte)¹⁰⁴

algum ficou demonstrado que estava ao corrente de que fazia parte de um acordo único contrário à concorrência.

150. Depois do despacho de 5 de Junho de 2002, deste fundamento restou apenas a sua terceira parte, na qual a Unicem tenta demonstrar o carácter errado dos argumentos utilizados pelo Tribunal de Primeira Instância para provar a sua responsabilidade na infracção descrita no artigo 4.º, n.º 1, da decisão.

153. A mesma argumentação provaria que não colaborou nas condutas referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º da decisão.

154. A Comissão não se pronunciou sobre este fundamento de recurso.

1) A posição das partes

151. Para a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua apreciação nos «elementos constitutivos» da European Task Force e na «proposta» do Sr. Albert, dados com os quais considera correcto que o acordo Cembureau e as práticas concertadas em que participou faziam parte da estratégia global destinada a eliminar as importações.

2) Um fundamento improcedente

152. Insiste em que não participou na constituição da European Task Force e que não esteve presente na reunião de 9 de Setembro de 1986, pelo que de modo

155. O Tribunal de Primeira Instância dedica os n.ºs 3740 a 3745 do acórdão a rejeitar os argumentos da Unicem e a declarar que esta participou no acordo único relativo à European Task Force, baseando-se em dois elementos: a participação da recorrente nos elementos constitutivos do acordo¹⁰⁵ e a proposta para que

104 — Fundamento B.3.3. da petição de recurso.

105 — N.º 3741 do acórdão.

o Sr. Albert, um dos seus empregados, fizesse parte de um dos cinco grupos de trabalho¹⁰⁶.

156. Pois bem, as razões que levaram o Tribunal de Justiça a rejeitar, no despacho do dia 5 do passado mês de Junho¹⁰⁷, as duas primeiras partes deste fundamento, por serem manifestamente improcedentes, levam à adopção de igual solução relativamente a esta terceira, na qual a Unicem utiliza como ponto de partida uma versão dos factos que foi recusada como impertinente no âmbito do presente recurso.

157. Uma vez não aceite o pressuposto de que a recorrente parte para delinear a sua defesa, a alegação fica esvaziada do seu conteúdo.

158. Nada há de errado nem de contrário à lógica em reconhecer que a Unicem tinha consciência de participar na definição de uma estratégia conjunta destinada a eliminar as importações na Europa Ocidental, isto é, no acordo relativo à European Task Force, tendo em conta a sua participação em vários elementos constitutivos do acordo e a intervenção de um membro do seu pessoal num dos subgrupos de trabalho, em que referiu os esforços feitos numa acção de aplicação do acordo¹⁰⁸.

D. As medidas de defesa do mercado italiano (décimo segundo fundamento)

159. A Unicem discute neste fundamento, dividido em seis partes, a análise que o Tribunal de Primeira Instância fez das acções levadas a cabo para impedir que a Calcestruzzi fosse cliente dos produtores gregos e para evitar que importasse cimento procedente da República Helénica.

1) O abandono das partes nacionais da comunicação de acusações [quinto fundamento e primeira e terceira partes, primeiro ponto (num dos seus aspectos), do décimo segundo fundamento]¹⁰⁹

a) A posição das partes

160. Para a Unicem, o abandono das acusações nacionais e a «reapreciação» de contratos e de acordos já analisados pela autoridade italiana em matéria da concorrência implica uma dupla imputação de responsabilidade pelo mesmo facto, em violação do princípio *ne bis in idem*.

106 — N.º 3742 do acórdão da primeira instância.

107 — N.ºs 143, 144, 159 e 160.

108 — V. n.ºs 3741 e 3742 do acórdão.

109 — Fundamentos A.1.5., B.4.1. e B.4.3.1. da petição de recurso.

161. A Comissão teria utilizado tais acordos como prova da sua participação no acordo Cembureau [artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da decisão], constatando que a Italcementi, a Cementir e a Unicem eram responsáveis por participarem num acordo relativo aos contratos assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987 para impedir as importações de cimento grego por parte da Calcestruzzi.

162. Acrescenta que a fundamentação do n.º 3386 do acórdão para justificar o duplo exame dos comportamentos nacionais, sem ser convincente, é complicada e falaciosa, uma vez que os contratos celebrados com a Calcestruzzi foram objecto de análise pelas instâncias comunitárias devido à sua intrínseca ilicitude, já que tanto a Comissão como o Tribunal de Primeira Instância os utilizaram para demonstrar a sua ligação com o acordo Cembureau.

163. Do exposto, deduz que o acórdão fundamentou de forma errada a ausência de contradição entre a decisão de abandonar as «acusações nacionais» das comunicações de acusações e a apreciação dos contratos com a Calcestruzzi.

164. A Comissão salienta que esta alegação é inadmissível pois pretende que seja feito um reexame completo dos argumentos formulados pela Unicem na primeira instância.

165. Relativamente à fundamentação errada, considera que não existe a contra-dição alegada pela autora.

166. Também não são contraditórias as apreciações feitas sobre a duração dos contratos celebrados entre os fabricantes de cimento e a Calcestruzzi, tendo em conta que a duração deste acordo foi fixada entre 3 de Abril de 1987, data da assinatura, e 3 de Abril de 1992, data do seu termo. A questão anterior nada tem a ver com o abandono das «acusações nacionais», dado que, como é referido nos n.ºs 445 a 447 do acórdão recorrido, a parte internacional da comunicação de acusações e a decisão faziam claramente referência aos contratos na perspectiva de um acordo proibido por impedirem as importações gregas em Itália.

167. Segundo a Comissão, o acórdão explica exhaustivamente que a participação da Unicem na infracção prevista no artigo 1.º da decisão deu-se entre 9 de Setembro de 1986 e 3 de Abril de 1992, data em que terminou o acordo entre os três produtores italianos para impedirem as importações da Grécia.

b) Um fundamento admissível

168. A Comissão equivoca-se quando pretende que este fundamento de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância não seja admitido, uma vez que a Unicem

não se limita a repetir os argumentos apresentados na primeira instância, antes dirige as suas críticas ao acórdão pelo facto de os ter rejeitado.

169. Assim, acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter cometido um erro de direito por não ter apreciado a violação do princípio *ne bis in idem* e por ter utilizado fundamentação contraditória. Não há, assim, utilização indevida do recurso da decisão deste tribunal.

171. Em consequência, o referido princípio exige a coexistência de três factores para operar. Coincidência dos factos, um só infractor e um único bem jurídico protegido¹¹².

172. A existência de identidade subjectiva é indiscutível.

c) O princípio *ne bis in idem*

170. Este princípio impede¹¹⁰ que, para se proteger bens jurídicos idênticos e devido a uma mesma conduta ilícita, uma pessoa seja submetida a mais de um processo punitivo, pois esta duplicação de sanções implica uma reiteração inadmissível no exercício do *ius puniendi*¹¹¹.

173. A unidade do bem jurídico protegido também está fora de dúvida. No ordenamento para a garantia da livre concorrência não pode falar-se, no seio da União Europeia, de âmbitos diferentes, o comunitário e os nacionais, como se de compartimentos estanques se tratasse. Ambos os sectores se orientam pela tutela de uma concorrência livre e aberta no mercado comum, um contemplando-o na sua integridade, o outro, a partir dos seus diferentes componentes, mas a essência é a mesma. Os direitos nacionais devem fazer, neste ponto, uma adequada transposição das disposições contidas nos artigos 81.º CE e 82.º CE e, na sua aplicação, no direito derivado.

110 — Quanto ao princípio *ne bis in idem*, podem consultar-se as conclusões que apresentei em 19 de Setembro de 2001 nos processos C-187/01, Gözütok, e C-385/01, Brügge, nos quais ainda não foi proferido acórdão.

111 — A eventualidade de que sobre o mesmo facto confluem as autoridades nacionais da concorrência e a Comissão já foi contemplada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, Wilhelm (14/68, Colect. 1969-1970, p. 1), em que afirmou que a aplicação paralela do sistema nacional não pode prejudicar a aplicação uniforme, em todo o mercado comum, das normas comunitárias em matéria de práticas colusórias e do pleno efeito dos actos adoptados para a execução das referidas normas (ponto 1 da parte dispositiva). Actualmente, a existência de competências partilhadas é um facto assumido (v. comunicação relativa à cooperação entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais nacionais para a aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE, JO 1993, C 39, p. 6); também o é o de que, quando se produz uma duplicidade de intervenções sobre a mesma prática ou acordo anticoncorrência, deve prevalecer a decisão comunitária [v. os acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935), e de 14 de Dezembro de 2000, Masterfoods e HB (C-344/98, Colect., p. I-11369)].

112 — No acórdão de 18 de Novembro de 1987 Maizena/Balm (137/85, Colect., p. 4587), o Tribunal de Justiça negou a existência da violação do princípio *in bis in idem*, porque as duas cauções exigidas a uma mesma pessoa em função dos mesmos factos não tinham o mesmo fim (n.ºs 22 e 23).

174. Se se lerem os artigos 2.º¹¹³ e 3.º da Lei italiana 287/1990, de 10 de Outubro, para a protecção da concorrência e do mercado¹¹⁴, observa-se que é uma transcrição quase literal dos artigos 81.º CE e 82.º CE, com a única diferença de que aqui se fala de «mercado comum», e na lei italiana lê-se «mercado nacional», mas esta diferença, como direi mais adiante, é adjetiva e não tem carácter essencial.

uma global e a outra territorialmente limitada, à qual fiz referência mais acima. Neste último aspecto, quando a actividade concertada não ultrapassa as fronteiras de um Estado-Membro, mesmo assim não deixa de afectar «a concorrência no mercado comum»¹¹⁶. O critério da extensão territorial da conduta restritiva não é essencial, mas sim adjetivo, na medida em que não afecta a natureza da infracção, só a sua intensidade.

175. As autoridades comunitárias e as nacionais estão implicadas em idêntica tarefa e, quando reprimem condutas restritivas da concorrência, tentam proteger um único bem jurídico, repartindo-se a tarefa segundo os critérios traçados pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos que referi na nota 110 destas conclusões.

177. Se coexistirem os três referidos factores, quando uma conduta contrária ao artigo 81.º CE foi combatida e punida pela Comissão, não pode depois ser reprimida pela autoridade nacional competente em matéria de defesa da concorrência, e vice-versa¹¹⁷.

176. O acórdão Wilhelm, já referido, declarou que «enquanto o artigo 85.º do Tratado CE os considera sob o ângulo dos obstáculos que deles podem resultar para o comércio entre os Estados-Membros, as legislações internas, inspiradas em considerações próprias de cada uma delas, consideram os acordos apenas nesse quadro»¹¹⁵. Quando assim se expressava, estava a referir-se a essa dupla perspectiva,

178. A solução de a segunda autoridade interveniente diminuir a sanção em razão do montante da coima aplicada por quem primeiro reprimiu, que foi adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Wilhelm, não cumpre as exigências do princípio *ne bis in idem*. Este princípio não é uma regra

113 — Na decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, já referida, a Unicom foi punida como autora de infracções a essa disposição.

114 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, n.º 240, de 13 de Outubro de 1990.

115 — N.º 3.

116 — Artigo 85.º do Tratado CE (actual artigo 81.º CE).

117 — Sobre a sanção de um mesmo facto por dois ordenamentos jurídicos diferentes, v. as considerações que fiz nos n.ºs 52 e segs. das conclusões que apresentei nos processos Gözütok e Brügge, já referidos.

de procedimento que funciona como um lenitivo ao serviço da proporcionalidade, quando uma pessoa é duplamente julgada e punida por uma mesma conduta, mas sim uma garantia fundamental dos cidadãos¹¹⁸.

179. Na realidade, o mencionado acórdão do Tribunal de Justiça não aplicou o referido princípio¹¹⁹, porque se tratava de «dois processos paralelos que prosseguem fins distintos»¹²⁰, ou seja, nos quais se protegiam bens ou valores jurídicos diferentes¹²¹. Não havia identidade do objectivo protegido que exige a aplicação da regra *ne bis in idem*. Deste acórdão, se conclui que, para a jurisprudência comunitária, incluindo quando não é aplicável o mencionado princípio e a dupla punição é legítima, «uma exigência geral de equidade [...] implica que sejam tomadas em conta todas as decisões condenatórias anteriores na determinação de uma eventual sanção»¹²².

118 — V. o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção de Roma e o artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

119 — V. Pralus, M.: «Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem*: *non bis*», na *Revue de science criminelle*, Julho-Setembro de 1996, pp. 553 a 574, em especial, p. 558.

120 — N.º 11.

121 — Discordo desta posição pois, como assinalai mais acima, as autoridades nacionais e a Comissão protegem idênticos valores quando condenam a mesma conduta aplicando o direito da concorrência, seja nacional ou comunitário.

122 — N.º 11.

180. No entanto, falta o terceiro dos factores exigidos, o objectivo¹²³.

181. O n.º 3386 do acórdão recorrido precisa que a decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fazia referência aos contratos de abastecimento e às convenções de cooperação subscritos pelos três produtores italianos (Unicem, Cementir e Italcementi) com a Calcestruzzi, enquanto a intervenção das autoridades comunitárias teve por objecto o acordo celebrado entre os referidos fabricantes de cimento para que a Calcestruzzi deixasse de importar cimento procedente da Grécia.

182. A Unicem põe em dúvida a anterior afirmação do Tribunal de Primeira Instância, mas não a discute pelo meio processual adequado ao colocá-la em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, no qual não se pode rever a apreciação de facto feita em primeira instância.

183. Houve, portanto, um acordo entre os três produtores italianos de cimento cujo objectivo era evitar que a Calcestruzzi

123 — No acórdão de 14 de Dezembro de 1972, Boehringer Mannheim/Comissão (7/72, Colect., p. 447), o Tribunal de Justiça negou a existência de violação do princípio *ne bis in idem*, porque, «os factos que estão na origem das duas sanções, embora derivem de um mesmo conjunto de acordos, distinguem-se, porém, no essencial, relativamente ao seu objecto e à sua localização territorial» (n.º 4).

continuasse a importar cimento grego, em especial, mediante a execução do contrato que tinha subscrito em 1986 com a Titan.^o Este pacto, que se caracterizava pelo propósito comum da European Task Force de eliminar as importações de cimento na Europa Ocidental, necessitava de um complemento que, aliás, era o seu último objectivo. Se era que a Calcestruzzi deixasse de importar cimento procedente da Grécia e que o adquirisse aos fabricantes italianos, ficando cumprida, desta forma, a regra «cada um em sua casa», inerente ao princípio Cembureau, era imprescindível regulamentar o fornecimento de cimento ao referido produtor italiano de betão, tal era o objectivo dos contratos e das convenções assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987.

184. Eram duas condutas distintas. Uma com efeitos exteriores, que pretendia impedir as importações gregas de cimento por parte da Calcestruzzi. A outra com dimensão meramente nacional: o acordo entre as três empresas cimenteiras e a própria Calcestruzzi. Na primeira os responsáveis foram, a Unicem, a Italcementi e a Cementir, uma vez que a produtora de betão aparece como vítima, enquanto que na segunda as quatro empresas faziam parte da convenção. O acordo entre os três fabricantes de cimento para pressionar a empresa que depois celebrou os contratos

de fornecimento é um acordo punível em si mesmo¹²⁴.

d) Uma fundamentação não contraditória

185. A acusação nacional correspondente à Itália dizia respeito aos contratos e convenções de abastecimento, assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987 pela Unicem, Italcementi, Cementir e Calcestruzzi. No âmbito destes contratos criaram uma filial comum denominada Società Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo Spa (SIPAC)¹²⁵ obrigando os três produtores a satisfazer todas as necessidades em termos de cimento do grupo Calcestruzzi e a praticar as reduções de preços neles mencionados. Por seu lado, esta última obrigava-se quer a destinar metade das reduções de preços a essa filial comum, que deveria investir essas verbas em sociedades de betão pronto ou em actividades conexas, quer a adquirir pelo menos 80% das suas necessidades de cimento à Italcementi, à Unicem e à

124 — São puníveis os acordos que têm por objecto a repartição dos mercados, independentemente do facto de depois produzirem o efeito concreto de restringir a concorrência. No acórdão Suiker Uni e o/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça referiu os acordos que tenham por *objecto ou por efeito* influenciar o mercado (n.º 174; o sublinhado é meu). Este princípio encontra-se assente na jurisprudência do Tribunal de Justiça: «[...] embora a própria noção de prática concertada pressuponha um comportamento no mercado das empresas que nela participam, não implica necessariamente que esse comportamento tenha por efeito concreto restringir, impedir ou falsear a concorrência» (acórdão Hüls/Comissão, já referido, n.º 165). V., também, o acórdão da mesma data, Montecatini/Comissão, já referido, n.º 125.

125 — V. n.ºs 444 e 445 do acórdão recorrido.

Cementir ou a empresas por estas designadas. Os três produtores reservavam-se o direito de rescisão se as compras de cimento da Calcestruzzi fossem inferiores a 95% das necessidades¹²⁶.

186. Na parte internacional da comunicação de acusações fazia-se referência a duas infracções relacionadas com as medidas de defesa do mercado italiano, adoptadas no âmbito da European Task Force ou da Cembureau Task Force¹²⁷.

187. A primeira, mais geral, punida no artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão, inclui em práticas concertadas destinadas a impedir que a Calcestruzzi, naquele tempo o maior fabricante italiano de betão pronto para uso, fosse cliente dos produtores gregos de cimento, em especial, da Titan.º Esta infracção foi imputada aos três fabricantes italianos, assim como aos restantes componentes do mencionado pacto¹²⁸.

188. A segunda, mais específica, residia no acordo adoptado pela Unicem, a Italcementi e a Cementir para que a Calcestruzzi deixasse de importar cimento procedente da Grécia, no âmbito do qual foram assinados os contratos e acordos de 3 e de 15 de Abril de 1987. O seu objectivo foi fazer frente a uma ameaça de importação pela Calcestruzzi de 1,5 milhões de toneladas de cimento grego¹²⁹. Esta infracção, punida no artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão foi unicamente imputada aos três produtores mencionados¹³⁰.

189. O Tribunal de Primeira Instância estabelece uma ligação entre a duração de esta última infracção e o prazo de vigência dos contratos e convenções assinados com a Calcestruzzi. Uma vez demonstrado¹³¹ que a Unicem, a Italcementi e a Cementir tinham acordado evitar a importação de cimento grego pela Calcestruzzi, tendo com esse objectivo assinado com essa sociedade os contratos de abastecimento, não é contraditório nem alheio à lógica que a duração da infracção seja fixada por referência à vigência dessas convenções, que são a sua expressão externa. Este é o sentido que têm os n.ºs 3396, 4340 e concordantes do acórdão recorrido.

190. Numa afirmação como a anterior também não há discordância alguma com o n.º 4278 do acórdão recorrido. O acordo Cembureau, respeitante aos mercados nacionais, foi um pacto global contrário à

126 — V. o n.º 27, ponto 6, da decisão e n.º 3345 do acórdão recorrido.

127 — Quanto a estas infracções v. n.ºs 3133 e segs. do acórdão.

128 — Quanto à existência desta infracção v. n.ºs 3138 e segs. do acórdão.

129 — V. n.º 55, alínea b), ponto 2, da decisão.

130 — Os argumentos do Tribunal de Primeira Instância sobre a existência desta infracção encontram-se nos n.ºs 3345 e segs. do acórdão recorrido.

131 — Recorde-se que no recurso para o Tribunal de Justiça não se podem alterar os factos da instância.

concorrência, aplicado pela maioria dos produtores comunitários de cimento. Todas as empresas condenadas intervieram na sua adopção e na sua realização ou em alguma de ambas as condutas, fazendo-o com medidas mais ou menos duradouras. A circunstância de os três produtores italianos o terem mantido até 3 de Abril de 1992, quando os restantes fabricantes já tinham deixado de o aplicar, só indica que o prolongaram mais do que as outras empresas.

191. Resumindo, o quinto fundamento e a primeira parte do décimo segundo devem ser julgados improcedentes.

2) A participação da Unicem na convenção para impedir que a Calcestruzzi fosse cliente dos produtores gregos — artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão — (segunda parte do décimo segundo fundamento)¹³²

a) A posição das partes

192. A Unicem discute a apreciação feita quanto a este ponto pelo Tribunal de

Primeira Instância sobre as provas documentais (primeira parte do fundamento) assim como a fixação do prazo de duração da infracção (segunda parte).

193. A Comissão opõe-se à admissão deste fundamento uma vez que, por um lado, diz respeito à apreciação das provas feita pelo Tribunal de Primeira Instância e, por outro, não se pode conhecer o objecto da crítica da Unicem quando se queixa da duração da infracção. Além disso, nos n.ºs 3245 a 3254 do acórdão recorrido, analisaram-se os motivos da participação da recorrente no acordo.

194. A Unicem replica que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou o sentido das actas das reuniões de 17 de Junho a 4 de Setembro de 1986; se assim não fosse, a fundamentação do n.º 2683 do acórdão seria contraditória. Não está de acordo com a duração que é atribuída à infracção.

b) Um fundamento improcedente que não ultrapassa a apreciação dos factos

195. Com esta alegação discorda da valoração que o Tribunal de Primeira Instância fez do acervo documental que teve à sua disposição.

¹³² — Fundamento B.4.2. da petição de recurso.

196. Basta a leitura conjugada do ponto 4.2. da petição de recurso com os números do acórdão referidos pela Comissão na contestação, para comprovar que aquilo que a Unicem pretende do Tribunal de Justiça é que este concorde com a sua versão dos factos, que é diferente da tida pelo Tribunal de Primeira Instância. Neste entendimento, o fundamento é inadmissível.

197. É também improcedente porque não existe a deturpação das provas nem existe a fundamentação contraditória e errada alegada pela recorrente.

198. Uma vez mais a Unicem faz uma interpretação distorcida da fundamentação jurídica do acórdão recorrido. É verdade que nos n.ºs 3245 a 3253 se faz referência às reuniões de 6 e 11 de Fevereiro de 1987, nas quais não participou o representante da Unicem, o Sr. Albert, mas não é menos verdade que também se alude a uma outra de 9 de Setembro de 1986, em que se fez um ponto da situação relativamente às reuniões anteriores e ao seu objecto, bem como à que decorreu no dia 17 de Março de 1987, na qual o referido representante fez referência às negociações havidas entre os produtores italianos e o grupo Ferruzzi, ao qual pertencia a Calcestruzzi. Também foram apreciados os telexes de 13 de Maio de 1987 e de 2 de Setembro de 1988. É possível que a referência a um «acordo entre os produtores italianos de cimento e o

grupo Ferruzzi, que permitia evitar uma ameaça de importação de cimento considerada catastrófica para os preços»¹³³ só tivesse sido feita na reunião de 11 de Fevereiro de 1987, mas esta circunstância não altera a situação. Mesmo prescindindo da referida reunião e da outra efectuada no mesmo mês, o Tribunal de Primeira Instância dispôs de elementos de prova suficientes para afirmar que «a Comissão teve fundamento para dar por provada, no artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão impugnada, a participação da Unicem nas práticas concertadas com vista a retirar a cliente Calcestruzzi aos produtores gregos e, particularmente, à Titan»¹³⁴.

199. Além disso, a contradição alegada pela recorrente na réplica não existe. Segundo se deduz da leitura dos n.ºs 3245 a 3253 do seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância não teve em consideração as reuniões efectuadas entre 17 de Junho e 4 de Setembro de 1986.

200. Quando se queixa da duração atribuída à infracção pelo Tribunal de Primeira Instância a recorrente, por erro, faz referência às trocas de informação, punidas pelo artigo 2.º, da decisão. A Comissão aproveita este equívoco para defender a inadmissibilidade do fundamento. Ora, do texto desta parte do presente recurso, no qual se refere o artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão administrativa, verifica-se que a

133 — N.º 3248 do acórdão recorrido.

134 — N.º 3252 do acórdão.

Unicem dirige a impugnação contra a parte da fundamentação do acórdão que fixa o período da sua participação nos factos, pelo que este aspecto do fundamento não é inadmissível.

3) O acordo relativo aos contratos e convenções assinados com a Calcestruzzi em Abril de 1987 [artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão]

a) A posição das partes

201. Contudo, há que julgá-lo improcedente. A Comissão, no artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão, indicou como data do início da infracção a de 17 de Junho de 1986, ainda que o Tribunal de Primeira Instância tenha considerado que o mesmo, em relação à Unicem, teve lugar em 9 de Setembro desse mesmo ano, dia em que teve lugar em Baden Baden a reunião dos chefes de delegação e dos representantes da European Task Force. Foi, por simples lapso da Comissão, entendido que o fim da infracção teve lugar em 15 de Março de 1987¹³⁵, quando efectivamente a reunião só teve lugar dois dias depois, mas este equívoco não poderia ter sido corrigido pelo Tribunal de Primeira Instância sem incorrer numa incongruência e numa reforma *in pejus*.

202. Assim, esta alegação deve ser rejeitada por inadmissível e improcedente.

i) A prova da participação da Unicem (décimo segundo fundamento, terceira parte, segundo ponto)¹³⁶

203. A Unicem impugna o n.º 3353 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância por falta de prova do conhecimento efectivo do acordo por parte dos participantes da reunião da European Task Force de 17 de Março de 1987, de uma eventual aprovação da sua parte bem como de uma planificação e de uma acção comum.

204. Reitera que só esteve presente na reunião de 17 de Março de 1987, na qual foram tratadas questões puramente lícitas e em que o seu representante, o Sr. Albert, se limitou a precisar, mediante pergunta dos participantes, que o acordo com a Ferruzzi, isto é, com a Calcestruzzi ainda não estava concluído.

135 — V. os n.ºs 27, pontos 3 e 5, e 55, ponto 1, da decisão.

136 — Fundamento B.4.3.2. da petição de recurso.

205. A Comissão afirma que existem provas sobre a existência do acordo e remete para os n.ºs 3348 a 3386 do acórdão recorrido.

208. Na réplica, a Unicem reconhece que não colocou a questão no Tribunal de Primeira Instância, mas entende que pode ser analisada oficiosamente por ser de ordem pública.

ii) A obrigação de notificar à Comissão as convenções com a Calcestruzzi (décimo segundo fundamento, terceira parte, terceiro ponto)¹³⁷

iii) A duração da infracção (décimo segundo fundamento, terceira parte, quarto ponto)¹³⁸

206. Para a Unicem, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de interpretação relativamente ao artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, ao confirmar que as convenções e os contratos assinados com a Calcestruzzi deviam ter sido notificados à Comissão, pois este dispositivo isenta os acordos que não tenham por objecto importações nem exportações, ainda que incidam indirectamente no seu fluxo.

209. Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância contradiz-se no argumento do n.º 4278 do acórdão, quando afirma que a infracção prevista no artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão se prolongou até 3 de Abril de 1992.

207. A Comissão não consegue identificar a passagem da petição em primeira instância em que a Unicem procede a essa alegação, qualificando-a como nova e, como tal, inadmissível em sede do presente recurso. Acrescenta que os acordos celebrados com a Calcestruzzi não são abrangidos pelo referido preceito do Regulamento n.º 17, uma vez que impediam a importação para a Itália de uma quantidade notável de cimento.

210. Para a Comissão não existe qualquer contradição na decisão jurisdicional. O acordo Cembureau de respeito dos mercados nacionais foi acatado pelos três produtores italianos até 3 de Abril de 1992, o que não implica que outras empresas europeias fabricantes de cimento o tenham aplicado até essa data.

137 — Fundamento B.4.3.3. da petição de recurso.

138 — Fundamento B.4.3.4. da petição de recurso.

b) Quanto à intervenção da Unicem

211. Mais uma vez a Unicem pretende que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre matéria que lhe está vedada, a saber, a da valoração dos elementos probatórios, isolando astuciosamente uma passagem do acórdão recorrido do seu contexto. Parece que a existência do acordo punido pelo artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão e da prova da participação da Unicem constam apenas do n.º 3353 do acórdão referido quando, na realidade, este lhe dedica trinta e nove números.

212. A Unicem não nega a existência dos contratos assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987 com a Calcestruzzi nem que foram o resultado ou o objecto do acordo entre os três produtores italianos e a Ferruzzi, aos quais se referem os telexes já referidos nestas conclusões¹³⁹, pelo que as apreciações contidas nos n.ºs 3356, 3360, 3361, 3367, 3372, 3377 e concordantes do acórdão recorrido não podem ser comunicadas desprovidas de fundamento.

213. A ausência da recorrente na reunião da European Task Force de 11 de Fevereiro de 1987 é irrelevante para o caso. A infracção descrita no artigo 4.º, n.º 3, alínea

b), da decisão não é um pacto de dimensão europeia, uma vez que é apenas subscrito pelos três fabricantes italianos referidos. Por outras palavras, os contratos e as convenções assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987 são a aplicação do acordo estabelecido entre a Cementir, a Italcementi e a Unicem, cujo fim era fazer frente a uma ameaça de importação de 1,5 TM de cimento grego pela Calcestruzzi¹⁴⁰, referida nas reuniões da European Task Force de 11 de Fevereiro e 15 de Março de 1987¹⁴¹. Assim os argumentos da recorrente perdem todo o seu peso uma vez que o acordo descrito no referido preceito da decisão não foi adoptado no seio do referido agrupamento e, por conseguinte não tem importância a falta a uma reunião em que não se chegou a esse acordo, embora tenha sido referida a sua existência.

214. Quaisquer que sejam as considerações da Unicem sobre o conteúdo da reunião de 17 de Março de 1987, a verdade é que no seu decurso houve informação sobre o estado das negociações com a Ferruzzi¹⁴². A valoração destes factos que é feita nos n.ºs 3353 e seguintes do acórdão, conjugada com as outras provas que o Tribunal de Primeira Instância teve ao seu dispor, não enferma de nenhum dos defeitos que pudessem justificar a sua revisão pelo Tribunal de Justiça, pelo que a alegação da Unicem quanto a este ponto é inadmissível.

139 — V. n.ºs 3345, 3353 e 3355 do acórdão recorrido.

140 — V. o n.º 55, ponto 2, da decisão.

141 — V. n.ºs 3286 e 3345 do acórdão.

142 — V. o n.º 27, ponto 5, da decisão.

c) Quanto à obrigação de notificação

215. A Unicem reconhece que não suscitou a questão na primeira instância. O debate que pretende agora abrir é, assim, inadmissível. As competências do Tribunal de Justiça quanto ao recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância limitam-se, segundo se depreende dos artigos 113.º, n.º 2, e 116.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, ao julgamento de direito da solução adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância face aos fundamentos aduzidos pelas partes, sem que seja possível ampliar o objecto da discussão¹⁴³.

216. É verdade que a questão relativa à notificação dos contratos celebrados com a Calcestruzzi foi levantada pela Italcementi e foi respondida nos n.ºs 3380 a 3384 do acórdão recorrido. Mas os processos iniciados pela Unicem e pela Italcementi eram diferentes e apenas foram apensados para efeitos da decisão jurisdicional. Assim, não é lícito que a Unicem se aproprie do processo da Italcementi para criticar o acórdão da primeira instância.

217. Além disso, a controvérsia sobre a interpretação do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 não é de ordem

pública, conceito que está reservado a questões que, pela sua importância para o interesse geral, não estão à disposição das partes nem do órgão jurisdicional, devendo assim ser analisadas como um *prius*, mesmo quando não tenham sido submetidas a discussão.

218. A referida disposição dispensa da obrigação de notificação os acordos em que participem empresas apenas de um país e «*não afetem*»^[144] as importações nem as exportações entre os Estados-Membros». A letra do preceito tira a razão à Unicem dando-a ao Tribunal de Primeira Instância. Para ficar isento não é necessário que o acto tenha por objecto as importações e as exportações, basta que incida sobre estas transacções exteriores. Assim, o comportamento previsto no artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão é um acordo sobre os contratos e as convenções assinados com a Calcestruzzi para lhe fornecer cimento, e desta forma, fazer com que deixasse de o importar da Grécia.

219. Assim, quanto a este ponto, não deve ser dado provimento à reclamação da Unicem.

143 — Entre as decisões mais recentes do Tribunal de Justiça, v. despacho de 14 de Dezembro de 2001, Comissão/Euroalliances e o. [C-404/01 P(R), Colect., p. I-10367, n.º 53].

144 — O sublinhado é meu.

d) Quanto à duração da infracção. Remissão

220. Ao alegar uma contradição na fundamentação do acórdão quanto à duração desta infracção, a Unicem reproduz uma alegação que já tinha formulado na primeira parte deste mesmo fundamento (o décimo segundo), pelo que remeto para as considerações feitas atrás, nos n.ºs 185 a 190.

4) A relação entre as medidas de defesa do mercado italiano e a European Task Force e a deste acordo com o acordo Cembureau [décimo segundo fundamento, terceira parte, primeiro ponto (segunda parte) e quarta parte]¹⁴⁵

a) A posição das partes

i) Quanto à relação entre as medidas e a convenção European Task Force

221. A Unicem afirma que o Tribunal de Primeira Instância se equivocou ao qualificar o acordo relativo aos contratos e

convenções assinados com a Calcestruzzi como acto de execução do acordo da European Task Force. Em seu entender, os referidos contratos e convenções não pretendiam defender o mercado italiano do cimento nem bloquear as importações provenientes da Grécia, mas apenas impedir que a Calcestruzzi o adquirisse no referido país. Tanto é assim que, durante o prazo de vigência dos contratos, as importações gregas aumentaram de forma considerável.

222. A Comissão sustenta que este fundamento não é admissível porque implica um reexame das provas e, por outro lado, também é improcedente pois sugere uma leitura parcial do acórdão recorrido, o qual não enferma nem de contradição nem de erro.

ii) Quanto à relação entre a European Task Force e o princípio Cembureau

223. A Unicem afirma que o Tribunal de Primeira Instância utilizou como prova da sua participação no acordo global Cembureau: a) a intervenção na adopção do acordo de constituição da European Task Force; b) o envolvimento nas medidas de defesa do mercado italiano de cimento; c) a candidatura do Sr. Albert para certos subgrupos de trabalho; e d) a presença na reunião de 17 de Março de 1987. Se não participou naquele acto fundamental, se não existe relação entre as medidas de defesa do mercado italiano e a European

145 — Fundamentos B.4.3.1. e B.4.4. da petição de recurso.

Task Force e se a designação do Sr. Albert, assim como a participação na referida reunião, não demonstram nada, não é possível falar de um mesmo fim contrário à concorrência nem de «unicidade» do acordo Cembureau.

224. A Comissão invoca a inadmissibilidade do fundamento, devido ao seu carácter exclusivamente factual; independentemente do acima referido, há no acórdão recorrido elementos indicativos da relação entre as medidas adoptadas pela Unicem e o acordo Cembureau.

b) Ainda mais sobre a ideia do acordo Cembureau como «acordo único e contínuo». Remissão

225. Este fundamento de recurso tem um aspecto manifestamente inadmissível. As reflexões quanto ao valor probatório dos elementos de facto tomados em consideração pelo Tribunal de Primeira Instância para precisar que a Unicem interveio na constituição da European Task Force, assim como para estabelecer a relação entre as medidas de defesa do mercado italiano e este acordo, não têm cabimento no âmbito deste recurso e já foram respondidas nestas conclusões.

226. A Unicem reconhece que os contratos e convenções que assinou com a Calcestruzzi se destinavam a impedir que esta empresa importasse cimento da Grécia, mas nega que, através deles, pretendesse defender o mercado italiano e bloquear as importações procedentes daquele país. Este argumento é contraditório, porque através daquelas convenções pretendia-se fornecer à Calcestruzzi o cimento que, uma vez suspenso o contrato efectuado com o produtor helénico Titan, esta ia deixar de receber, o que pela sua quantidade (1,5 milhões de toneladas), seria catastrófico para os preços em Itália, segundo se depreende da acta manuscrita da reunião que a European Task Force efectuou em 11 de Fevereiro de 1987¹⁴⁶. É evidente que se tentava defender a estabilidade dos preços no mercado italiano, ameaçada pelas importações em massa que podiam chegar da Grécia.

227. A afirmação anterior não é contrariada pelo facto de, durante os anos de vigência dos contratos com a Calcestruzzi, as importações gregas terem aumentado, uma vez que, tal como acertadamente refere o Tribunal de Primeira Instância, a Calcestruzzi suspendeu os fornecimentos de cimento acordados com a Titan e porque um acordo contrário à livre concorrência é em si mesmo censurável, ainda que na prática não chegue a restringi-la¹⁴⁷.

146 — V. n.º 27, ponto 5, da decisão.

147 — V. n.ºs 3372 e 3373 do acórdão recorrido.

228. Existiam assim fundadas razões para qualificar o acordo sobre os contratos e as convenções com a Calcestruzzi como mais um acordo da estratégia destinada a «eliminar as importações para a Europa Ocidental e, sobretudo para impedir as importações de cimento grego para os Estados-Membros»¹⁴⁸, e segundo os n.ºs 3701 a 3706 do acórdão, para considerar todas práticas descritas no artigo 4.º da decisão como parte de um acordo único e contínuo.

da Unicem que não foram rejeitadas no despacho de 5 de Junho passado.

E. A participação da Unicem no acordo único e contínuo da Cembureau (décimo terceiro fundamento)

229. Neste entendimento, nada impedia o Tribunal de Primeira Instância de considerar as condutas referidas, a constituição e ratificação do acordo Cembureau, assim como a troca periódica de informação sobre os preços posta ao seu serviço, uma vez demonstrado que tinham como objectivo comum o respeito dos mercados nacionais, constituíam um acordo «único e contínuo». Assim o determina a jurisprudência do Tribunal de Justiça referida nos n.ºs 98 a 102 destas conclusões, aplicada correctamente nos n.ºs 4025 a 4417 do acórdão recorrido.

231. Com este fundamento, dividido em quatro partes, a recorrente discute as apreciações do Tribunal de Primeira Instância sobre a sua intervenção no acordo global Cembureau.

1) O elemento objectivo (primeira parte)¹⁴⁹

a) A posição das partes

230. Face ao exposto, proponho que o Tribunal de Justiça julgue inadmissíveis e improcedentes as diferentes partes do décimo segundo fundamento de recurso

232. A Unicem rebate as apreciações do Tribunal de Primeira Instância porque: 1.º) as trocas periódicas de informação sobre os preços eram lícitas e não facilitaram a execução do acordo Cembureau; 2.º) não

148 — V. n.º 53, ponto 9, da decisão.

149 — Fundamento B.5.1 da petição de recurso.

participou na constituição do acordo relativo à European Task Force; e 3.º) não ficou demonstrada a relação dos acordos com a Titan nem dos contratos com a Calcestruzzi, com a European Task Force e com a Cembureau.

2) O elemento subjectivo (segunda parte)

a) A posição das partes

233. Para a Comissão trata-se de criticar a valoração dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância quanto à posição da Unicem, que não pode ser submetida ao controlo do Tribunal de Justiça.

236. A recorrente divide esta parte em quatro pontos.

i) O erro de considerar a Unicem membro directo da Cembureau

b) Uma repetição dos argumentos. Remissões

234. Nesta primeira parte do décimo terceiro fundamento do recurso, a Unicem repete acusações que já expôs.

237. A Unicem considera que existe uma contradição no texto do acórdão da primeira instância ao tê-la incluído como membro directo da Cembureau e, ao mesmo tempo, juntá-la aos associados indirectos. Não seria membro directo porque não participou em nenhuma das reuniões de chefes de delegação. Por outro lado, não tem fundamento utilizar essa posição de associado de primeira linha para reforçar a prova da sua participação no acordo Cembureau.

235. As minhas propostas, em qualquer caso no sentido da sua improcedência, encontram-se em diferentes números destas conclusões. Assim, quanto às trocas de informação sobre os preços, há que voltar aos n.ºs 127 a 149. Quanto à participação da Unicem na constituição da European Task Force, podem consultar-se os n.ºs 155 a 158. Finalmente as minhas considerações sobre a conexão das medidas de defesa do mercado italiano com os acordos European Task Force e Cembureau encontram-se nos n.ºs 225 a 229.

238. A Comissão depois de reiterar que a Unicem põe em causa os factos do litígio, refere que a qualificação de «membro directo» designa as empresas e as associações que fazem parte da Cembureau. Contudo, embora a Unicem integrasse esse grupo, tinha uma posição singular por não ter participado em nenhuma das reuniões de chefes de delegação.

239. A Unicem replica que não discute a sua posição formal na Cembureau, mas apenas a fundamentação insuficiente quando se trata de demonstrar o elemento subjectivo, isto é, o seu conhecimento do fim contrário à concorrência do acordo e das suas medidas de execução. Para a Comissão, ficou demonstrada no acórdão da primeira instância a existência deste elemento subjectivo.

ii) O carácter ilógico da afirmação segundo a qual a Unicem «devia necessariamente saber»

240. A recorrente entende que o simples facto de pertencer a uma associação não atesta o conhecimento da ilicitude de um acordo feito no seu âmbito. Relativamente a outros membros directos da Cembureau, o Tribunal de Primeira Instância deduziu o seu conhecimento da prática ilegal da sua presença nas reuniões em que o acordo foi constituído e não do facto de pertencer à associação.

241. A Comissão alega a inadmissibilidade deste fundamento por se prender com os factos e porque o acórdão recorrido fundamentou adequadamente que os membros indirectos e, por maioria de razão, os directos estavam ao corrente da natureza do acordo.

iii) A deficiência de fundamentação e o carácter inapropriado relativamente à Unicem quanto aos critérios utilizados para os membros indirectos

242. Segundo a Unicem, o Tribunal de Primeira Instância não deu qualquer explicação sobre esta ter aplicado com conhecimento o acordo contrário à concorrência. Quanto aos membros indirectos, teve-se em conta que as associações a que pertenciam participaram nas reuniões de chefes de delegação da Cembureau, nas quais foi constituída e ratificada a convenção, enquanto a Unicem não esteve nem directa nem indirectamente representada. A sua equiparação aos membros indirectos é errada no que diz respeito ao elemento psicológico.

243. A Comissão salienta que a recorrente propõe uma leitura parcial do acórdão na parte em que este assume e analisa a posição singular que ocupava.

iv) Outros indícios utilizados pelo Tribunal de Primeira Instância

244. A Unicem critica também os outros indícios utilizados pela primeira instância para provar o seu conhecimento do carácter ilícito do acordo. Os encontros com empresas que estiveram nas reuniões de chefes de delegação não provam que tivesse conheci-

mento da existência do acordo Cembureau. Os seus contactos com a Italcementi e a Cementir, no âmbito do acordo sobre a Calcestruzzi, não demonstram que tenha tido consciência de que aderira ao acordo global. Finalmente, o telex de 13 de Maio de 1987, também nada prova.

245. A Comissão considera que esta alegação é inadmissível, porque afecta a valoração das provas e a recorrente não apresenta qualquer elemento capaz de demonstrar o carácter errado da argumentação do Tribunal de Primeira Instância.

b) Quanto à apreciação da posição singular da Unicem no acordo Cembureau

246. A inadmissibilidade que, como um chavão, a Comissão repete quanto a este fundamento é descabida, uma vez que a Unicem não põe em causa os factos fixados pelo Tribunal de Primeira Instância, mas sim a valoração jurídica e a fundamentação do acordo sobre a sua participação no denominado acordo único e contínuo Cembureau.

247. Contudo, as alegações da Unicem são improcedentes.

248. Na réplica, a Unicem corrige a sua posição inicial e não refuta a sua qualificação como membro directo da Cembureau, porque tal qualidade não foi determinada pela intervenção em maior ou menor número de reuniões de chefes de delegação da associação, mas sim pela condição formal de sócio¹⁵⁰.

249. Mas a Unicem ocupa no acordo uma posição singular, pois, ainda que sendo membro directo, não participou em qualquer das reuniões dos chefes de delegação em que o acordo contrário à concorrência foi constituído e ratificado pelo que, para provar a sua participação na infracção punida, o Tribunal de Primeira Instância utiliza o mesmo critério de apreciação que aplica às empresas e às associações empresariais chamadas «membros indirectos» (por estarem representadas pelas associações a que pertenciam). Para provar a responsabilidade desta categoria de infractores, baseou-se na sua cooperação numa ou em várias medidas de execução do acordo.

250. Assim, não é verdade que o Tribunal de Primeira Instância tenha considerado unicamente o facto de a Unicem ser

150 — V. o n.º 15, ponto 2, da decisão.

membro directo da Cembureau para afirmar que conhecia a existência e ilicitude do acordo.

directos com representantes de empresas e de associações que estiveram nas reuniões em que o acordo Cembureau foi adoptado e ratificado ¹⁵³;

251. A recorrente participou em várias medidas de execução, em particular, na constituição da European Task Force, nas pressões sobre a Calcestruzzi e no acordo para que esta empresa deixasse de importar cimento grego, pelo que o Tribunal de Primeira Instância considerou que estava a par da existência do acordo global e da sua ilicitude, uma vez que:

1.º) era membro directo da Cembureau ¹⁵¹;

2.º) a European Task Force e as medidas de defesa do mercado italiano prosseguiram, mediante a eliminação das importações de cimento na Europa Ocidental, o mesmo objectivo de respeito dos mercados nacionais que o acordo Cembureau ¹⁵²;

3.º) no âmbito da constituição da European Task Force, manteve contactos

4.º) a Italcementi e Cementir, com as quais se concertou para fazer com que a Calcestruzzi deixasse de importar cimento da Grécia, são membros directos da associação, representados nos referidos encontros ou, pelo menos, em alguns deles ¹⁵⁴; e

5.º) não se podia inferir outra coisa dos termos do telex que a Italcementi, em 13 de Maio de 1987, enviou à Titan relativamente à reunião marcada para o dia 24 seguinte, no Luxemburgo, entre os produtores italianos e a própria Titan, que teve lugar depois da assembleia geral da Cembureau ¹⁵⁵.

252. Como se vê, está muito longe da realidade a afirmação de que a Unicem foi implicada no acordo global devido à sua condição de membro directo da associação.

151 — V. n.º 4104 do acórdão recorrido.

152 — V. n.º 4104, conjugado com os n.ºs 4050 a 4052.

153 — V. primeira parte do n.º 4105.

154 — V. segunda parte do n.º 4105 do acórdão.

155 — V. n.º 4106 do acórdão.

253. Também não é verdade que tenha sido considerada responsável, tal como outros membros da Cembureau, por ter estado «indirectamente» representada nas reuniões de 14 de Janeiro de 1983, de 19 de Março e de 7 de Novembro de 1984, através de associações às quais não pertencia. Em primeiro lugar, não é verdade que tais membros tenham sido responsáveis por este facto; foram-no também pela participação em uma ou várias medidas de aplicação do acordo. Também não tem cabimento afirmar que a implicação da Unicem foi deduzida, de forma irreflectida, pelos mesmos critérios da dos membros indirectos da Cembureau. Para o comprovar, nada mais há a fazer do que ler os n.ºs 4102 a 4106, que acima acabo de analisar, e 4243 a 4247. A análise especial e particular que a sociedade recorrente pretende com este fundamento foi feita no acórdão de que recorre.

254. Não vou aqui repetir a legitimidade da prova através de indícios e da sua aptidão para afastar a presunção de inocência. Basta referir que o Tribunal de Primeira Instância fez, no caso em apreço, uma utilização adequada dessa faculdade para dar factos como demonstrados. Partindo de alguns factos indiscutidos (os contactos com empresas que assistiram às reuniões de chefes de delegação, a participação na constituição da European Task Force, a intervenção juntamente com a Italcementi e a Cementir nas medidas de defesa do mercado italiano e o conteúdo do telex de 13 de Maio de 1987), conclui que a

Unicem conhecia a existência de um acordo global e que a sua intervenção em determinadas práticas e acordos contribuía para a realização dos seus objectivos.

255. Pelo contrário, não tem cabimento a análise isolada de cada um dos elementos de prova apreciados para propor uma valoração alternativa, destacando as eventuais contradições entre os diferentes documentos. Esta abordagem ignora a forma pela qual actuam os órgãos jurisdicionais para fixar os factos do litígio através dos elementos de prova apresentados que tem em conta uma apreciação conjunta do acervo documental e a inter-relação existente entre as diferentes provas.

256. Quanto ao resto, não existe a contradição interna alegada pela recorrente. É verdade que, segundo o n.º 4112 do acórdão recorrido, no âmbito das práticas concertadas franco-italianas, os contactos da Unicem com empresas que participaram no acordo Cembureau não demonstram que conhecesse a sua existência. Mas, existem elementos que distinguem a situação da Unicem da da Buzzi¹⁵⁶ e que, por conseguinte, eliminam a aparente contradição. A Unicem não esteve presente nas reuniões de chefes de delegação, embora fosse membro directo da Cembureau; a Buzzi não participou nem era sócia da

156 — Recorde-se que a empresa recorrente é resultado da fusão entre a Unicem e a Buzzi que, no procedimento administrativo e na primeira instância, actuaram em separado.

associação, sob nenhuma forma. Além disso, os documentos utilizados pela Comissão para demonstrar que as práticas concertadas franco-italianas e o acordo Cembureau prosseguiram o mesmo objectivo não continham indícios do conhecimento do referido acordo por parte da Buzzi, que, como verificámos, existiam em relação à Unicem.

258. Para a Comissão este fundamento é inadmissível porque não identifica com precisão os elementos do acórdão que impugna, embora a fundamentação utilizada seja coerente.

3) A fundamentação (terceira parte)

259. A Unicem replica que as passagens do acórdão criticadas estão perfeitamente identificadas, como o prova o facto de a Comissão se ter defendido quanto ao mérito, referindo, a título de exemplo, o n.º 1698.

a) A posição das partes

257. A recorrente considera que a fundamentação da Comissão relativamente à participação das empresas no acordo Cembureau é circular, devido ao facto de deduzir a ilicitude de determinadas medidas, em si mesmas lícitas, da sua relação com o acordo e por se basear nestas práticas para provar a existência do pacto global de respeito dos mercados nacionais. O Tribunal de Primeira Instância teria cometido o mesmo erro ao ter inferido a sua adesão ao acordo Cembureau da sua participação em algumas medidas de aplicação (refere os n.ºs 1442 e 4066 do acórdão), quando, noutras partes do mesmo acórdão (não precisadas), depreende a sua implicação nessas práticas precisamente dessa adesão ao acordo Cembureau.

b) A inexistência de uma fundamentação circular. Uma nova remissão

260. Na petição de recurso, a Unicem não especificou as passagens do acórdão que contêm uma fundamentação circular. Mais tarde, na réplica, pronunciando-se quanto à inadmissibilidade invocada pela Comissão, impugna todos os números em que se fundamenta a intervenção da Unicem nas medidas de aplicação do acordo Cembureau, citando, como exemplo, o n.º 1698, relativo às trocas periódicas de informação sobre os preços. Contudo, esta referência não sana o defeito inicial.

261. Mais significativo ainda é outro dos seus silêncios. Justificando este fundamento, a Unicem lamenta o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter deduzido a sua implicação nas medidas de execução da sua adesão ao acordo Cembureau, mas não refere qualquer número do acórdão a esse respeito e não o faz porque não existe. O órgão jurisdicional de primeira instância não justificou a sua intervenção nas práticas contrárias à concorrência pelo facto de pertencer ao acordo Cembureau¹⁵⁷.

262. Quanto à sua alusão ao n.º 1698, ficou já explicado, nos n.ºs 140 e 141 destas conclusões, que a mesma não é relevante, recusando-se a pretensa fundamentação circular, pois o Tribunal de Primeira Instância não utilizou a sua intervenção nas trocas de informação sobre os preços como prova da sua participação no acordo Cembureau, nem vice-versa.

4) A duração da infracção (quarta parte)

a) A posição das partes

263. A Unicem insiste no facto de não existir prova da sua participação na infrac-

ção referida no artigo 4.º, n.º 1, da decisão, antes de 17 de Março de 1987, pelo que a eventual duração desta infracção se limitaria ao período compreendido entre essa data e 31 de Maio de 1988.

264. No que diz respeito à infracção descrita do artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão, sustenta que está errada a data de 3 de Abril de 1992. No n.º 4278 do acórdão recorrido reconhece-se que o facto de o acordo sobre a Calcestruzzi ter vigorado até àquela data, não significa que o acordo Cembureau tivesse imperado até então. Na falta de provas documentais directas, a data final desta infracção também se deveria fixar em 31 de Dezembro de 1988.

265. Para a Comissão, este fundamento além de ser inadmissível, por estar relacionado com a apreciação das provas, é também improcedente. Relativamente ao acordo de constituição da European Task Force remete-se para o alegado na resposta ao décimo primeiro fundamento, quinta parte, que não foi admitido no despacho de 5 de Junho de 2002.

b) Um fundamento inadmissível e outra remissão

266. O Tribunal de Justiça rejeitou, por serem manifestamente inadmissíveis, as

¹⁵⁷ — V. n.ºs 2678 a 2683 do acórdão, relativamente à sua intervenção na constituição da European Task Force. Quanto à sua participação nas pressões à Calcestruzzi, podem consultar-se os n.ºs 3246 a 3253. Por último, no que diz respeito ao acordo com a Italcementi e a Cementir, destinado a fazer com que o referido produtor de betão deixasse de importar cimento da Grécia, as explicações do Tribunal de Primeira Instância retiram-se dos n.ºs 3350 e segs. do acórdão.

alegações da Unicem sobre o período de vigência da infracção definida no artigo 4.º, n.º 1, da decisão, pelo que esta quarta parte do décimo terceiro fundamento não deve, pelos mesmos motivos, ser admitida. Remeto, assim, para o n.º 167, conjugado com os n.ºs 159 e 160, do despacho de 5 de Junho de 2002.

267. Por outro lado, já analisei a duração da infracção contida no artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão, nos n.ºs 189 e 190 destas conclusões, onde analisei a improcedência da alegação da Unicem.

268. Há que desatender, pois, o décimo terceiro fundamento deste recurso por ser em parte inadmissível e em parte improcedente.

3. *Quanto à coima (terceiro grupo de fundamentos)*

269. A recorrente dedica o décimo quarto a vigésimo primeiro fundamentos do recurso a criticar a análise efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância relativamente à coima aplicada pela Comissão. De todos estes fundamentos apenas o décimo quarto, décimo quinto e décimo oitavo foram levados à fase oral do processo, tendo os outros cinco sido rejeitados no referido despacho de 5 de Junho passado.

A. A posição das partes

1) Uma única coima para as diferentes infracções (décimo quarto fundamento)

270. Segundo a Unicem, a confirmação no acórdão da primeira instância da decisão da Comissão que aplica uma só sanção pela participação no acordo único Cembureau, desrespeita o n.º 2, do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e viola os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

271. A Comissão não encontra na primeira instância uma alegação como a que é agora deduzida pela Unicem. Assim, o fundamento não seria admissível por colocar uma nova questão. De acordo com a jurisprudência, o facto de ser aplicada uma única coima respeita a referida disposição, uma vez que as diferentes infracções se inserem numa coerente estratégia de conjunto.

272. A recorrente replica que na primeira instância manifestou as suas dúvidas quanto à condenação numa única coima, argumentando que os princípios da igualdade e da proporcionalidade exigem que se tome em consideração a gravidade das infracções cometidas e o diferente papel desempenhado por cada uma das empresas. Não pode portanto falar-se de um novo fundamento.

2) Uma única coima independentemente do número de infracções e da sua gravidade (décimo quinto fundamento)

acórdão recorrido, compreendida entre 17 de Março de 1987 e 31 de Dezembro de 1988.

273. A Unicem lamenta que o Tribunal de Primeira Instância apenas tenha reduzido o montante da coima aplicada em função da redução do período da sua participação no acordo Cembureau. Deveria também ter-se tomado em conta que não participou noutras infracções punidas na decisão, valorando a sua ausência das reuniões em que se adoptou o acordo e a sua intervenção marginal nas medidas de execução.

276. A Comissão remete para o exposto acerca do período de vigência das infracções.

B. O montante da coima e a duração da infracção. Um fundamento não autónomo

274. A Comissão invoca a inadmissibilidade destas alegações devido ao seu carácter factual e à sua falta de fundamento já que, em seu entender, o Tribunal de Primeira Instância apreciou correctamente a posição relativa da Unicem no acordo Cembureau.

277. Convém precisar que a determinação do montante da coima em função da duração da intervenção da Unicem no acordo Cembureau é uma questão acessória dos fundamentos em que se discute o período da sua cooperação nas diferentes infracções e, consequentemente, no acordo global, pelo que deve igualmente ser desatendida.

3) Cálculo errado da coima relativamente ao erro relativo à duração da infracção (décimo oitavo fundamento)

C. Os critérios utilizados pela Comissão para a aplicação das coimas

275. Segundo a Unicem, a sanção deveria ser calculada em função de uma duração da infracção muito inferior à determinada no

278. Para a compreensão das alegações expostas, há que referir a estrutura da decisão e os critérios invocados para a punição.

279. Na decisão são referidos dois mercados diferenciados, o do cimento cinzento e o do cimento branco. Relativamente ao primeiro, o artigo 1.º imputa a adopção do acordo Cembureau, pelo qual se acordou o respeito dos mercados nacionais e a regulação das transferências de cimento de um país para outro. Os artigos 2.º a 6.º referem condutas, bilaterais ou multilaterais, destinadas a executar ou a facilitar a execução desse acordo «único e contínuo» ou a remover os obstáculos que se pudessem opor à sua eficácia, como por exemplo, a chamada «ameaça grega». O artigo 7.º refere condutas contrárias à concorrência no âmbito do cimento branco.

280. A Comissão determinou sanções separadas para as infracções relativas a cada um desses mercados ¹⁵⁸.

281. No que se refere ao mercado do cimento cinzento, o único em que imputa à Unicem práticas contra a concorrência, decidiu não punir cada comportamento isolado e aplicou uma coima global a cada empresa, dada a inter-relação entre o acordo Cembureau e todas as suas medidas de aplicação ¹⁵⁹. Esta forma de proceder é

legítima e tem o seu fundamento no poder da Comissão de se pronunciar sobre várias infracções numa única decisão ¹⁶⁰.

282. Considerou ainda que todas as empresas e associações destinatárias da decisão aderiram ao acordo Cembureau, pormenorizando os elementos que determinaram a participação de cada uma. Assim, a Unicem aderiu, na qualidade de membro da Cembureau, ao acordo ou princípio de respeito dos mercados nacionais no momento em que foi debatido e aprovado, cooperando na adopção de medidas e acordos destinados a completá-lo por forma a contribuir para a sua aplicação ¹⁶¹.

283. «Contudo, tomou em consideração, no âmbito desta conclusão de carácter geral, o papel desempenhado por cada empresa na conclusão do acordo» e nas medidas e disposições acordadas para o completar e aplicar. Também ponderou a duração de umas e outras ¹⁶².

160 — V. acórdão Suiker Unie e o/Comissão, já referido, n.º 111. Quanto à determinação do montante das coimas em casos de infracções complexas, v. David, E., «La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 36(3), Julho-Setembro de 2000, pp. 511 a 545.

161 — V. decisão, n.º 65, ponto 3, alínea a), e ponto 9, alínea a), primeiro travessão.

162 — N.º 65, ponto 9, primeiro parágrafo, da decisão. V. também n.º 4950 do acórdão. A Comissão «fixou uma coima global para cada empresa relativamente à sua participação no acordo ou princípio Cembureau e nas medidas de aplicação desse acordo» (n.º 65, ponto 8, segundo travessão).

158 — V. n.º 65, ponto 7, da decisão.

159 — V. n.º 65, ponto 8, primeiro travessão, da decisão.

284. De acordo com o exposto, separou dois grupos de empresas e associações. Por um lado, as que participaram no acordo Cembureau e, por outro, o resto das empresas, com uma intervenção menos decisiva, de menor gravidade ¹⁶³.

285. Dentro da primeira categoria, a Comissão distinguiu três subgrupos: 1) o grupo constituído pelas empresas e associações que participaram directamente, enquanto membros da Cembureau, na aprovação do acordo de respeito dos mercados nacionais bem como nas medidas de protecção directa desses mercados, grupo em que incluiu a Unicem; 2) um segundo subgrupo formado pelas empresas que assumiram, através dos seus mais altos dirigentes, a função de chefes de delegação junto da Cembureau quer na altura em que o acordo ou princípio de respeito dos mercados nacionais foi concluído quer durante o período da sua execução; 3) o último, composto pelas sociedades que intervieram em medidas de aplicação do acordo destinadas a proteger os mercados nacionais ¹⁶⁴.

286. Na segunda categoria também distinguiu três tipos de responsáveis: 1) as empresas que apenas contribuíram para canalizar para países terceiros a produção excedentária; 2) as que, não obstante terem

colaborado na protecção directa dos mercados nacionais, tentaram eximir-se à execução do acordo Cembureau; e 3) a sociedade Ciments luxembourgeois que, apesar de ser membro directo da associação e de ter participado nas reuniões dos chefes de delegação durante as quais o acordo ou princípio Cembureau foi concluído, não se associou a qualquer medida de execução ¹⁶⁵.

287. A Comissão aplicou às empresas e associações pertencentes à primeira categoria sanções no valor de 4% dos respectivos volumes de negócios no mercado do cimento cinzento em 1992. As referidas na segunda categoria foram punidas com uma coima de 2,8% do mesmo parâmetro ¹⁶⁶.

288. O Tribunal de Primeira Instância julgou parcialmente procedente o recurso da Unicem uma vez que, para quantificar a coima, a Comissão considerou que tinha participado no acordo Cembureau durante 122 meses, embora só tivessem sido provados 67 ¹⁶⁷, pelo

163 — N.º 65, ponto 9, alíneas a) e b), da decisão.

164 — N.º 65, ponto 9, alínea a), da decisão.

165 — N.º 65, ponto 9, alínea b), da decisão.

166 — V. a carta enviada pela Comissão ao Tribunal de Primeira Instância em 7 de Julho de 1998, em particular os n.ºs 2 e 3. Também os n.ºs 4738, 4957 e 4963 do acórdão recorrido.

167 — V. n.ºs 4807 a 4814 do acórdão, em concreto, o oitavo travessão deste último número.

que reduziu proporcionalmente o montante da coima ¹⁶⁸.

289. A este modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância, a recorrente atribui a violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e dos princípios da igualdade e da proporcionalidade da aplicação das coimas.

290. Este fundamento, assim formulado, é inadmissível, pois reproduz os argumentos expostos na petição, aos quais se deu resposta nos n.ºs 4965 a 4969 do acórdão recorrido, que remetem para os n.ºs 4753 a 4766. A Unicem nada alega de novo, neste fundamento, que não tenha sido objecto de debate e de decisão no processo de primeira instância. Aproveita o facto de o Tribunal de Primeira Instância aplicar um critério de quantificação das coimas igual ao da Comissão para reproduzir uma discussão que não é, na realidade, crítica do acórdão recorrido mas sim do procedimento administrativo punitivo.

D. O respeito pelos princípios da proporcionalidade e da igualdade

291. Estas alegações são também improcedentes.

292. A sanção tem uma dupla finalidade: repressiva e dissuasiva. Pretende punir uma conduta e demover os autores, além de outros eventuais infractores, da prossecução de comportamentos contra a concorrência. Deve, pois, ser apropriada para esses fins, mantendo o equilíbrio adequado para que a coima retribua a conduta objecto da sanção e, ao mesmo tempo, seja exemplar.

293. No primeiro aspecto, o retributivo, como corolário do princípio da intransmissibilidade das penas, a sanção deve ser proporcional à gravidade da infracção e às restantes circunstâncias, subjectivas e objectivas, que se verifiquem em cada caso. Por isso, o artigo 15.º, n.º 2, *in fine*, do Regulamento n.º 17, dispõe que o montante da coima seja fixado tendo em conta a gravidade da infracção e, sendo caso disso, a sua duração.

294. O Tribunal de Justiça declarou que a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos tais como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, acrescentando que não existe uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios ¹⁶⁹.

168 — V. n.º 4815 e o oitavo travessão do n.º 19 da parte decisória do acórdão recorrido.

169 — V. acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique diffusion française e o./Comissão* (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 120), e de 17 de Julho de 1997, *Ferriere Nord/Comissão* (C-215/95 P, Colect., p. I-4411, n.º 33); v. também o despacho de 25 de Março de 1996, *SPO e o./Comissão* (C-137/95 P, Colect., p. I-1611, n.º 54).

295. Creio que existem três critérios centrais para essa apreciação: a natureza da infracção, o impacto na concorrência e a delimitação geográfica do mercado afectado; cada um analisado numa dimensão objectiva, a da própria infracção, e noutra subjectiva, a da empresa responsável¹⁷⁰.

296. É desse modo que deve ser apreciado o conteúdo das condutas contra a concorrência, a extensão do mercado sobre o qual incidem e, muito em especial, o prejuízo sofrido pela ordem pública económica, para o que não são despidiendos os dados como a duração da prática proibida, o carácter material do mercado em causa, o número e a intensidade das medidas de aplicação levadas a cabo.

297. No plano subjectivo, o das empresas responsáveis, surgem circunstâncias como a da sua importância relativa ou da sua quota de mercado no sector económico em causa, bem como a reiteração na prossecução de condutas contrárias à concorrência.

298. A exigência de que a sanção seja proporcional à infracção tem como consequência que, quando uma infracção tiver sido cometida por várias pessoas¹⁷¹, se deva analisar, utilizando os parâmetros referidos, a gravidade relativa da participação de cada uma¹⁷². É um imperativo do princípio da igualdade, que exige que a coima seja idêntica para todas as empresas na mesma situação e impede que as que se encontram em situação diferente sejam punidas com sanções semelhantes.

299. O Tribunal de Primeira Instância assim procedeu ao ratificar e aplicar os critérios utilizados pela Comissão para fixar o montante das coimas. Esses critérios, longe de corresponderem a uma classificação arbitrária das sociedades e associações responsáveis, são o resultado de uma análise detalhada da participação e do comportamento de cada uma. Uma boa prova disso são os pontos 3, 5 e 9 do n.º 65 da decisão, que, importa não esquecer, inclui uma extensa primeira parte, de que constam os factos, em que é descrita a intervenção das diversas entidades e associações agrupadas.

300. Todos os comportamentos, que necessariamente não são idênticos, prosseguiram

170 — Na obra já referida, David, E., afirma que «la gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise» (p. 522).

171 — As infracções ao artigo 81.º CE pressupõem, por definição, um comportamento colectivo.

172 — V. os acórdãos, já referidos, Suiker Unie e o./Comissão, n.º 623, e Hercules Chemicals/Comissão, n.º 110.

o mesmo objectivo contra a concorrência, pelo que, para efeitos da sanção, podiam ser agrupados pela respectiva gravidade em uma ou mais categorias em função dos efeitos no mercado e dos efeitos na livre concorrência.

301. Nada existe de irregular nesta forma de proceder, uma vez que, como já referi, a gravidade de uma infracção pode ser apreciada tendo em conta a lesão que as condutas causaram na ordem pública económica. Tal como refere o Tribunal de Primeira Instância no n.º 4966 do acórdão recorrido, cada uma das empresas que participaram no acordo Cembureau «procurou garantir o respeito dos mercados internos através das medidas que considerou necessárias em função, nomeadamente, dos seus interesses comerciais e da situação geográfica do seu mercado natural. O facto de ter tomado parte, tendo em conta estes elementos, num número limitado de medidas ilícitas não traduz, assim, uma adesão menos forte ao acordo Cembureau e, portanto, uma responsabilidade menos grave». Relativamente ao prejuízo para a concorrência, a sua situação era a mesma.

302. Assim, a alegação da Unicem, ao dar a entender que outras empresas incluídas também no grupo das de maior responsabilidade tiveram uma participação mais intensa no acordo, é descabida, mesmo se se considerar que a sua intervenção não foi dolosa e sim negligente, uma vez que as infracções cometidas por imprudência não são, para a concorrência, menos graves do que as cometidas deliberadamente. O Tribunal de Primeira Instância não tinha que

verificar, para determinar a gravidade da infracção, se esta tinha sido cometida propositadamente ou por negligência¹⁷³. Em matéria de concorrência, o grau de culpa é pressuposto da sanção, mas não critério de fixação do montante da coima¹⁷⁴.

303. Pela mesma razão, o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter anulado algumas disposições da decisão, por não ter ficado provada a participação da Unicem nas condutas descritas, não implica necessariamente uma redução da coima aplicada, uma vez que o factor decisivo foi a participação e a contínua adesão ao acordo Cembureau, mediante a intervenção numa ou mais das suas medidas de aplicação dirigidas à protecção directa dos mercados nacionais¹⁷⁵.

304. É assim, irrelevante que o Tribunal de Primeira Instância e anteriormente a Comissão tenham podido errar ao incluir a Unicem no primeiro subgrupo da primeira categoria de empresas quando, por não ter participado na celebração do acordo Cembureau, deveria ter sido

173 — V. despacho SPO e o/Comissão, já referido, n.ºs 55 e 57.

174 — De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 trata de duas questões distintas. Por um lado, determina as condições que devem estar reunidas para que a Comissão possa aplicar coimas (condições de aplicação); entre essas condições, figura a relativa ao carácter deliberado ou negligente da infracção (primeiro parágrafo). Por outro lado, regulamenta a determinação do montante da coima, que é função da gravidade e da duração da infracção (despacho SPO e o/Comissão, já referido, n.º 53, e acórdão Ferriere Nord/Comissão, também já referido, n.º 32).

175 — V. n.ºs 4975 e 4976 do acórdão.

incluída no terceiro. Como refere a instituição recorrida, para fins punitivos, o elemento decisivo é a integração numa ou noutra categoria, pois a divisão de cada uma em três subgrupos tem um objectivo meramente sistemático, uma vez que todas as empresas incluídas numa, fosse qual fosse a subdivisão em que foram integradas, procuraram com a mesma intensidade garantir o respeito pelos mercados nacionais. Relativamente às empresas incluídas na primeira categoria, por força da adesão directa ao acordo Cembureau e da aplicação de determinadas medidas de execução, estas tiveram uma influência directa na compartimentação dos referidos mercados¹⁷⁶.

mercados, foram considerados mais graves, enquanto os descritos nos artigos 5.º e 6.º, com «efeitos menos directos»¹⁷⁸, podiam ser qualificados como menos graves.

306. Por conseguinte, se os critérios da Comissão estão em conformidade com os princípios que presidem à aplicação das coimas, a redução a que o Tribunal de Primeira Instância procedeu, ao seguir regras iguais, também respeitou esses critérios.

307. Tendo em conta as considerações expostas, os fundamentos décimo quarto e décimo quinto devem ser julgados inadmissíveis e improcedentes.

308. A rejeição de todos os fundamentos de recurso leva a que seja negado provimento na íntegra ao presente recurso.

305. Também não existe violação do princípio da igualdade se o termo de comparação forem as sociedades incluídas no grupo de «responsabilidade menos grave». As razões expostas pela Comissão, que o Tribunal de Primeira Instância aceitou¹⁷⁷, para distinguir as duas categorias de empresas correspondem a um critério objectivo e razoável como o do efeito das condutas na concorrência e, em particular, na divisão e separação dos mercados nacionais. Deste modo, os comportamentos descritos nos artigos 2.º, 3.º e 4.º da decisão, na medida em que tinham por fim a protecção directa dos referidos

V — Despesas

309. Tendo em conta o pedido da Comissão, as despesas resultantes da tramitação do presente recurso devem ser impostas à Unicem, nos termos do disposto no artigo 122.º, primeiro parágrafo, conjugado com o artigo 69.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

176 — V. n.ºs 4952 e 4966 do acórdão.

177 — V. n.º 65, ponto 9, da decisão e n.º 4968 do acórdão.

178 — N.º 4968, *in fine*, do acórdão recorrido.

VI — Conclusão

310. Tendo em conta as considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que:

- 1) Julgue improcedentes na íntegra os fundamentos do recurso interposto pela Buzzi Unicem SpA que não foram rejeitados no despacho de 5 de Junho de 2002.
- 2) Confirme o acórdão recorrido no que diz respeito à referida empresa.
- 3) Condene a sociedade recorrente nas despesas resultantes da tramitação deste recurso.