



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

27 de setembro de 2012 *

«Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Mercado neerlandês do betume rodoviário — Decisão que declara uma infração ao artigo 81.º CE — Imputabilidade do comportamento ilícito — Controlo conjunto — Coimas — Circunstâncias agravantes — Papel de instigador e de líder — Reincidência — Duração da infração — Direitos de defesa — Plena jurisdição — Comportamento da empresa no procedimento administrativo»

No processo T-343/06,

Shell Petroleum NV, com sede em Haia (Países Baixos),

The Shell Transport and Trading Company Ltd, com sede em Londres (Reino Unido),

Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV, com sede em Roterdão (Países Baixos),

representadas inicialmente por O. Brouwer, W. Knibbeler e S. Verschuur e, em seguida, por Brouwer, Knibbeler e P. van den Berg, advogados,

recorrentes,

contra

Comissão Europeia, representada por F. Castillo de la Torre, na qualidade de agente, assistido por L. Gyselen, advogado,

recorrida,

que tem por objeto, a título principal, um pedido de anulação da Decisão C(2006) 4090 final da Comissão, de 13 de setembro de 2006, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º [CE] [Processo COMP/F/38.456 — Betume (Países Baixos)], na parte relativa às recorrentes, e, a título subsidiário, a redução do montante da coima que lhes foi aplicada pela referida decisão,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção),

composto por: M. Jaeger, presidente, N. Wahl e S. Soldevila Fragoso (relator), juízes,

secretário: N. Rosner, administrador,

vistos os autos e após as audiências de 25 de maio de 2011 e de 26 de janeiro de 2012,

profere o presente

* Língua do processo: inglês.

Acórdão

Factos na origem do litígio

1. As recorrentes

- 1 O grupo Shell, que reúne sociedades da área da energia e da petroquímica a nível mundial, era detido, até 2005, pelas duas sociedades-mãe do grupo, a Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij NV (a seguir «KNPM») e a The Shell Transport and Trading Company plc (a seguir «STT plc»). Estas detinham, respetivamente, 60% e 40% da totalidade da sociedade The Shell Petroleum Company Ltd (a seguir «SPCo») e da totalidade da sociedade Shell Petroleum NV (a seguir «SPNV»), sociedade *holding* que, por sua vez, detinha a totalidade das participações da Shell Nederland BV. Esta última detinha 100% da sociedade Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV (a seguir «SNV»), que é a entidade jurídica do grupo Shell encarregada da comercialização do betume rodoviário nos Países Baixos. A sociedade Shell International BV, com sede nos Países Baixos, é uma das sociedades do grupo, encarregada de dar apoio a todo o grupo, às sociedades *holding* e às suas sociedades operacionais, nomeadamente no domínio jurídico.
- 2 Em 20 de julho de 2005, a sociedade Royal Dutch Shell plc, com sede na Haia (Países Baixos), adquiriu a totalidade das participações das duas antigas sociedades-mãe do grupo, a KNPM e a STT plc. A KNPM foi totalmente integrada na sociedade SPNV e já não existe como entidade jurídica. Todavia, a sociedade-mãe Royal Dutch Shell plc detém a quase totalidade das participações da The Shell Transport and Trading Company Ltd (a seguir «STT»), que sucedeu à STT plc. A Shell Nederland continua a ser a sociedade-mãe, detendo 100% da SNV.

2. Procedimento administrativo

- 3 Por carta de 20 de junho de 2002, a sociedade British Petroleum (a seguir «BP») informou a Comissão das Comunidades Europeias da existência de um possível cartel no mercado do betume rodoviário nos Países Baixos e apresentou um pedido com vista a obter imunidade em matéria de coimas, nos termos da comunicação da Comissão, de 19 de fevereiro de 2002, relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO C 45, p. 3, a seguir «comunicação sobre a cooperação»).
- 4 Em 1 e 2 de outubro de 2002, a Comissão procedeu a inspeções inopinadas, nomeadamente nas instalações da SNV. A Comissão enviou pedidos de informações a várias empresas, entre as quais a SNV, em 30 de junho de 2003, pedidos esses a que esta respondeu em 28 de agosto de 2003.
- 5 Em 8 de agosto de 2003, representantes da Shell International reuniram com os serviços da Comissão para os informar da sua intenção de levar a cabo uma investigação interna sobre o assunto e de transmitir à Comissão os resultados dessa investigação. Não foi fornecida qualquer informação nessa reunião, nem imediatamente após essa reunião. Em 10 de outubro de 2003, a SNV apresentou um pedido de aplicação da comunicação sobre a cooperação. A este respeito, a Comissão referiu que só seria útil ouvir o autor da declaração anexa a esse pedido se aquele estivesse em condições de facultar elementos suplementares relativamente aos que constavam da sua declaração. Este empregado acabou por não ser ouvido.
- 6 Em 10 de fevereiro e 5 de abril de 2004, a Comissão enviou novos pedidos de informações, aos quais a Shell International respondeu em 25 de fevereiro e 27 de abril de 2004.

- 7 Em 18 de outubro de 2004, a Comissão desencadeou um processo nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1), e aprovou uma comunicação de acusações, enviada em 19 de outubro de 2004 a várias sociedades, entre as quais a SNV, a SPNV, a KNPM e a STT plc.
- 8 Em 12 de janeiro de 2005, a SNV solicitou o acesso integral a todos os documentos juntos ao processo da Comissão após o envio da comunicação de acusações, nomeadamente às respostas das outras empresas à comunicação de acusações. Em 22 de fevereiro de 2005, a Comissão, na pessoa do auditor responsável pelo processo, indeferiu esse pedido pelo facto de as informações fornecidas nesta fase, em princípio, não fazerem parte do processo de instrução, tal como foi definido na Comunicação relativa às regras de acesso ao processo da Comissão nos casos de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, dos artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (JO 2005, C 325, p. 7, a seguir «Comunicação relativa às regras de acesso ao processo»), e de aqueles poderem, de qualquer forma, ser-lhe transmitidos se a Comissão viesse a utilizá-los na sua decisão. Em 20 de abril de 2005, a SNV renovou o seu pedido e solicitou o acesso àqueles documentos antes da realização das audições. Em 4 de maio de 2005, o referido auditor renovou o indeferimento da Comissão. No entanto, em 24 de maio de 2006, a Comissão permitiu à Royal Dutch Shell, à SPNV e à SNV o acesso a passagens da resposta da sociedade Koninklijke Volker Wessels Stevin (a seguir «KWS»), nas quais pretendia basear a sua decisão, relativas aos contactos ocorridos entre a SNV e a KWS antes de 1 de abril de 1994. Em 12 de junho de 2006, a Royal Dutch Shell, a SPNV e a SNV suscitaram objeções quanto ao carácter parcial da divulgação e solicitaram novamente o acesso a todas as respostas, na íntegra.
- 9 Em 8 de maio de 2006, a Comissão enviou um novo pedido de informações à SNV, à SPNV e à Royal Dutch Shell, a fim de obter informações acerca do volume de negócios destas relativamente ao betume rodoviário, incluindo todos os produtos betuminosos especiais. Em 23 de maio de 2006, estas três sociedades forneceram a informação sobre o montante do seu volume de negócios, incluindo no que diz respeito ao Mexphalte C, o único betume especial que, na opinião destas sociedades, podia estar relacionado com construção rodoviária, especificando, no entanto, que esse produto não constituía o objeto do cartel.
- 10 Em 23 de dezembro de 2005, o grupo Shell informou a Comissão sobre a alteração da sua estrutura, uma vez que, a partir de então, passou a ser detido, na totalidade, pela Royal Dutch Shell. Em 23 de maio de 2006, o grupo chamou a atenção da Comissão para o facto de esta sociedade não existir durante o período da infração e de, tendo sido criada em 2002 com a firma Forthdeal Ltd e não fazendo, nessa altura, de forma nenhuma, parte do grupo Shell, e tendo sido transformada na Royal Dutch Shell em outubro de 2004, não poder ser considerada sucessora de uma das sociedades do grupo Shell. Sustentou, além disso, que, dado que a Royal Dutch Shell adquiriu todas as ações da SPNV após o termo do período da infração, não podia ser-lhe imputada a responsabilidade pela infração cometida pela SNV.

3. Decisão impugnada

- 11 Após a audição das sociedades em causa, em 15 e 16 de junho de 2005, a Comissão adotou, em 13 de setembro de 2006, a decisão C(2006) 4090 final, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º [CE] [Processo COMP/F/38.456 — Betume (Países Baixos)] (a seguir «decisão impugnada»), de que foi publicado um resumo no *Jornal Oficial da União Europeia* de 28 de julho de 2007 (JO L 196, p. 40) e que foi notificada às recorrentes, SNV, SPNV e STT, em 25 de setembro de 2006.

- 12 A Comissão indicou, no artigo 1.º da decisão impugnada, que as sociedades destinatárias da decisão tinham participado numa infração única e continuada ao artigo 81.º CE, que consistiu na fixação conjunta e regular, durante os períodos em causa e para a venda e a compra de betume rodoviário nos Países Baixos, do preço bruto, de um desconto uniforme sobre o preço bruto para os construtores rodoviários que participaram no cartel (a seguir «grandes construtores» ou «W5») e de um desconto máximo reduzido sobre o preço bruto para os outros construtores rodoviários (a seguir «outros construtores» ou «pequenos construtores»).
- 13 As recorrentes foram consideradas corresponsáveis por esta infração, durante o período de 1 de abril de 1994 a 15 de abril de 2002, tendo-lhes sido aplicada solidariamente uma coima de 108 milhões de euros.
- 14 No respeitante ao cálculo do montante das coimas, a Comissão qualificou a infração de muito grave, dada a sua natureza, embora o mercado geográfico em causa fosse limitado (considerando 316 da decisão impugnada).
- 15 A fim de ter em conta a importância específica do comportamento de cada empresa implicada no cartel e o seu impacto real na concorrência, a Comissão distinguiu as empresas em causa em função da sua importância relativa no mercado em causa, medida pelas respetivas quotas de mercado, e agrupou-as em seis categorias. Com base nas considerações precedentes, a Comissão fixou para as recorrentes um montante de partida de 15 milhões de euros (considerando 322 da decisão impugnada). Aplicou-lhes igualmente um coeficiente de multiplicação de 2, para garantir o efeito dissuasor da coima, tendo em conta a dimensão e o volume de negócios do grupo (considerando 323 da decisão impugnada).
- 16 No que diz respeito à duração da infração, a Comissão considerou que as recorrentes cometeram uma infração de longa duração, já que foi superior a cinco anos, tendo fixado a sua duração total em oito anos, de 1 de abril de 1994 a 15 de abril de 2002, agravando assim o montante de partida em 80% (considerando 326 da decisão impugnada). O montante de base da coima, determinado em função da gravidade e da duração da infração, foi assim fixado em 54 milhões de euros para as recorrentes (considerando 335 da decisão impugnada).
- 17 A Comissão teve em conta várias circunstâncias agravantes no que respeita às recorrentes. Em primeiro lugar, considerou que, uma vez que a empresa Shell tinha sido objeto de decisões anteriores da Comissão em processos relativos a cartéis, em 1986 [(Decisão da Comissão de 23 de abril de 1986, processo IV/31.149 — Polipropileno (JO L 230, p. 1, a seguir «decisão Polipropileno»)] e em 1994 [(Decisão da Comissão de 27 de julho de 1994, processo IV/31.865 — PVC II (JO L 74, p.14, a seguir «decisão PVC II»)], o montante de base da coima devia ser agravado em 50% por reincidência (considerandos 336 a 338 da decisão impugnada). Em segundo lugar, considerou que as recorrentes desempenharam um papel de instigadoras e de líderes do cartel, o que justificava um novo agravamento de 50% no montante de base da coima (considerandos 342 a 349 da decisão impugnada).
- 18 A Comissão considerou, por outro lado, que não havia lugar à aplicação de qualquer circunstância atenuante relativamente às recorrentes, porquanto o facto de a infração ter terminado antes da abertura da investigação não justificava outra recompensa para além da limitação da duração do período da infração (considerandos 361 a 363 da decisão impugnada).
- 19 A Comissão rejeitou ainda o pedido das recorrentes para que fosse tida em consideração, como circunstância atenuante, a sua cooperação efetiva, constituída pelas respostas aos pedidos de informações, pelo reconhecimento dos factos e pela implementação de políticas de sanções e de prevenção nesta matéria (considerandos 367 a 371 da decisão impugnada).

- 20 Por último, a Comissão recusou reduzir o montante da coima imposta às recorrentes por aplicação da comunicação sobre a cooperação, considerando que as informações que aquelas forneceram não possuíam um valor acrescentado significativo (considerandos 394 a 396 da decisão impugnada).

Tramitação processual e pedidos das partes

- 21 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 1 de dezembro de 2006, as recorrentes interpuseram o presente recurso.
- 22 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Sexta Secção) decidiu dar início à fase oral e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.º do seu Regulamento de Processo, convidou as partes a apresentar certos documentos e colocou-lhes questões. As partes deram cumprimento a estes pedidos no prazo fixado.
- 23 As partes foram ouvidas nas suas alegações e nas suas respostas às questões orais colocadas pelo Tribunal na audiência de 25 de maio de 2011.
- 24 Uma vez que um dos membros da Sexta Secção ficou impedido, o presidente do Tribunal Geral designou-se a si próprio, em aplicação do artigo 32.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, para completar a Secção.
- 25 Por despacho de 18 de novembro de 2011, o Tribunal Geral (Sexta Secção), na sua nova composição, reabriu a fase oral do processo e as partes foram informadas de que seriam ouvidas por ocasião de nova audiência.
- 26 As partes foram ouvidas na audiência realizada em 26 de janeiro de 2012.
- 27 A SPNV e a STT concluíram pedindo que o Tribunal de digne:
- a título principal, anular a decisão impugnada na parte em que se lhes aplica;
 - a título subsidiário, anular parcialmente a decisão impugnada na parte em que a Comissão conclui que violaram o artigo 81.º CE entre 1 de abril de 1994 e 19 de fevereiro de 1996 e reduzir o montante da coima que lhes foi aplicada;
 - a título subsidiário, reduzir o montante da coima que lhes foi aplicada na decisão impugnada;
 - condenar a Comissão nas despesas, incluindo as despesas relacionadas com o pagamento integral ou parcial da coima ou com a constituição de uma garantia bancária;
 - ordenar todas as outras medidas que o Tribunal considere adequadas.
- 28 A SNV concluiu pedindo que o Tribunal de digne:
- anular parcialmente a decisão impugnada na parte em que a Comissão conclui que violou o artigo 81.º CE entre 1 de abril de 1994 e 19 de fevereiro de 1996 e reduzir o montante da coima que lhe foi aplicada;
 - reduzir o montante da coima que lhe foi aplicada na decisão impugnada;
 - condenar a Comissão nas despesas, incluindo as despesas relacionadas com o pagamento integral ou parcial da coima ou com a constituição de uma garantia bancária;

— ordenar todas as outras medidas que o Tribunal considere adequadas.

29 A Comissão concluiu pedindo que o Tribunal de digne:

— julgar o recurso improcedente;

— condenar as recorrentes nas despesas.

Questão de direito

30 Em apoio dos recursos interpostos, as recorrentes apresentam quatro fundamentos. Assim, acusam a Comissão de ter cometido erros de facto e de direito ao imputar à SPNV e à STT (anteriormente STT plc) a infração cometida pela SNV, de ter violado uma formalidade substancial e os direitos de defesa que lhes assistiam ao recusar-se a transmitir-lhes todas as respostas das outras empresas à comunicação de acusações, de ter cometido erros de facto e de direito no cálculo do montante de base da coima e na determinação da duração da infração e, por último, de ter considerado a SNV instigadora e líder do cartel e de ter aumentado, por reincidência, o montante da coima que lhes foi aplicada.

1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo aos erros de direito e aos erros de apreciação na imputação da infração às sociedades-mãe

Quanto aos erros de direito

Argumentos das partes

31 Em primeiro lugar, as recorrentes sustentam que a Comissão cometeu um erro de direito ao considerar que a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial detida a 100%, reconhecida pelo juiz da União (acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de novembro de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, C-286/98 P, Colet., p. I-9925, n.º 29), a dispensava de demonstrar que a filial autora da infração atuara de acordo com as instruções dadas pela sociedade-mãe. No caso em apreço, a Comissão limitou-se a fazer referência ao conceito de entidade económica única, o qual, contudo, não era pertinente para imputar a responsabilidade pela infração a outras sociedades para além da que estava diretamente implicada na infração. A Comissão estava, por conseguinte, obrigada a apreciar se a sociedade-mãe participou, de forma direta ou indireta, na infração ou se tinha conhecimento da mesma, para poder imputar-lhe a responsabilidade pela prática dessa infração.

32 Em segundo lugar, a Comissão cometeu um erro de direito ao basear-se na presunção reconhecida pelo acórdão *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, n.º 31 *supra*, para imputar a responsabilidade pela infração cometida pela SNV à STT (anteriormente STT plc). De facto, durante o período da infração, a sociedade STT plc, à qual a STT sucedeu em 2005, era uma das sociedades intermédias do grupo Shell, mas detinha apenas 40% da sociedade holding SPNV, que, por sua vez, detinha, através da Shell Nederland, a totalidade das participações da SNV, autora direta da infração. Contudo, o juiz da União limita a possibilidade de utilizar esta presunção às sociedades-mãe que detenham a totalidade das participações da sua filial. O facto de o Tribunal Geral ter aplicado esta presunção no seu acórdão de 27 de setembro de 2006, *Avebe/Comissão* (T-314/01, Colet., p. II-3085, n.º 137), estava apenas relacionado com as circunstâncias específicas do caso concreto, no qual duas sociedades-mãe estavam estreitamente implicadas na gestão comercial da filial, que, por sua vez, não tinha personalidade jurídica.

- 33 Em terceiro lugar, as recorrentes contestam a interpretação adotada pela Comissão da presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial detida a 100%, que torna impossível a ilisão dessa presunção e não está em conformidade com a jurisprudência.
- 34 A Comissão conclui pedindo que a primeira parte deste fundamento seja considerada improcedente.

Apreciação do Tribunal

- 35 Na decisão impugnada, a Comissão especificou que, embora a SNV tenha sido a pessoa coletiva que participou diretamente no cartel, a comunicação de acusações foi igualmente enviada à SPNV, à KNPM e à STT plc (considerando 209 da decisão impugnada). De facto, recordou que, até 2005, a SNV pertencia integralmente à Shell Nederland, que, por sua vez, pertencia inteiramente à SPNV, sociedade *holding* controlada conjuntamente pela KNPM (em 60%) e pela STT plc (em 40%). Sublinhou ainda a importância dos laços existentes entre estas diferentes estruturas, nomeadamente através do *Committee of managing directors* (grupo de diretores-gerais, a seguir «CMD»), do departamento de produtos petrolíferos do grupo na Europa e, a partir de 1998, da Shell Europe Oil Products (a seguir «SEOP»), organização que agrupava as atividades petrolíferas de várias sociedades do grupo na Europa (considerandos 206 a 208 da decisão impugnada). Em seguida, referiu que, na sequência das alterações na organização do grupo ocorridas em 2005, tinha enviado a decisão impugnada à SNV, bem como às outras sociedades destinatárias da comunicação de acusações que ainda existiam à data do envio da referida decisão, ou seja, a SPNV e a STT (anteriormente STT plc), e que essas sociedades constituíam, no seu conjunto, a empresa Shell, e eram solidariamente responsáveis pela infração (considerando 218 da decisão impugnada).

Quanto à presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial

- 36 Importa recordar, a título preliminar, que o direito da concorrência da União visa as atividades das «empresas» (acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colet., p. I-123, n.º 59) e que o conceito de empresa, na aceção do artigo 81.º CE, inclui entidades económicas constituídas, cada uma, por uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e incorpóreos que prossegue, de forma duradoura, um objetivo económico determinado, organização esta que pode concorrer para a prática de uma das infrações previstas nesta disposição (acórdão do Tribunal Geral de 25 de outubro de 2011, Uralita/Comissão, T-349/08, não publicado na Coletânea, n.º 35). O conceito de empresa, visto nesse contexto, deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Colet., p. I-11987, n.º 40).
- 37 O comportamento anticoncorrencial de uma empresa pode ser imputado a outra quando aquela não determinou de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica, no essencial, as instruções que lhe são dadas por esta última, em particular tendo em conta os laços económicos e jurídicos que as unem (acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2000, Metsä-Serla e o./Comissão, C-294/98 P, Colet., p. I-10065, n.º 27; de 28 de junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colet., p. I-5425, n.º 117, e de 10 de setembro de 2009, Akzo Nobel e o./Comissão, C-97/08 P, Colet., p. I-8237, n.º 58). Assim, o comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe quando a filial não determine de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplique, no essencial, as instruções que lhe são fornecidas pela sociedade-mãe, formando as duas empresas uma unidade económica (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1972, Imperial Chemical Industries/Comissão, 48/69, Colet., p. 619, n.ºs 133 e 134).

- 38 Não é, portanto, uma relação de instigação entre a sociedade-mãe e a sua filial relativamente à infração nem, por maioria de razão, uma implicação da primeira na referida infração, mas sim o facto de constituírem uma única empresa na aceção acima referida que permite à Comissão dirigir a sua decisão à sociedade-mãe de um grupo de sociedades. De facto, importa recordar que o direito da concorrência da União reconhece que sociedades diferentes pertencentes a um mesmo grupo constituem uma entidade económica e, portanto, uma empresa na aceção dos artigos 81.º CE e 82.º CE se as sociedades em causa não determinarem de forma autónoma o seu comportamento no mercado (acórdão do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2003, Michelin/Comissão, T-203/01, Colet., p. II-4071, n.º 290).
- 39 No caso especial de uma sociedade-mãe deter 100% do capital da sua filial que cometeu uma infração, por um lado, essa sociedade-mãe pode exercer uma influência determinante no comportamento dessa filial e, por outro, existe uma presunção ilidível segundo a qual a referida sociedade-mãe exerce efetivamente tal influência (v., acórdão Akzo Nobel e o./Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 60 e jurisprudência referida).
- 40 Nestas condições, basta que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela respetiva sociedade-mãe, para se presumir que esta exerce uma influência determinante na política comercial dessa filial. A Comissão pode, em seguida, considerar que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial, a menos que essa sociedade-mãe, a quem incumbe ilidir a referida presunção, apresente elementos de prova suficientes, suscetíveis de demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado (acórdãos Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, referido no n.º 31, *supra*, n.º 29, e Akzo Nobel e o./Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 61).
- 41 Embora seja verdade que o Tribunal de Justiça evocou, nos n.ºs 28 e 29 do acórdão Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, referido no n.º 31, *supra*, para além da detenção de 100% do capital da filial, outras circunstâncias, tais como a não contestação da influência exercida pela sociedade-mãe na política comercial da sua filial e a representação comum das duas sociedades durante o procedimento administrativo, não é menos verdade que tais circunstâncias foram referidas pelo Tribunal de Justiça apenas com o objetivo de expor todos os elementos nos quais o Tribunal de Geral tinha baseado o seu raciocínio nesse processo, e não para subordinar a aplicação da presunção mencionada à produção de indícios suplementares relativos ao exercício efetivo de uma influência pela sociedade-mãe sobre a sua filial (acórdãos do Tribunal de Justiça Akzo Nobel e o./Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 62, e de 20 de janeiro de 2011, General Química e o./Comissão, C-90/09 P, Colet., p. I-1, n.º 41).
- 42 No que respeita aos elementos que uma sociedade-mãe deve apresentar para ilidir a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante sobre a sua filial detida a 100%, o juiz da União considera que aquela deve submeter à apreciação da Comissão e, se for o caso, do juiz da União, todos os elementos que considere suscetíveis de demonstrar que não constituem uma única entidade económica, relativos aos vínculos organizacionais, económicos e jurídicos que unem essa filial à sociedade-mãe, que podem variar de caso para caso e que, como tal, não podem ser objeto de uma enumeração exaustiva (acórdão Akzo Nobel/Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.ºs 72 a 74).
- ¾ Quanto à aplicação desta presunção a duas sociedades-mãe que, em conjunto, detêm 100% da sua filial.
- 43 As recorrentes consideram que, seja qual for a interpretação adotada em relação à presunção tal como decorre da jurisprudência resultante do acórdão Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, referido no n.º 31, *supra*, a Comissão não podia aplicar essa presunção à STT (anteriormente STT plc), uma vez que esta não detinha mais do que 40%, e de forma indireta, da sociedade que cometeu a infração.

- 44 A título preliminar, há que sublinhar que o simples facto de a KNPM, que detinha os restantes 60% das participações da SPNV, ter sido extinta em 2005 não tem influência na questão da aplicação da presunção na aceção da jurisprudência *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, referido no n.º 31, *supra*, uma vez que as empresas não podem escapar a sanções pelo simples facto de a sua identidade ter sido alterada na sequência de reestruturações, cessões ou outras alterações jurídicas ou organizacionais, para não comprometer o objetivo de reprimir os comportamentos contrários às regras da concorrência e de prevenir a sua reiteração por meio de sanções dissuasivas (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2007, ETI e o., C-280/06, Colet., p. I-10893, n.º 41).
- 45 Por outro lado, o juiz da União já considerou que a Comissão podia aplicar a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial quando duas sociedades estejam numa situação análoga àquela em que uma única sociedade controla a totalidade do capital da sua filial (acórdão *Avebe/Comissão*, referido no n.º 32, *supra*, n.º 138).
- 46 Da mesma forma, no caso em apreço, trata-se de determinar, tendo em conta a especificidade da estrutura do grupo, se as duas sociedades-mãe KNPM e STT plc (posteriormente STT) se encontravam numa situação análoga àquela em que apenas uma sociedade detém a totalidade do capital da sua filial, e não o que deve ser decidido no caso de uma sociedade que detém apenas parcialmente a sociedade que cometeu a infração.
- 47 Há que sublinhar, antes de mais, como referiu a Comissão na sua contestação, sem que, nesse ponto, as recorrentes a contradissem, que a existência de duas sociedades-mãe no grupo Shell explica-se por razões históricas, na medida em que o grupo nasceu, em 1907, de um acordo entre a sociedade neerlandesa KNPM e a sociedade britânica STT plc, que se fundiram em 2005, continuando a manter uma estrutura dupla à cabeça do grupo, com uma participação de 60% e 40%, respetivamente. Resulta dos autos, nomeadamente do guia de referência da estrutura organizacional do grupo, que estas duas sociedades, que declaravam um volume de negócios consolidado idêntico, detinham conjuntamente as duas sociedades *holding* do grupo, a SPNV e a SPCo, cujos membros do conselho de administração eram por elas designados conjuntamente nos termos das disposições contratuais que as vinculavam, e com os quais se reuniam mensalmente, entre outros para serem informadas dos principais desenvolvimentos no grupo.
- 48 Além disso, a KNPM e a STT plc (posteriormente STT) criaram dois comités de supervisão, o Group Audit Committee (comité de auditoria do grupo, a seguir «GAC») e o Remuneration and succession review committee (comité encarregado da análise das remunerações e das nomeações, a seguir «REMC»), compostos de forma paritária por três membros do conselho de supervisão da KNPM e três membros do conselho de administração da STT plc (posteriormente STT), e que estavam encarregados, o primeiro, de analisar os principais desenvolvimentos financeiros do grupo, os seus procedimentos de controlo interno e as suas auditorias externas, e o segundo, de formular recomendações em matéria de remunerações e de nomeação dos diretores do grupo. Resulta igualmente dos autos que os conselhos de administração das sociedades *holding* do grupo atuavam de forma coordenada e incluíam membros dos conselhos de administração das duas sociedades-mãe.
- 49 Além disso, o CMD, órgão composto por membros da presidência do conselho de administração da SPNV e por diretores-gerais da SPCo, que eram igualmente membros do conselho de administração de uma das duas sociedades-mãe, desempenhava um papel determinante no grupo. De facto, resulta dos autos que o CMD, embora não se tratasse de uma entidade dotada de personalidade jurídica autónoma, estava encarregado de coordenar a atividade operacional e a administração de todas as sociedades do grupo.
- 50 Por último, o facto de, em 2005, as duas sociedades-mãe terem decidido fundir-se constitui um indício suplementar da existência de uma empresa-mãe comum, apesar da coexistência de duas entidades jurídicas.

- 51 Tendo em conta todos os elementos de facto referidos nos n.ºs 47 a 50, *supra*, o Tribunal considera que a Comissão entendeu corretamente nos considerandos 206 a 218 da decisão impugnada, que se trata de uma situação análoga àquela em que uma única sociedade-mãe controla totalmente a sua filial, o que lhe permitia recorrer à presunção de que aquelas sociedades-mãe exerciam efetivamente uma influência determinante no comportamento da sua filial comum.
- 52 Por último, há que considerar improcedente o argumento das recorrentes de que a Comissão cometeu um erro de direito ao aplicar a jurisprudência resultante do acórdão *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, referido no n.º 31, *supra*, à STT (anteriormente STT plc), pelo facto de esta deter, com a KNPM, a totalidade do capital da SNV, apenas por intermédio da sociedade *holding* SPNV, que detinha a sociedade *Shell Nederland*, sociedade-mãe da SNV. De facto, o juiz da União considera que a existência de sociedades intermediárias entre a filial e a sociedade-mãe não tem qualquer influência na possibilidade de se aplicar a presunção de que a sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante sobre a sua filial detida a 100% (v., nesse sentido, acórdãos *Akzo Nobel/Comissão*, referido no n.º 37, *supra*, n.ºs 78 e 83, e *General Química e o./Comissão*, referido no n.º 41, *supra*, n.ºs 86 e 87; acórdão do Tribunal Geral de 14 de maio de 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, T-354/94, Colet., p. II-2111, n.ºs 80 a 85). Além disso, uma sociedade-mãe pode ser considerada responsável por uma infração cometida por uma filial, mesmo quando exista um grande número de sociedades operacionais num grupo (acórdão do Tribunal Geral de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão*, denominado «PVC II», T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colet., p. II-931, n.º 989).
- ¾ Quanto ao carácter ilidível da presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial detida a 100%.
- 53 As recorrentes consideram que a interpretação que a Comissão faz da presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial detida a 100% torna impossível ilidir essa presunção.
- 54 Decorre no entanto da jurisprudência do Tribunal de Justiça recordada no n.º 42 *supra*, que, para ilidir a presunção de que uma sociedade-mãe que detém 100% do capital social da sua filial exerce, efetivamente, uma influência determinante sobre esta, tal como é interpretada pela Comissão, cabe à referida sociedade-mãe submeter à apreciação da Comissão e, se for o caso, do juiz da União, todos os elementos relativos aos vínculos organizacionais, económicos e jurídicos entre ela e a sua filial, suscetíveis de demonstrar que não constituem uma única entidade económica (acórdãos *Akzo Nobel e o./Comissão*, referido no n.º 37, *supra*, n.º 65, e *General Química e o./Comissão*, referido no n.º 41, *supra*, n.ºs 51 e 52). Ao contrário do que sustentam as recorrentes, trata-se, por conseguinte, de uma presunção ilidível, que lhes cabia ilidir. Além do mais, decorre da jurisprudência que uma presunção, ainda que seja difícil de ilidir, permanece dentro de limites razoáveis se for proporcionada ao objetivo legítimo prosseguido, se existir a possibilidade de produzir prova em contrário e se os direitos de defesa forem assegurados (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de setembro de 2011, *Elf Aquitaine/Comissão*, C-521/09 P, Colet., p. I-8947, n.º 62, e jurisprudência referida).
- 55 Resulta das considerações que antecedem que a Comissão não cometeu um erro de direito ao imputar à STT (anteriormente STT plc) e à SPNV a responsabilidade pela infração cometida pela respetiva filial SNV.

Quanto aos elementos destinados a ilidir a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial

Argumentos das partes

- 56 As recorrentes consideram que demonstraram que a STT plc (posteriormente STT) e a SPNV não tiveram conhecimento da infração e nunca participaram nela, direta ou indiretamente. A prática decisória da Comissão e a jurisprudência, contudo, exigem que haja participação da sociedade-mãe na

infração para que se possa imputar-lhe as atividades de uma das suas filiais. Além disso, no caso em apreço, a Comissão reconheceu que a infração estava circunscrita ao comportamento do diretor de vendas de betume da SNV. Do mesmo modo, a organização do *reporting* (a seguir «transmissão de informações») no grupo Shell demonstra que a SNV não recebia qualquer instrução da STT plc (posteriormente STT) e da SPNV. De facto, a STT plc (posteriormente STT) detinha apenas 40% da SPNV, que, por sua vez, detinha participações em mais de 500 sociedades, entre as quais a Shell Nederland, que, por sua vez, possuía mais de 30 filiais, entre as quais a SNV. Um dos administradores delegados da SNV limitou-se a informar o conselho de administração e o conselho de supervisão da Shell Nederland, nas reuniões trimestrais, das principais questões relativas à sua atividade, tais como o encerramento de uma fábrica e os fracos resultados financeiros.

- 57 A Comissão sustenta que as recorrentes não conseguiram ilidir a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante pela STT plc (posteriormente STT) e pela SPNV sobre a sua filial comum.

Apreciação do Tribunal

- 58 Decorre dos considerandos 206 a 218 da decisão impugnada que a Comissão explicou, no essencial, que podia aplicar a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante pela STT plc (posteriormente STT) e pela SPNV sobre a SNV durante o período de 1 de abril de 1994 a 15 de abril de 2002, porquanto a estrutura acionista existente entre estas sociedades [detenção a 100% no que respeita à SPNV, detenção conjunta com a KNPM, a 100%, no que respeita à STT plc (posteriormente STT)]. Considerou ainda, a título subsidiário, que vários elementos relativos à estrutura hierárquica do grupo reforçavam esta presunção, tais como o papel do CMD, as funções de controlo das suas filiais pela SPNV e os mecanismos de nomeação dos diretores das sociedades.
- 59 Há que analisar se as recorrentes apresentaram elementos que permitam ilidir a presunção de que a STT plc (posteriormente STT) e a SPNV constituíam, com a SNV, uma única entidade económica.
- 60 De facto, há que recordar, antes de mais, que incumbe às partes submeter à apreciação da Comissão e, se for o caso, do Tribunal, todos os elementos que considerem suscetíveis de demonstrar que as sociedades constituem, ou não, uma única entidade económica, relativos aos vínculos organizacionais, económicos e jurídicos (v. n.º 41, *supra*).
- 61 Em primeiro lugar, no que respeita aos argumentos relativos à não participação, direta ou indireta, da STT plc (posteriormente STT) e da SPNV na infração, basta constatar que estes não têm qualquer fundamento de direito ou de facto. Com efeito, o controlo exercido pela sociedade-mãe sobre a sua filial não tem de ter necessariamente relação com o comportamento ilícito (acórdãos Akzo Nobel e o./Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 59, e General Química, referido no n.º 41, *supra*, n.ºs 38, 102 e 103). Por conseguinte, não é necessário que o Tribunal analise se a STT plc (posteriormente STT) e a SPNV exerceram efetivamente uma influência, direta ou indireta, sobre o comportamento ilícito da SNV ou se tinham conhecimento desse comportamento.
- 62 Em todo o caso, contrariamente ao que sustentam as recorrentes, determinados elementos do processo indicam que os membros do grupo Shell que não pertencem à SNV tinham conhecimento das práticas anticoncorrenciais desta durante o período da infração. De facto, uma nota interna de 14 de julho de 2000, que analisa a situação do mercado do betume neerlandês na perspetiva do direito da concorrência, apreendida pela Comissão durante as inspeções que levou a cabo nas instalações da SNV, foi distribuída fora dessa sociedade. Esta nota, que tem aposta a menção «altamente confidencial», foi redigida conjuntamente por um empregado da SNV e por um consultor do serviço jurídico do grupo, que pertence à Shell International, após uma sessão de trabalho sobre a adequação às regras da concorrência, durante a qual o diretor de vendas responsável pelo betume tinha chamado a atenção para o mercado neerlandês do betume e da construção rodoviária. Esta nota foi enviada,

nomeadamente, ao diretor do serviço jurídico do grupo, empregado da Shell International, ao vice-presidente comercial das vendas do grupo para a Europa, bem como ao vice-presidente executivo dos produtos do grupo para a Europa. Há que recordar, a este respeito, que a Shell International tinha uma relação direta com o CMD, principal órgão de decisão do grupo, composto por membros da presidência do conselho de administração da SPNV e por diretores-gerais da SPCo, que eram igualmente membros do conselho de administração de uma das duas sociedades-mãe.

- 63 A referida nota indica que o mercado do betume neerlandês foi objeto de uma análise interna em 1992/1993 e em fevereiro de 1995, uma vez que todos os fornecedores de betume nos Países Baixos (a seguir «fornecedores») tinham negociado coletivamente um preço padrão com o W5, que um empregado da SNV tinha, por conseguinte, aconselhado a que esta se retirasse desse mercado, mas que o mercado tinha sido reestruturado e que a SNV continuava a participar nele. A nota especifica igualmente que os outros tipos de betume não pareciam ser objeto de um comportamento anticoncorrencial por parte da Shell, subentendendo-se, *a contrario*, que o grupo tinha consciência do caráter anticoncorrencial do comportamento da SNV no mercado do betume rodoviário. Além disso, esta nota descreve, de forma pormenorizada, o mecanismo de fixação do preço do betume, sublinhando que, quando a SNV pretendia aumentar os seus preços, contactava a KWS, o principal construtor, antes de aplicar esse aumento. A KWS consultava, então, todos os outros fornecedores, individualmente, quanto aos preços e depois discutia esse aumento de preços com os outros grandes construtores, antes de informar o Centrum voor regelgeving en onderzoek in de grond-, water- en wegenbouw en de Verkeerstechniek (CROW, Centro para a regulação e a investigação em matéria de engenharia civil e de tráfego), organismo sem fins lucrativos que estava incumbido, nomeadamente, de publicar mensalmente os preços do betume rodoviário, a partir dos quais, em caso de variação para além de um determinado limite os construtores beneficiavam de uma indemnização das entidades cocontratantes adjudicantes. A nota especifica ainda que a SNV, bem como os outros fornecedores, concedia ao W5 descontos sobre o preço fixado desse modo. Por último, os autores da referida nota concluíam que era conveniente pôr termo às discussões bilaterais com a KWS, porta-voz do W5, relativas aos aumentos de preço, e passar a realizar discussões bilaterais com cada construtor.
- 64 Em segundo lugar, no que respeita à pretensa autonomia dos dirigentes da SNV, resultante da inexistência de um mecanismo de transmissão de informações suficientemente forte entre a STT plc (posteriormente STT), a SPNV e a SNV, importa realçar que os elementos apresentados a este respeito pelas recorrentes não são suficientes para demonstrar que a SNV determinava, de forma autónoma, o seu comportamento no mercado e, por isso, não constituía, com a STT plc (posteriormente STT) e com a SPNV uma unidade económica, na aceção do artigo 81.º CE.
- 65 De facto, há que precisar, antes de mais, que as informações das recorrentes relativas ao número significativo de filiais detidas pela SPNV e pela Shell Nederland não são suficientes para demonstrar que a STT plc (posteriormente STT) e a SPNV conferiram à SNV autonomia suficiente para definir o seu comportamento no mercado.
- 66 Por outro lado, a Comissão refere-se corretamente a vários elementos a que tinha, de facto, feito referência na decisão impugnada (considerandos 207 a 214 da decisão impugnada) e na comunicação de acusações, relativos aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que uniam a SNV à STT plc (posteriormente STT) e à SPNV, para afastar os argumentos das recorrentes no sentido de ilidir a presunção acima referida.
- 67 Assim, o grupo declarou, nomeadamente, num relatório de 13 de março de 2006 entregue na Securities and Exchange Commission (Comissão americana das operações de bolsa), que «todas as atividades de exploração foram exercidas pelas filiais da Royal Dutch e da Shell Transport, que funcionavam como uma única e mesma empresa económica». Por outro lado, habitualmente, os clientes e os concorrentes designavam a empresa, no seu todo e cada uma das suas entidades jurídicas, pela denominação «Shell», indicando, dessa forma, que a SNV era vista por terceiros, no mercado em causa, como fazendo parte do grupo Shell.

- 68 Há que ter em conta igualmente os elementos mencionados nos n.ºs 47 a 50, *supra*, relativos à estrutura do grupo e do seu corpo acionista, nomeadamente a sua organização hierárquica e os mecanismos de transmissão de informações existentes no interior do grupo.
- 69 Na comunicação de acusações, a Comissão apresentou, além disso, os seguintes elementos: existia um grau de sobreposição considerável entre as funções exercidas em diferentes países por diferentes entidades, tendo o responsável pelo betume nos Países Baixos sido, durante muito tempo, responsável pelo mercado belga; várias análises internas do mercado neerlandês do betume rodoviário, na perspetiva do direito da concorrência, foram distribuídas a diferentes entidades do grupo, entre as quais o serviço jurídico da Shell International, que tinha uma relação direta com o CMD; a Shell International atuou como interlocutor principal da Comissão durante todo o procedimento administrativo; o diretor-geral da KNPM era também diretor principal da SPNV e membro do conselho de supervisão da Shell Nederland BV, sociedade-mãe direta da SNV; as sociedades-mãe têm o poder de nomear e de destituir os diretores-gerais das sociedades; supervisionam a gestão das sociedades, incumbindo aos diretores-gerais destas fornecer a qualquer acionista, a pedido deste, informações acerca dos assuntos da sociedade e permitir-lhe o acesso aos livros e aos documentos que deseje consultar.
- 70 Além disso, como foi recordado no n.º 49, *supra*, a CMD desempenhava um papel determinante na empresa. Assim, até 1998, as vias hierárquicas estavam organizadas geograficamente, estando o diretor «Betume» da SNV dependente do diretor-geral «Vendas comerciais», que, por sua vez, dependia do diretor-geral «País», que, por sua vez, respondia perante o coordenador regional «Europa» da Shell International Petroleum Maatschappij NV, detida a 100% pela SPNV, que dependia diretamente de membros do CMD. De 1998 até ao final do período da infração, a SNV dependia da divisão «Construção» do departamento dos produtos petrolíferos do grupo na Europa, o SEOP, que era dirigido pelo vice-presidente executivo para a Europa, que dependia do presidente e diretor-geral para os produtos petrolíferos, que era membro do CMD. Existiam, além disso, mecanismos de transmissão de informações entre as sociedades-mãe e as suas filiais, por intermédio dos dois comités de supervisão, GAC e REMCO.
- 71 Acresce que as recorrentes admitiram que um administrador delegado da SNV informava o conselho de administração e o conselho de supervisão da Shell Nederland, nas reuniões trimestrais comuns a estes dois órgãos, das principais questões relativas à atividade da SNV. Ainda que estas considerem que essa informação se limitava a determinadas decisões mais importantes, esta afirmação não é suportada por qualquer elemento de prova.
- 72 Por último, há que ter em conta o facto de determinadas sociedades do grupo estarem encarregadas de prestar serviços de apoio a todas as filiais, sendo que a Shell International prestava, assim, apoio jurídico a todas as filiais do grupo. Além disso, a análise da nota de 14 de junho de 2000 revela que, entre os seus autores, estavam empregados da SNV e que a SNV exercia um controlo apertado sobre as atividades das filiais, nomeadamente no que respeita à situação do mercado do betume nos Países Baixos.
- 73 À luz de todas estas considerações, há que concluir que, tendo em conta os elementos fornecidos pelas recorrentes, respeitantes, por um lado, ao facto de a STT plc (posteriormente STT) e a SPNV não terem tido conhecimento da infração em causa nem participado nessa infração, nem incitado a sua filial a cometê-la e, por outro lado, aos mecanismos de transmissão de informações da SNV à STT plc (posteriormente STT) e à SPNV, juntos aos outros elementos pertinentes do processo, expostos nos n.ºs 47 a 50 e 62 a 72, *supra*, a Comissão não cometeu um erro de apreciação ao considerar que os elementos apresentados pelas recorrentes não demonstravam que a SNV determinava de forma autónoma o seu comportamento no mercado, pelo que não permitiam ilidir a presunção de que a STT plc (posteriormente STT) e a SPNV exerciam efetivamente uma influência determinante sobre o comportamento da SNV.

74 Por conseguinte, há que rejeitar o primeiro fundamento na íntegra.

2. Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação de formalidades essenciais e dos direitos de defesa

Argumentos das partes

- 75 As recorrentes consideram que a Comissão violou o artigo 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 e os direitos de defesa das recorrentes ao recusar comunicar-lhes a totalidade das respostas à comunicação de acusações e ao limitar a divulgação da resposta da KWS a determinadas passagens do seu conteúdo. Sustentam que, se tivessem tido conhecimento desses documentos, teriam podido influenciar o resultado do procedimento administrativo e modificar o sentido da decisão impugnada, nomeadamente no que respeita ao papel de instigadoras e de líderes que lhes é imputado.
- 76 Em primeiro lugar, as recorrentes consideram que a Comissão devia ter deferido o seu pedido de acesso à totalidade das respostas das outras sociedades à comunicação de acusações, as quais podiam conter elementos de defesa relativamente ao papel de instigadoras e de líderes que lhes é imputado, nomeadamente em razão do carácter horizontal e vertical do cartel. A Comissão já tinha, de resto, divulgado a totalidade das respostas à comunicação de acusações em procedimentos anteriores [processos COMP/E-1/37.512 (JO L 6, p. 147) e COMP/E-1/36.490 (JO L 100, p. 1)]. Em todo o caso, não incumbe à Comissão determinar, ela própria, os documentos úteis à defesa das empresas em causa (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 36, *supra*, n.º 126) e, por isso, a comunicação relativa às regras de acesso ao processo é ilegal na medida em que não autoriza o acesso à totalidade das respostas à comunicação de acusações.
- 77 Em segundo lugar, as recorrentes consideram que a Comissão devia ter-lhes permitido o acesso à resposta integral da KWS à comunicação de acusações, nomeadamente, à declaração da testemunha na qual a Comissão se baseou exclusivamente para lhes imputar o papel de instigadoras e de líderes do cartel. O juiz da União reconhecia-lhes, assim, o direito de aceder à totalidade dos elementos de prova em que a Comissão se baseou no que lhes diz respeito (acórdão do Tribunal Geral de 15 de março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, denominado «Cimentos», 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, Colet., p. II-491, n.º 386).
- 78 A Comissão considera que não estava obrigada a divulgar as respostas à comunicação de acusações e rejeita todos os argumentos das recorrentes.

Apreciação do Tribunal

- 79 Resulta dos autos que, durante o procedimento administrativo, a Comissão indeferiu o pedido das recorrentes no sentido de obterem o acesso integral a todos os documentos que tivessem sido juntos ao processo após o envio da comunicação de acusações, nomeadamente à totalidade das respostas das outras empresas à comunicação de acusações. No entanto, permitiu-lhes o acesso às passagens da resposta da KWS à comunicação de acusações nas quais pretendia basear a decisão final, relativas aos contactos ocorridos entre a SNV e a KWS antes de 1 de abril de 1994.

Princípios gerais relativos ao acesso aos documentos posteriores à comunicação de acusações

- 80 O artigo 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 está assim redigido:

«Os direitos da defesa das partes interessadas serão plenamente acautelados no desenrolar do processo. As partes têm direito a consultar o processo em poder da Comissão, sob reserva do interesse legítimo das empresas na proteção dos seus segredos comerciais. Ficam excluídos da consulta do processo as informações confidenciais e os documentos internos da Comissão e das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência».

- 81 No n.º 8 da comunicação relativa às regras de acesso ao processo, a Comissão define, «processo da Comissão» como «todos os documentos que foram obtidos, elaborados e/ou recolhidos pela Direção-Geral da Concorrência da Comissão durante a investigação». No n.º 27 desta comunicação, a Comissão especifica o seguinte:

«O acesso ao processo será concedido mediante pedido, normalmente uma única vez, na sequência da notificação às partes da comunicação de objeções da Comissão, por forma a garantir o princípio da paridade de meios e para proteger os seus direitos de defesa. Por conseguinte, regra geral não será concedido acesso às respostas das outras partes às objeções da Comissão.

Contudo, uma parte terá acesso aos documentos recebidos após a notificação da comunicação de objeções em fases posteriores do procedimento administrativo, quando tais documentos possam constituir novos elementos de prova — quer incriminatórios quer de exclusão de responsabilidade — no que se refere às alegações formuladas relativamente a essa parte na comunicação de objeções da Comissão. Trata-se, em especial, de casos em que a Comissão pretende utilizar novos elementos de prova».

- 82 É jurisprudência assente que o respeito dos direitos de defesa em qualquer processo suscetível de conduzir à aplicação de sanções, nomeadamente coimas ou multas, constitui um princípio fundamental do direito da União, que deve ser observado mesmo tratando-se de um procedimento de natureza administrativa (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colet., p. 461, n.º 9, e de 2 outubro de 2003, ARBED/Comissão, C-176/99 P, Colet., p. I-10687, n.º 19). Além disso, o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada a 7 de dezembro de 2000, em Nice (JO C 364, p. 1, a seguir «Carta dos Direitos Fundamentais»), consagra-o como direito fundamental, ao enunciá-lo como um elemento consubstancial ao direito a uma boa administração. A este propósito, o Regulamento n.º 1/2003 prevê o envio às partes de uma comunicação de acusações que deve indicar, de forma clara, todos os elementos essenciais em que a Comissão se baseia nessa fase do processo. Essa comunicação de acusações constitui a garantia processual que ilustra o princípio fundamental do direito comunitário que exige o respeito dos direitos de defesa em todo o processo (v., nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de setembro de 2009, Papierfabrik August Koehler/Comissão, C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, Colet., p. I-7191, n.ºs 34 e 35).

- 83 Há que recordar que o acesso aos autos nos processos de concorrência tem, nomeadamente, por objeto permitir aos destinatários de uma comunicação de acusações tomar conhecimento dos elementos de prova que constam do processo da Comissão, a fim de se poderem pronunciar de forma útil sobre as conclusões a que a Comissão chegou na comunicação de acusações com base nesses elementos. O acesso ao processo faz parte das garantias processuais que se destinam a proteger os direitos de defesa e a assegurar, em especial, o exercício efetivo do direito de ser ouvido (v., acórdão do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Colet., p. II-3275, n.º 334, e jurisprudência referida). O direito de acesso ao processo implica que a Comissão faculte à empresa em causa a possibilidade de proceder a um exame de todos os documentos que figuram no processo de instrução e que possam ser pertinentes para a sua defesa (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de outubro de 2003, Corus UK/Comissão, C-199/99 P, Colet., p. I-11177, n.º 125, e acórdão do Tribunal Geral de 29 junho de 1995, Solvay/Comissão, T-30/91, Colet., p. II-1775, n.º 81). Estes incluem elementos de prova, tanto incriminatórios como de exclusão de responsabilidade, com a ressalva dos segredos comerciais de outras empresas, dos documentos internos da Comissão e de outras informações confidenciais (acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão, referido no n.º 82, *supra*, n.ºs 9 e 11, e Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 36, *supra*, n.º 68).

- 84 Segundo a jurisprudência, só no início da fase administrativa contraditória do processo a empresa interessada é informada, através da comunicação de acusações, de todos os elementos essenciais nos quais a Comissão se funda nesta fase do processo. Por conseguinte, a resposta das outras partes à comunicação de acusações não está, em princípio, incluída no conjunto dos documentos do processo

de instrução que as partes podem consultar (acórdão do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2009, Hoechst/Comissão, T-161/05, Colet., p. II-3555, n.º 163). Contudo, se a Comissão entende basear-se numa passagem de uma resposta à comunicação de acusações ou num documento anexo a essa resposta para concluir pela existência de uma infração num processo de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, deve ser dada às outras partes no processo a possibilidade de se pronunciarem sobre esse elemento de prova (v., acórdãos Cimentos, referido no n.º 77, *supra*, n.º 386, e Avebe/Comissão, referido no n.º 32, *supra*, n.º 50, e jurisprudência referida). O mesmo acontece quando a Comissão se baseie em tal documento para demonstrar o papel de instigadora ou de líder de uma das empresas em causa.

- 85 Resulta das considerações que antecedem que as disposições do n.º 27 da comunicação relativa às regras de acesso ao processo estão em conformidade com a jurisprudência segundo a qual ainda que, regra geral, as partes não tenham acesso às respostas das outras partes à comunicação de acusações, uma parte pode, todavia, tê-lo quando tais documentos possam constituir novos elementos de prova — quer incriminatórios quer de exclusão de responsabilidade — no que se refere às alegações formuladas relativamente a essa parte na comunicação de acusações.
- 86 Acresce que, segundo a jurisprudência relativa ao acesso aos documentos do processo administrativo anterior à comunicação de acusações, a não comunicação de um documento só constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para escorar a sua acusação relativa à existência de uma infração (acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 1983, Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.ºs 7 e 9, e Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 36, *supra*, n.º 71) e, por outro, que essa acusação só pode ser provada por referência ao dito documento (acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de outubro de 1983, AEG-Telefunken/Comissão, 107/82, Recueil, p. 3151, n.ºs 24 a 30, e Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 36, *supra*, n.º 71; acórdão Solvay/Comissão, referido no n.º 83, *supra*, n.º 58). O Tribunal de Justiça estabelece, a este propósito, uma distinção entre os documentos incriminatórios e os documentos de exclusão de responsabilidade. Se se tratar de um documento incriminatório, cabe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou teria sido diferente se esse documento não tivesse sido tido em conta. Em contrapartida, tratando-se da não comunicação de um documento de exclusão de responsabilidade, a empresa em causa deve demonstrar apenas que a sua não divulgação pode ter influenciado, em seu prejuízo, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão (v., nesse sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 36, *supra*, n.ºs 73 e 74). Esta distinção é igualmente válida para os documentos posteriores à comunicação de acusações (acórdão do Tribunal Geral de 27 de setembro de 2006, Jungbunzlauer/Comissão, T-43/02, Colet., p. II-3435, n.ºs 351 a 359). As recorrentes fazem, por isso, uma interpretação errada do n.º 383 do acórdão Cimentos, referido no n.º 77, *supra*, quando afirmam que a Comissão viola automaticamente os direitos de defesa ao recusar transmitir documentos posteriores à comunicação de acusações que lhe tenham sido pedidos por uma sociedade. De facto, segundo esta jurisprudência, tratando-se de um documento de defesa, tal recusa só é ilegal se a referida sociedade tiver demonstrado que a não divulgação desse documento pôde influenciar, em seu prejuízo, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão.
- 87 Do mesmo modo, no que respeita à questão de saber se um documento posterior à comunicação de acusações, quando seja utilizado pela Comissão como elemento de prova na sua decisão, deve ou não ser transmitido na totalidade, há que recordar que decorre da jurisprudência, nomeadamente do n.º 386 do acórdão Cimentos, referido no n.º 77, *supra*, que, para permitir à empresa em causa estar em condições de se pronunciar utilmente sobre esse elemento de prova, a Comissão só está obrigada a transmitir-lhe a passagem pertinente do documento em causa, inserida no seu contexto se tal for necessário para permitir a sua compreensão.
- 88 Importa ainda precisar que a não comunicação sistemática das respostas das outras empresas à comunicação de acusações não é contrária ao princípio do respeito dos direitos de defesa. Como foi recordado *supra*, este princípio implica que a Comissão deve, durante o processo administrativo, transmitir às empresas em causa todos os factos, circunstâncias ou documentos nos quais se baseia,

para lhes permitir dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e circunstâncias alegadas e sobre os documentos utilizados pela Comissão em apoio das suas alegações. Assim, a Comissão só pode basear a sua decisão em factos sobre os quais aquelas tenham tido oportunidade de se pronunciar.

- 89 Além disso, as recorrentes não podem invocar a jurisprudência segundo a qual não é apenas à Comissão, que notifica as acusações e profere a decisão que aplica uma sanção, que cabe determinar os documentos úteis à defesa da empresa em causa (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 36, *supra*, n.º 126; acórdãos Solvay/Comissão, referido no n.º 83, *supra*, n.ºs 81 e 83, e Atlantic Container Line e o./Comissão, referido no n.º 83, *supra*, n.º 339). Com efeito, esta consideração, relativa aos documentos constantes do processo da Comissão, não pode aplicar-se às respostas dadas por outras partes em causa às acusações comunicadas por esta.
- 90 Por último, há que precisar que, contrariamente ao que sustentam as recorrentes, a Comissão não está, em todo o caso, vinculada pela sua prática decisória anterior relativa à transmissão integral das respostas à comunicação de acusações, sendo a legalidade das suas decisões apreciada unicamente com base nas normas que está obrigada a respeitar, entre as quais, nomeadamente, o Regulamento n.º 1/2003, o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO L 123, p. 18), e a comunicação relativa às regras de acesso ao processo, tal como interpretadas pelo juiz da União.

Aplicação no caso em apreço

- 91 No caso em apreço, há que recordar que, em 24 de maio de 2006, a Comissão permitiu às recorrentes tomar conhecimento das passagens da resposta da KWS nas quais pretendia basear a sua decisão final, relativas aos contactos ocorridos entre a SNV e a KWS antes de 1 de abril de 1994 e a uma proposta de desconto preferencial em benefício do W5, enviada à KWS.
- 92 Em primeiro lugar, no que respeita ao argumento que tem como objetivo o reconhecimento de que o acesso à resposta integral da KWS à comunicação de acusações devia ter sido autorizado, há que precisar, a título preliminar, que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, decorre dos considerandos 343 a 348 da decisão impugnada que a Comissão não se baseou apenas nas passagens em causa da resposta da KWS à comunicação de acusações para lhes imputar o papel de instigadoras e de líderes do cartel. Em todo o caso, a análise dos excertos deste documento transmitidos pela Comissão às recorrentes permite concluir que os mesmos são perfeitamente compreensíveis e explícitos, não sendo necessário inseri-los num contexto mais amplo. De facto, há que sublinhar que, na decisão impugnada, a Comissão apenas utilizou dois dos sete pontos desse documento, comunicados às recorrentes. Além disso, tratando-se de um documento da KWS que se apoia na declaração de uma testemunha, um dos seus antigos empregados, documento esse apresentado voluntariamente pela KWS à Comissão a fim de assegurar a sua defesa, sublinhando o papel de instigadora e de líder da SNV no cartel e minimizando o seu, não é concebível que pudesse conter qualquer elemento de defesa para a SNV.
- 93 Em segundo lugar, no que respeita ao argumento relativo à falta de comunicação das respostas das outras empresas à comunicação de acusações, que poderiam conter elementos de defesa, há que recordar que, nos termos da jurisprudência referida no n.º 83, *supra*, cabia às recorrentes fornecer um começo de prova que permitisse admitir que a sua não divulgação podia influenciar, em seu detrimento, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão. As recorrentes limitaram-se, no entanto, a alegar, de forma geral e puramente especulativa, que as respostas das outras empresas à comunicação de acusações lhes poderiam fornecer elementos de defesa quanto ao papel de instigadoras e de líderes do cartel que lhes é imputado. À exceção do carácter horizontal e vertical do cartel, não apresentaram qualquer indicação específica que pudesse constituir um começo de prova nesse sentido. Além disso, como sublinha a Comissão, é pouco provável, num cartel, que

uma sociedade forneça elementos suscetíveis de minimizar o papel de outra sociedade no cartel, mesmo que, como no caso em apreço, o facto de o cartel ter sido organizado entre dois grupos com interesses suscetíveis de ser potencial e parcialmente divergentes, os grandes construtores e os fornecedores, explique que cada parte tenha tido tendência para minimizar o seu papel no cartel em detrimento da outra. Em todo o caso, segundo a jurisprudência, o simples facto de outras empresas terem podido minimizar, nas suas respostas à comunicação de acusações, o papel dos fornecedores em detrimento dos grandes construtores não pode constituir um elemento de defesa (acórdão Jungbunzlauer/Comissão, referido no n.º 86, *supra*, n.ºs 353 a 356). Assim, as recorrentes não apresentaram nenhum começo de prova da utilidade de uma eventual transmissão das respostas das outras sociedades à comunicação de acusações.

- 94 Resulta das considerações que antecederam que a Comissão procedeu corretamente ao recusar comunicar às recorrentes a totalidade das respostas à comunicação de acusações e limitou a divulgação da resposta da KWS a determinadas passagens. O segundo fundamento deve, por conseguinte, ser rejeitado.

3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a erros de facto e de direito no cálculo do montante de base da coima e na determinação da duração da infração

Quanto à gravidade da infração

Argumentos das partes

- 95 As recorrentes consideram que, ao classificar as empresas por categorias a fim de ter em conta a sua capacidade económica para causar prejuízos significativos à concorrência, a Comissão cometeu erros de facto e de direito na determinação do volume de negócios da empresa Shell relativo ao betume rodoviário nos Países Baixos, nele incluindo, erradamente, o volume de negócios relativo ao Mexphalte C, e, em todo o caso, fundamentou de forma insuficiente a decisão impugnada neste ponto. Solicitam, assim, que o Tribunal reduza o montante da coima que lhes foi aplicada, excluindo do respetivo cálculo o valor das vendas de Mexphalte C, considerando que é contrário aos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade que o montante de base da coima que lhes foi aplicada seja mais elevado do que o da empresa Kuwait Petroleum (a seguir «Kuwait Petroleum»), uma vez que a sua quota de mercado era inferior à desta empresa.
- 96 As recorrentes recordam, assim, que a única razão pela qual a Comissão pôde ter em conta, corretamente, o volume de negócios dos produtos betuminosos especiais utilizados na construção rodoviária é que o preço destes está diretamente relacionado com o preço de mercado geral dos níveis de betume rodoviário normal, majorado de um prémio. Em contrapartida, consideram que a Comissão não devia ter incluído o volume de negócios relativo ao Mexphalte C, dado que este não é composto de betume, que o seu preço não está, de forma nenhuma, relacionado com o do betume rodoviário normal e que é vendido num mercado diferente daquele em que é vendido o betume rodoviário normal, não sendo os dois produtos sucedâneos. Estas afirmações baseiam-se, nomeadamente, numa declaração do diretor da SNV, de 30 de novembro de 2006, e num quadro comparativo das alterações de preço do betume rodoviário normal e do Mexphalte C, de 1995 a 2002.
- 97 Além disso, as recorrentes acusam a Comissão de, na decisão impugnada, não ter apresentado os motivos pelos quais teve em conta o montante das vendas do Mexphalte C, quando aquelas tinham referido, em 23 de maio de 2006, na sua resposta ao pedido de informações da Comissão de 8 de maio de 2006, que o Mexphalte C não tinha qualquer relação com a infração. Do mesmo modo, durante o procedimento administrativo, a Comissão nunca manifestou a intenção de incluir o montante das vendas de Mexphalte C no cálculo do montante da coima e nunca referiu esse produto

na comunicação de acusações. Um documento existente no processo administrativo especifica, contudo, que o Mexphalte C constitui um aglomerado sintético que pode ser utilizado para produzir asfalto colorido, e não um betume sintético.

98 A Comissão rejeita todos os argumentos das recorrentes.

Apreciação do Tribunal

99 Na comunicação de acusações de 18 de outubro de 2004 (considerandos 1 a 6 da decisão impugnada), a Comissão referiu que o produto que era objeto do processo era o betume utilizado na construção rodoviária e em aplicações similares (por exemplo, pistas de aterragem), o que incluía betumes de diferentes durezas, permitindo utilizações diversas, bem como betumes de diferentes categorias, entre os quais betumes especiais que oferecem melhores desempenhos, que são, no entanto, fabricados a partir do betume rodoviário normal, e cujo preço depende, assim, do preço deste. Apenas duas sociedades, a BAM NBM Wegenbouw BV e a Hollandsche Beton Groep (a seguir «HBG»), na sua resposta à comunicação de acusações, contestaram a inclusão de produtos betuminosos utilizados na construção rodoviária para além do betume rodoviário normal. As recorrentes, em contrapartida, na resposta à comunicação de acusações, não reagiram quanto a este ponto.

100 Em 8 de maio de 2006, a Comissão enviou um pedido de informações à SNV, à SPNV e à Royal Dutch Shell com vista a obter informações acerca do seu volume de negócios relativo ao betume rodoviário, incluindo todos os produtos betuminosos especiais. Em 23 de maio de 2006, estas três sociedades facultaram a informação sobre o montante do seu volume de negócios, nele incluindo o Mexphalte C, o único betume especial que, segundo estas sociedades, podia estar relacionado com a construção rodoviária, especificando, no entanto, que este produto não constituía o objeto do cartel. Na decisão impugnada (considerandos 4 a 6), a Comissão manteve a análise realizada na comunicação de acusações, afirmando que os preços dos outros produtos betuminosos utilizados na construção rodoviária estavam diretamente relacionados com o preço de mercado geral das categorias de betume rodoviário normal. Para chegar a esta conclusão, utilizou as declarações de duas sociedades, a BP e a ExxonMobil, sendo esta última um fornecedor de betume não punido pela Comissão, bem como documentos apreendidos durante as inspeções, nomeadamente às instalações da KWS e da SNV.

101 Na contestação, a Comissão indicou ter-se baseado em vários elementos para incluir o Mexphalte C nos produtos betuminosos que constituíam o objeto do cartel. Assim, em vários documentos da SNV, o Mexphalte C consta do quadro relativo ao betume, na rubrica «Betume transparente que pode ser pigmentado»; além disso, na carta enviada à Comissão em 23 de maio de 2006, a SNV declarou que o único betume especial que podia estar relacionado com o betume rodoviário era o Mexphalte C e, em 2001, apresentou um volume de negócios de 12 113 015 euros relativo ao «valor total das vendas a retalho de betume rodoviário, incluindo o Mexphalte C»; um documento da Shell que contém informações técnicas sobre o Mexphalte C e que faz parte do processo administrativo descreve-o como um betume sintético que pode ser pigmentado; um outro documento do processo administrativo mostra que a lista de preços dos produtos betuminosos rodoviários, enviada pela SNV, em 2001, aos seus clientes, era acompanhada de uma carta tipo que indicava que as variações dos preços dos produtos que constavam dessa lista, da qual fazia parte o Mexphalte C, resultavam da evolução dos preços no mercado do petróleo.

102 As recorrentes apresentaram pela primeira vez perante o Tribunal dois documentos que permitem, segundo elas, demonstrar que a Comissão não devia ter tido em conta o volume de negócios relativo ao Mexphalte C na determinação do volume de negócios da Shell relativo ao betume rodoviário nos Países Baixos. O primeiro documento contém um quadro que compara a evolução do preço do betume rodoviário normal e do Mexphalte C durante o período de 1995 a 2002, bem como cartas da SNV, datadas desse período, anunciando aos seus clientes que os seus aumentos de preço se deviam à evolução dos preços das matérias-primas. O segundo documento consiste na declaração do diretor da

SNV, em 30 de novembro de 2006, referindo que o Mexphalte C não é um produto fabricado a partir do betume, que as evoluções do preço desse produto só muito ligeiramente podiam ser afetadas pelos preços do petróleo, que o mercado em que esse produto é vendido é diferente do mercado do betume rodoviário e que a SNV era a única empresa que fornecia este tipo de produto nos Países Baixos.

- 103 Embora as recorrentes não se tenham pronunciado claramente a este respeito, o Tribunal considera que, no caso em apreço, há que analisar os seus argumentos, por um lado, a título de fiscalização da legalidade e, por outro, a título de competência de plena jurisdição de que o Tribunal dispõe nos termos das disposições do artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003.

¾ Análise dos argumentos das recorrentes no âmbito do controlo da fiscalização da legalidade

- 104 Resulta de jurisprudência constante que, no âmbito de um recurso de anulação, a legalidade do ato impugnado deve ser apreciada em função dos elementos de facto e de direito existentes na data em que o ato foi adotado, nomeadamente dos elementos de informação de que a instituição dispunha no momento da adoção do ato (acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de fevereiro de 1979, França/Comissão, 15/76 e 16/76, Colet., p. 321, n.º 7). Assim, ninguém pode invocar perante o juiz da União, para demonstrar a ilegalidade do ato impugnado, elementos de facto que, não tendo sido alegados no procedimento administrativo, não puderam ser tidos em consideração na data de adoção do ato (v., nesse sentido, acórdão França/Comissão, já referido, n.º 7; acórdãos do Tribunal Geral de 11 de julho de 2007, Centeno Mediavilla e o./Comissão, T-58/05, Colet., p. II-2523, n.º 151, e de 25 de junho de 2008, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão, T-268/06, Colet., p. II-1091, n.º 55). No caso em apreço, decorre da instrução que, no momento da adoção da decisão impugnada, a Comissão não dispunha dos documentos referidos no n.º 102, *supra*, que foram apresentados pelas recorrentes, pela primeira vez, ao Tribunal, como se referiu igualmente no n.º 102, *supra*.
- 105 O presente fundamento, na medida em que visa a anulação da decisão impugnada, deve, por isso, ser analisado sem ter em conta os referidos documentos.
- 106 Neste âmbito, há que realçar que, na comunicação de acusações, a Comissão tinha indicado claramente que considerava que o cartel abrangia todos os produtos betuminosos utilizados na construção rodoviária e em aplicações similares, incluindo os produtos betuminosos especiais, com exceção dos produtos betuminosos de utilização industrial. As recorrentes, contudo, na sua resposta à comunicação de acusações, não contestaram este ponto, contrariamente ao que fizeram outras empresas. Além disso, quando a Comissão pediu às recorrentes que a informassem sobre o seu volume de negócios, estas facultaram, em 23 de maio de 2006, a informação sobre o montante do seu volume de negócios, nele incluindo o Mexphalte C, referindo simultaneamente que, ainda que esse produto não constituísse, por si só, o objeto do cartel, era o «único betume especial que podia estar relacionado com a construção rodoviária».
- 107 Como se referiu no n.º 100, *supra*, a Comissão, na decisão impugnada, para definir o mercado relevante como incluindo todos os produtos betuminosos rodoviários especiais, baseou-se em documentos da BP, da ExxonMobil, da KWS e da SNV, que mostravam que as tabelas de preços enviadas aos clientes abrangiam todos os produtos betuminosos, incluindo os produtos especiais, e que os eventuais aumentos de preço diziam respeito igualmente a todos esses produtos. Por conseguinte, a Comissão considerou corretamente, a partir dos elementos de que dispunha à data da adoção da decisão impugnada, que as vendas de Mexphalte C deviam entrar no cálculo do volume de negócios da Shell, relativo ao betume rodoviário nos Países Baixos.
- 108 Por outro lado, no que respeita ao controlo da observância do dever de fundamentação, é jurisprudência assente que a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE deve deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição, autora do ato, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adotada e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua

fiscalização. Não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um ato cumpre as exigências do artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa (v. acórdão do Tribunal Geral de 9 de julho de 2003, Cheil Jedang/Comissão, T-220/00, Colet., p. II-2473, n.º 216, e jurisprudência referida).

- 109 No que respeita ao alcance do dever de fundamentação relativo ao cálculo do montante de uma coima aplicada por violação das regras de concorrência, por um lado, há que recordar que este dever reveste-se de particular importância e que incumbe à Comissão fundamentar a sua decisão e, nomeadamente, explicar a ponderação e a avaliação que fez dos elementos tomados em consideração (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, Chalkor/Comissão, C-386/10 P, Colet., p. I-13085, n.º 61). Este dever deve ser determinado tendo em conta as disposições do artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003, nos termos do qual «[p]ara determinar o montante da multa, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infração, a duração da mesma». A este respeito, as orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e do artigo 65.º, n.º 5, do Tratado [CA] (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações para o cálculo das coimas»), bem como a comunicação sobre a cooperação, contêm regras indicativas sobre os elementos de apreciação que a Comissão tem em conta para medir a gravidade e a duração da infração (acórdão Cheil Jedang/Comissão, referido no n.º 108, *supra*, n.º 217). Nestas condições, os requisitos da formalidade essencial que constitui o dever de fundamentação estão preenchidos quando a Comissão indica, na sua decisão, os elementos de apreciação que teve em conta na aplicação das orientações para o cálculo das coimas e, se for esse o caso, da sua comunicação sobre a cooperação, e que lhe permitiram medir a gravidade da infração para fins de cálculo do montante da coima (acórdão Cheil Jedang/Comissão, referido no n.º 108, *supra*, n.º 218).
- 110 O juiz da União especificou ainda que há que determinar o alcance do dever de fundamentação, tendo em conta, designadamente, que a gravidade das infrações deve ser apreciada em função de um grande número de elementos, tais como, nomeadamente, as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem que tenha sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração. Além disso, ao fixar o montante de cada coima, a Comissão dispõe de um poder de apreciação e não pode ser obrigada a aplicar, para esse efeito, uma fórmula matemática precisa. Quando uma decisão conclui pela existência de uma infração às regras da concorrência e aplica coimas às empresas que nela participaram, a Comissão deve, se tiver sistematicamente tomado em conta certos elementos de base para fixar o montante das coimas, indicar esses elementos no corpo da decisão, a fim de permitir aos destinatários desta verificar as razões que levaram à fixação do nível da coima e apreciar a existência de uma eventual discriminação (acórdão do Tribunal Geral de 14 de maio de 1998, Buchmann/Comissão, T-295/94, Colet., p. II-813, n.ºs 162 a 164, 171 e 173).
- 111 Por último, o juiz da União indicou que o facto de terem sido comunicadas posteriormente, numa conferência de imprensa ou durante a fase contenciosa, informações mais precisas do que esses elementos de apreciação, tais como os volumes de negócios realizados pelas empresas ou as taxas de redução fixadas pela Comissão, não é suscetível de pôr em causa o carácter suficiente da fundamentação da decisão. Com efeito, os esclarecimentos prestados pelo autor de uma decisão impugnada, que completam uma fundamentação já em si mesma suficiente, não se integram, em rigor, no respeito do dever de fundamentação, mesmo que possam ser úteis à fiscalização interna dos fundamentos da decisão, exercida pelo juiz da União, na medida em que permitem à instituição explicar as razões que estão na base da sua decisão (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2000, KNP BT/Comissão, C-248/98 P, Colet., p. I-9641, n.ºs 41, 42 e 44).
- 112 Tendo em conta esta jurisprudência, conclui-se que a Comissão fundamentou suficientemente a decisão impugnada.

113 De facto, na decisão impugnada, a Comissão apresentou inúmeros elementos de apreciação que permitem aferir a gravidade da infração. Teve, assim, em conta a natureza da infração, referiu o motivo pelo qual não lhe era possível aferir o impacto concreto do cartel no mercado, determinou a dimensão do mercado geográfico em causa, classificou as empresas em causa em diferentes categorias em função das suas quotas de mercado em 2001, último ano completo da infração, e, por último, teve em conta o último volume de negócios mundial dessas empresas, a fim de garantir o efeito dissuasor suficiente da coima (considerandos 310 a 325 da decisão impugnada). Além disso, no considerando 319 da decisão impugnada, a Comissão especificou que, para calcular as quotas de mercado, se baseou no valor das vendas de betume rodoviário em 2001 (ou das compras de betume rodoviário, no caso dos construtores). Ora, nos considerandos 4 a 6 da decisão impugnada, é especificado que o «betume rodoviário» deve ser definido como o betume utilizado na construção rodoviária e em aplicações similares, ou seja, betumes de diferentes durezas, que permitem diferentes utilizações, bem como betumes de diferentes categorias, entre os quais os betumes especiais. A Comissão respondeu, nomeadamente, às objeções de duas empresas que pretendiam excluir os produtos betuminosos especiais, apoiando-se em documentos provenientes de várias sociedades (BP, ExxonMobil, KWS e SNV), que indicavam que as alterações do preço do betume rodoviário normal influenciavam os preços dos outros produtos betuminosos utilizados nesse setor. Como refere a decisão impugnada (considerando 6 e nota de rodapé n.º 11), entre esses documentos figuram os que foram apreendidos durante as inspeções realizadas nas instalações da SNV. Em todo o caso, segundo a jurisprudência referida no n.º 111, *supra*, a Comissão pode acrescentar informações mais precisas à fundamentação da sua decisão na fase contenciosa, que podem ser úteis na fiscalização interna dos fundamentos da decisão operada pelo juiz da União, na medida em que permitem à instituição explicar os motivos que estão na base da sua decisão. No caso em apreço, a Comissão especificou, assim, na contestação, determinados elementos nos quais se baseou para incluir o Mexphalte C nos produtos betuminosos que constituíram o objeto do cartel (v. n.º 101, *supra*).

114 Por último, na réplica, as recorrentes alegam uma violação do princípio da igualdade, na medida em que a Comissão não demonstrou que tinha tido igualmente em conta o valor das compras de Mexphalte C no cálculo da quota de mercado da KWS. No entanto, há que recordar que, na decisão impugnada, a Comissão considerou que o produto em causa para o conjunto dos participantes no cartel era o betume utilizado na construção rodoviária e em aplicações similares, incluindo os betumes especiais (considerandos 4 a 6 da decisão impugnada), e que, para determinar as quotas de mercado de cada empresa em causa, tinha-lhes enviado pedidos de informações que lhe permitiram elaborar quadros com o valor das vendas e das compras de betume de cada empresa nos Países Baixos, em 2001, e que o total das compras dos construtores era igual ao total das vendas dos fornecedores (considerandos 29, 319 e 320 da decisão impugnada). Além disso, uma vez que as recorrentes não apresentaram qualquer elemento que permita concluir que a Comissão adotou uma definição diferente dos produtos abrangidos pelo cartel na determinação da quota de mercado da KWS, há que esta acusação como infundada.

115 Assim, nenhum dos fundamentos suscitados pelas recorrentes no quadro do seu recurso de anulação e relativos à inclusão do Mexphalte C nos produtos abrangidos pelo cartel justifica a anulação da decisão impugnada.

$\frac{3}{4}$ Análise dos argumentos das recorrentes no âmbito da competência de plena jurisdição

116 Há que recordar que a fiscalização da legalidade é completada pela competência de plena jurisdição, que era reconhecida ao juiz da União pelo artigo 17.º do Regulamento n.º 17 e o é, atualmente, pelo artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003, em conformidade com o artigo 261.º TFUE. Esta competência habilita o juiz, para além da simples fiscalização da legalidade da punição, a substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação e, deste modo, a suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada. A fiscalização prevista pelos Tratados implica, pois, de acordo com as exigências do princípio da proteção jurisdicional efetiva que figura no artigo 47.º da Carta dos

direitos fundamentais, que o juiz da União exerça uma fiscalização tanto de direito como de facto e que tem o poder de apreciar as provas, de anular a decisão impugnada e de alterar o montante das coimas. (acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão, C-272/09 P, Colet., p. I-12789, n.ºs 103 e 106, Chalkor/Comissão, referido no n.º 109, *supra*, n.ºs 63 e 67, e KME Germany e o./Comissão, C-389/10 P, Colet., p. I-13125, n.ºs 130 e 133). Além disso, importa recordar que, quanto à aplicação do artigo 81.º CE, nenhuma disposição obriga o destinatário da comunicação de acusações a contestar os seus diferentes elementos de facto ou de direito durante o procedimento administrativo, sob pena de já não o poder fazer ulteriormente, na fase jurisdicional (acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de julho de 2010, Knauf Gips/Comissão, C-407/08 P, Colet., p. I-6371, n.º 89).

- 117 Incumbe, por conseguinte, ao Tribunal Geral, no âmbito da sua competência de plena jurisdição, apreciar, na data em que profere a sua decisão, se o montante da coima aplicada às recorrentes reflete corretamente a gravidade da infração em causa (acórdãos do Tribunal Geral de 11 de março de 1999, Aristrain/Comissão, T-156/94, Colet., p. II-645, n.ºs 584 a 586, de 27 de setembro de 2006, Roquette Frères/Comissão, T-322/01, Colet., p. II-3137, n.ºs 51 a 56 e 293 a 315, e de 7 junho de 2011, Arkema France e o./Comissão, T-217/06, Colet., p. II-2593, n.ºs 251 a 253) e, nomeadamente, se a Comissão determinou corretamente o volume de negócios das recorrentes, relativo ao betume rodoviário nos Países Baixos.
- 118 No entanto, há que recordar que, para preservar o efeito útil do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão tem o direito de obrigar uma empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, com a única condição de não impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão (acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 1989, Orkem/Comissão, 374/87, Colet., p. 3283, n.ºs 34 e 35). Uma empresa à qual a Comissão envie um pedido de informações em aplicação das disposições do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003 está, por conseguinte, vinculada a um dever de colaboração ativa e pode ser punida com uma coima específica, prevista nas disposições do artigo 23.º, n.º 1, daquele regulamento, que pode atingir 1% do seu volume de negócios total, se fornecer, deliberadamente ou por negligência, informações inexatas ou deturpadas. Daqui resulta que, no exercício dos seus poderes de plena jurisdição, o Tribunal pode ter em conta, se for o caso, a falta de colaboração de uma empresa e, consequentemente, majorar o montante da coima que lhe foi aplicada por violação dos artigos 81.º CE ou 82.º CE, desde que esta empresa não tenha sido punida por esse mesmo comportamento com uma coima específica, com base nas disposições do artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.
- 119 Tal poderia acontecer, por exemplo, caso uma empresa, em resposta a um pedido nesse sentido da Comissão, omitisse, deliberadamente ou por negligência, durante o procedimento administrativo, elementos determinantes para a fixação do montante da coima de que dispunha à data da adoção da decisão impugnada. Se, no âmbito do exercício da sua plena jurisdição, o Tribunal não está impedido de tomar em consideração tais elementos, não é menos verdade que a empresa que só os revele na fase contenciosa e, desse modo, atente contra a finalidade e a boa condução do procedimento administrativo, sujeita-se a que este facto seja tomado em consideração na determinação, pelo Tribunal, do montante adequado da coima.
- 120 Por isso, em primeiro lugar, há que analisar se os elementos apresentados pelas recorrentes na fase contenciosa permitem concluir que o volume de negócios do Mexphalte C não devia ser tido em conta no cálculo do montante da coima.
- 121 O primeiro documento, que inclui um quadro comparativo da evolução do preço do betume rodoviário normal e do Mexphalte C no período de 1995 a 2002, bem como cartas da SNV, datadas desse período, a avisar os seus clientes de que os aumentos de preço se deviam à evolução do preço das matérias-primas, apenas permitem concluir que, por vezes, os aumentos de preço do Mexphalte

C corresponderam aos do betume rodoviário normal, ainda que tal não tenha acontecido sistematicamente (paralelismo das variações de preço em maio e em junho de 1999, em fevereiro de 2000, em abril e em setembro de 2002), o que pode explicar-se por considerações de política comercial (por exemplo, em 27 de maio de 1999, a SNV concedeu um desconto especial sobre esse produto aos seus clientes com o objetivo de estimular a sua utilização). Além disso, as cartas enviadas pela SNV aos seus clientes, que acompanhavam esses aumentos de preço, indicavam que esses aumentos de preço se deviam à evolução dos preços no mercado do petróleo.

- 122 O segundo documento, que consiste na declaração do diretor da SNV de 30 de novembro de 2006, apenas permite concluir que o Mexphalte C é fabricado a partir de resina, de extratos de óleo lubrificante e de polímeros. Em resposta a uma questão escrita colocada pelo Tribunal, as recorrentes especificaram ainda que o Mexphalte C era composto, essencialmente, por dois elementos, o BFE e o Nevchem 2338, que, por sua vez, são derivados do petróleo bruto, produzidos através de um processo de produção diferente do que é utilizado para produzir betume. Resulta desses documentos que, ainda que o Mexphalte C seja produzido através de um processo de fabrico diferente do que é utilizado para produzir betume e que os seus componentes não sejam derivados do betume, o petróleo bruto continua a ser a matéria-prima de origem dos seus componentes, tal como acontece com o betume.
- 123 Por outro lado, as recorrentes não apresentaram qualquer elemento probatório que permita concluir que o Mexphalte C constitui um mercado diferente do mercado do betume rodoviário normal. Com efeito, limitaram-se a afirmar que o Mexphalte C era, em regra, comprado pelos municípios e não era utilizado nas autoestradas. Em contrapartida, não apresentaram nenhum elemento suficientemente probatório que permitisse concluir que a evolução do preço do Mexphalte C foi independente da evolução do preço do betume rodoviário normal durante o período da infração.
- 124 Em conclusão, as recorrentes não apresentaram no Tribunal qualquer elemento que permitisse concluir que o Mexphalte C não fazia parte dos produtos que compunham o mercado que constituía o objeto do cartel, e vários elementos do processo indicam que o preço do Mexphalte C estava estreitamente relacionado com o preço do betume rodoviário normal. Por conseguinte, nada permite concluir que o volume de negócios relativo ao Mexphalte C deva ser excluído do volume de negócios das recorrentes, que deve ser tomado em consideração no âmbito da apreciação da gravidade da infração.
- 125 Em segundo lugar, há que determinar se as recorrentes desrespeitaram o seu dever de cooperação durante o procedimento administrativo ao apresentar os elementos suprarreferidos apenas na fase contenciosa e não durante o procedimento administrativo.
- 126 Decorre da carta enviada pelas recorrentes à Comissão, em 23 de maio de 2006, que estas facultaram a informação sobre o montante do seu volume de negócios, nele incluindo o Mexphalte C, único betume especial que, segundo estas sociedades, podia estar relacionado com a construção rodoviária, especificando, no entanto, que esse produto, por si só, não constituía o objeto do cartel. Embora esta formulação comporte uma certa ambiguidade e as recorrentes não tenham apresentado qualquer elemento probatório em apoio destas afirmações, é ponto assente que informaram a Comissão de que consideravam que o volume de negócios do Mexphalte C não devia ser tido em conta na determinação do montante da coima que lhes foi aplicada. Uma vez que não foi enviado pela Comissão às recorrentes qualquer pedido de informações complementares quanto a este aspeto, não se afigura, no caso em apreço, que as recorrentes tenham desrespeitado o seu dever de cooperação leal durante o procedimento administrativo ao não apresentar os documentos descritos nos n.ºs 121 e 122 *supra*, embora tais documentos pudessem ter sido apresentados nessa ocasião.
- 127 Por conseguinte, não há motivo para considerar que as recorrentes desrespeitaram o seu dever de colaboração que resulta das disposições do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003.
- 128 Por conseguinte, há que rejeitar a primeira parte do terceiro fundamento.

Quanto à duração da infração

Argumentos das partes

- 129 As recorrentes consideram que a Comissão cometeu um erro de facto ao considerar que a infração tinha tido início em 1 de abril de 1994. Esta afirmação apenas se baseava em duas notas internas da HBG, datadas de 28 de março e de 8 de julho de 1994, que, contudo, não demonstram a existência de acordos sobre os preços entre os fornecedores. Segundo as recorrentes, os contactos com a KWS aos quais aquelas duas notas se referem eram meramente bilaterais. Relativamente a 1995, a própria Comissão reconheceu, na decisão impugnada, que não possuía qualquer prova de contactos anticoncorrenciais entre os fornecedores. Em contrapartida, as recorrentes reconhecem que o cartel teve início durante a primeira reunião anticoncorrencial, que teve lugar em 19 de fevereiro de 1996. Recordam que, em todo o caso, deve ser-lhes dado o benefício da dúvida (acórdão do Tribunal Geral de 5 de abril de 2006, Degussa/Comissão, T-279/02, Colet., p. II-897, n.º 115).
- 130 A Comissão considera que não cometeu qualquer erro de facto ao considerar que a infração teve início em 1 de abril de 1994 e se manteve em 1995.

Apreciação do Tribunal

- 131 No caso em apreço, a Comissão considerou que as recorrentes cometeram uma infração de longa duração, já que foi superior a cinco anos, tendo fixado a sua duração total em oito anos, de 1 de abril de 1994 a 15 de abril de 2002, agravando assim o montante de partida em 80% (considerando 326 da decisão impugnada).
- 132 Decorre da decisão impugnada que a Comissão utilizou vários elementos de prova concordantes para considerar que o cartel teve início em 1994 (considerandos 93 a 99 e 175 a 178 da decisão impugnada).
- 133 Assim, em primeiro lugar, a Comissão baseou-se nas duas notas internas da HBG, de 28 de março e de 8 de julho de 1994, que dão conta do anúncio, feito pela Shell, da fixação do preço do betume de 1 de abril de 1994 a 1 de janeiro de 1995, com um desconto máximo para o W5 (e um desconto menos significativo para os pequenos construtores), e da existência de acordos sobre os preços celebrados entre as sociedades petrolíferas e o W5 ainda antes de março de 1994. Contrariamente ao que afirmam as recorrentes, estas duas notas dão conta não apenas de contactos meramente bilaterais entre a Shell e a KWS, mas também, de forma inequívoca, da existência de acordos entre os fornecedores e o W5.
- 134 Em segundo lugar, a Comissão baseou-se nas duas notas internas da SNV, de 6 e 9 de fevereiro de 1995. A nota de 6 de fevereiro de 1995, que faz um relato histórico da evolução do mercado da construção rodoviária nos Países Baixos, dá conta, nomeadamente, das «origens do cartel» desde 1980, da parte de responsabilidade que cabe tanto aos poderes públicos como aos construtores e aos fornecedores no surgimento de determinados acordos, da supressão do cartel na sua forma inicial, em 1993, e do facto de os construtores terem exigido uma maior estabilidade dos preços em 1995, para que os volumes e a repartição dos mercados se reaproximassem dos níveis que tinham em 1993. A nota de 9 de fevereiro de 1995 refere uma tentativa da SNV de pôr fim à sua participação no cartel a partir de 1992, que, no entanto, não se concretizou, bem como a celebração de acordos sobre os preços entre o W5 e os fornecedores, em detrimento das entidades adjudicantes e das empresas que não integravam o W5. Esta nota considera as diferentes alternativas que podiam permitir à SNV retirar-se deste cartel, sublinhando simultaneamente as dificuldades inerentes a tal opção. A declaração de um empregado da Kuwait Petroleum, datada de 9 de outubro de 2003, permite igualmente confirmar que os acordos entre os fornecedores e os grandes construtores já existiam quando este empregado chegou à divisão «Betume» desta sociedade, em março e em abril de 1994. Por último, na

sua declaração de empresa de 10 de outubro de 2003, a própria SNV referiu que, após 1993, os grandes construtores tinham encontrado outro método de evitar as perturbações do mercado da construção rodoviária, organizando reuniões com os fornecedores (considerando 91 da decisão impugnada).

- 135 Em terceiro lugar, vários documentos apreendidos pela Comissão permitem confirmar que o sistema de descontos e de sanções funcionava em 1995. Assim, a Comissão apreendeu uma nota interna da HBG, de 7 de julho de 1995, que referia que a Kuwait Petroleum Nederland BV (a seguir «KPN») e a Wintershall AG ofereciam um desconto suplementar à HBG, e um relatório interno da Wintershall, de 4 de março de 1996, relativo a uma reunião com a sociedade Heijmans, que referia o montante do desconto devido a essa sociedade (considerando 98 da decisão impugnada). Além disso, esse mesmo relatório da Wintershall refere que, em 1995, se constatou que os fornecedores tinham concedido descontos indevidos aos pequenos construtores (considerando 82 da decisão impugnada).
- 136 Em quarto lugar, a resposta da KWS à comunicação de acusações, em 20 de maio de 2005, refere igualmente que os acordos entre os fornecedores e os grandes construtores existiam desde 1993 (considerandos 96 e 97 da decisão impugnada).
- 137 Por último, em quinto lugar, os pedidos de três empresas para beneficiarem da comunicação sobre a cooperação permitem confirmar que os acordos existiam, pelo menos, desde 1 de abril de 1994. Trata-se da declaração da Kuwait Petroleum, de 9 de outubro de 2003, da resposta da empresa Nynas, de 2 de outubro de 2003, a um pedido de informações e da declaração da BP, de 12 de julho de 2002.
- 138 No que diz respeito a 1995, há que especificar que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, a Comissão nunca reconheceu que não dispunha de nenhuma prova dos contactos anticoncorrenciais entre os fornecedores, mas apenas que não dispunha de provas da celebração de novos acordos em 1995, nem de que os acordos anteriores tivessem terminado nesse ano e que, por conseguinte, concluiu que os acordos celebrados em 1994 continuavam em vigor em 1995 (considerandos 98 e 99 da decisão impugnada).
- 139 Assim, resulta do conjunto destes elementos de prova concordantes que a Comissão considerou corretamente e demonstrou suficientemente que a infração cometida pelas recorrentes teve início em 1 de abril de 1994. Por conseguinte, há que rejeitar o terceiro fundamento na totalidade.

4. Quanto ao quarto fundamento, relativo aos erros de facto e de direito a respeito das circunstâncias agravantes

- 140 A título prévio, há que salientar que o juiz da União considera que é necessário, quando da apreciação do papel desempenhado por uma empresa numa infração, distinguir o conceito de líder do de instigador de uma infração e efetuar duas análises separadas para verificar se aquela desempenhou um ou outro desses papéis. Com efeito, enquanto o papel de instigador se relaciona com o momento do estabelecimento ou alargamento de um cartel, o papel de líder tem a ver com o funcionamento deste. (acórdão do Tribunal Geral de 15 de março de 2006, BASF/Comissão, T-15/02, Colet., p. II-497, n.º 316).

Quanto ao papel de instigadora da SNV

Argumentos das partes

- 141 As recorrentes consideram que, ao atribuir à SNV, conjuntamente com a KWS, o papel de instigadora do cartel, a Comissão cometeu erros de direito e de facto que justificam a anulação, total ou parcial, do agravamento de 50% da coima que lhes foi aplicada.

¹⁴² A Comissão recorda que o juiz da União estabelece uma distinção entre os papéis de instigador e de líder e que, se o Tribunal considerar que as provas são insuficientes no que respeita a um dos dois papéis, pode sempre manter o agravamento de 50% na coima (acórdão BASF/Comissão, n.º 140 *supra*, n.ºs 342 a 349). No que respeita à atribuição do papel de instigadora à SNV, a Comissão refere que se baseou, por um lado, no facto de a SNV ter proposto à KWS a concessão de um desconto especial aos grandes construtores, desempenhando, desse modo, um papel na criação do cartel e, por outro lado, no facto de a SNV ter tentado convencer a ExxonMobil a aderir ao cartel. A Comissão utilizou três elementos de prova concordantes, designadamente, uma passagem de um relatório interno da Wintershall, de 1992, dois elementos da resposta da KWS à comunicação de acusações e, por último, duas notas internas da ExxonMobil, de 1993. Por último, recorda que o juiz da União não lhe impõe que possua elementos relativos à elaboração ou à conceção dos pormenores do cartel para demonstrar o papel de instigadora de uma empresa (acórdãos do Tribunal Geral de 20 de março de 2002, HFB e o./Comissão, T-9/99, Colet., p. II-1487, n.º 578, e BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 321).

^{3/4} Quanto à proposta feita à KWS de concessão de descontos especiais ao W5

¹⁴³ As recorrentes consideram que, para demonstrar que a SNV esteve na origem do cartel, a Comissão baseou-se apenas no depoimento de um dos empregados da KWS, constante da resposta desta à comunicação de acusações, referindo que a SNV tinha proposto, pela primeira vez, em 1993, que os fornecedores concedessem um desconto especial ao W5. No entanto, em 22 de novembro de 2006, na sequência da comunicação deste depoimento à SNV, o diretor de vendas de betume desta empresa prestou uma declaração sob juramento que contradizia aquela afirmação, referindo, nomeadamente, que o W5, que já tinha exigido descontos especiais quando ele iniciara funções, em 1992, estava na origem desses descontos especiais.

¹⁴⁴ A Comissão suscita, a título preliminar, uma questão relativa à admissibilidade desta declaração, que, na sua opinião, não pode constituir um elemento de prova válido. As recorrentes especificam que o diretor de vendas de betume da SNV não foi ouvido pela Comissão na sequência da apresentação do pedido da SNV para beneficiar da comunicação sobre a cooperação, porque a Comissão tinha informado aquela sociedade de que esta audição apenas seria necessária se essa pessoa pudesse facultar elementos suplementares, o que não era o caso. Assim, ainda que aquele se tenha colocado à disposição da Comissão, esta não considerou necessário ouvi-lo durante o procedimento administrativo.

¹⁴⁵ As recorrentes consideram, por outro lado, que a declaração da KWS é pouco fiável e recordam que foi contestada pelo diretor de vendas de betume da SNV e não é corroborada por nenhum outro elemento de prova. Consideram, além disso, que a Comissão não respeitou o seu direito a um processo equitativo e a uma investigação imparcial ao não verificar a credibilidade das afirmações da KWS e que a Comissão cometeu um erro de facto e de direito e não cumpriu o seu dever de fundamentação ao considerar que esta declaração da KWS permitia demonstrar que a SNV tinha sido a instigadora do cartel.

¹⁴⁶ Segundo a Comissão, por um lado, não resulta do seu processo que a KWS tenha sido a única a ter a iniciativa do cartel e, por outro lado, as recorrentes não demonstraram que a SNV se tenha esforçado para pôr termo à sua participação em acordos anticoncorrenciais anteriores. Pelo contrário, a Comissão considera que os dois grupos de empresas tinham um interesse económico no funcionamento do cartel, um do lado da oferta, com os fornecedores, e o outro do lado da procura, com os construtores. Assim, os fornecedores tinham interesse no cartel porque este assegurava-lhes o aumento e a estabilidade dos preços e permitia-lhes evitar a entrada no mercado de um novo fornecedor que pudesse, isoladamente, propor preços mais baixos aos construtores, reduzindo, desse modo, as suas quotas de mercado.

- 147 Para demonstrar que a SNV desempenhou um papel de instigadora ao propor à KWS a concessão de um desconto especial ao W5, a Comissão refere que se apoiou, como lhe permite o juiz da União, em vários documentos contemporâneos e posteriores ao cartel, que corroboravam os elementos constantes da resposta da KWS à comunicação de acusações (acórdão do Tribunal Geral de 26 de abril de 2007, *Bolloré/Comissão*, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 e T-126/02, T-128/02 e T-129/02, T-132/02 e T-136/02, *Colet.*, p. II-947, n.º 563). Teve, assim, em consideração, por um lado, o relatório interno da Wintershall, de 20 de fevereiro de 1992, que faz referência a contactos entre a SNV e a KWS, e ao facto de a SNV ter ficado encarregada de fazer propostas de cooperação futura entre os fornecedores e o W5 e, por outro lado, uma nota interna da HBG, de 28 de março de 1994, relativa à comunicação, pela SNV, dos preços e dos descontos acordados.
- 148 O facto de outros elementos permitirem corroborar o depoimento do empregado da KWS explica igualmente a diferença de tratamento que a Comissão reservou à ExxonMobil quando esta foi posta em causa por outras sociedades.

$\frac{3}{4}$ Quanto às tentativas de convencer a ExxonMobil a aderir ao cartel

- 149 As recorrentes consideram que a Comissão não podia basear-se apenas nas duas notas internas da ExxonMobil para demonstrar que a SNV tentou convencê-la a aderir ao cartel e, desse modo, desempenhou um papel de instigadora.
- 150 Segundo a Comissão, as duas notas internas da ExxonMobil são suficientes para demonstrar que a SNV tentou convencê-la a aderir ao cartel e, desse modo, desempenhou um papel de instigadora. Recorda, antes de mais, que, em conformidade com a jurisprudência, uma empresa que sugeriu à outra a oportunidade de uma colusão, ou procurou convencê-la a proceder desse modo, pode ser qualificada de instigadora de um cartel (acórdão *BASF/Comissão*, referido no n.º 140, *supra*, n.º 321). A Comissão considera, assim, que o facto de um parceiro comercial informar outro sobre os preços que pretende praticar em relação aos seus clientes é ilegal. Especifica ainda que não se tratou de um incidente isolado, uma vez que o diretor de vendas de betume da SNV contactou a ExxonMobil em março de 1993 e em março de 1994, e que o facto, supostamente demonstrado, de que o cartel não estava ainda instituído não tem influência na qualificação de instigador. Por último, no que respeita à afirmação de que outros fornecedores mantiveram contacto com a ExxonMobil, tal não foi suficientemente demonstrado.

Apreciação do Tribunal

- 151 Resulta da decisão impugnada que a Comissão considerou que a SNV, no grupo dos fornecedores, e a KWS, no W5, tinham uma responsabilidade especial devido ao respetivo papel de instigadoras do cartel (considerando 342). Considerou que dois elementos permitiam concluir que a SNV desempenhou um papel de instigadora no cartel: por um lado, a SNV propôs à KWS a concessão de um desconto específico ao W5, desempenhando, assim, um papel na criação do cartel e, por outro lado, a SNV tentou convencer a ExxonMobil a aderir ao cartel. Nesse sentido, a Comissão baseou-se em três elementos de prova que considera concordantes: uma passagem de um relatório interno da Wintershall, de 18 de fevereiro de 1992, que refere, por um lado, que a KWS a informou de que contactara a SNV para lhe pedir que apresentasse propostas de cooperação entre os fornecedores e o W5 e, por outro lado, que a SNV lhe apresentou uma proposta de desconto especial para o W5 em 1993, dois elementos da resposta da KWS à comunicação de acusações, que confirmam que estas iniciativas da SNV estiveram na origem do cartel e, por último, notas internas da ExxonMobil, relativas à tentativa da SNV de a incitar a aderir ao cartel.

$\frac{3}{4}$ Princípios gerais relativos ao papel de instigador

- 152 Quando uma infração tenha sido cometida por diversas empresas, há que apreciar a gravidade relativa da participação de cada uma delas (acórdãos do Tribunal de Justiça 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, *Colet.*, p. 1663,

- n.º 623, e Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 36, *supra*, n.º 92), o que implica, em particular, definir os papéis desempenhados por cada uma na infração durante o período em que nela participaram (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Colet., p. I-4125, n.º 150, e acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 1991, Enichem Anic/Comissão, T-6/89, Colet., p. II-1623, n.º 264).
- 153 Daqui resulta, designadamente, que o papel de instigadora ou de líder desempenhado por uma ou várias empresas no âmbito de um cartel deve ser tido em conta para efeitos do cálculo do montante da coima, na medida em que as empresas que desempenharam tal papel devem, por esse motivo, assumir uma particular responsabilidade face às outras empresas (v., nesse sentido, acórdãos do Tribunal Geral de 14 de maio de 1998, Mayr Melnhof/Comissão, T-347/94, Colet., p. II-1751, n.º 291, e de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon e o./Comissão, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Colet., p. II-1181, denominado «Tokai I», n.º 301).
- 154 Segundo estes princípios, o ponto 2 das orientações para o cálculo das coimas estabelece, sob a epígrafe «circunstâncias agravantes», uma lista não exaustiva de circunstâncias que podem levar a um aumento do montante de base da coima, incluindo, nomeadamente, o «papel de líder ou de instigador da infração» (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.ºs 280 a 282).
- 155 Há que observar que, para ser qualificada de instigadora de um cartel, uma empresa deve ter pressionado ou encorajado outras empresas a dar corpo ao cartel ou a integrá-lo. Não basta, ao invés, ter simplesmente figurado entre os membros fundadores do cartel. Esta qualificação deve ficar reservada para a empresa que, eventualmente, tomou a iniciativa, por exemplo sugerindo à outra a oportunidade de uma colusão ou tentando convencê-la a proceder desse modo (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 321). Contudo, o juiz da União não impõe à Comissão que possua elementos relativos à elaboração e à conceção dos pormenores do cartel. Por último, precisou que o papel de instigador respeita ao momento da criação ou do alargamento de um cartel (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 316), o que permite considerar que várias empresas podem, simultaneamente, desempenhar um papel de instigadora de um mesmo cartel.
- 156 Além disso, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, em princípio, nada impede a Comissão de se basear num único acontecimento para demonstrar que uma empresa desempenhou um papel instigador num cartel, desde que esse único elemento permita demonstrar, de forma segura, que essa empresa pressionou ou encorajou outras empresas a instituir o cartel ou a integrá-lo. De facto, em primeiro lugar, há que recordar que a Comissão não está vinculada à sua prática decisória anterior, sendo a legalidade das suas decisões apreciada unicamente com base nas normas que lhe são aplicáveis, nomeadamente, os Regulamentos n.ºs 1/2003 e 773/2004 e as orientações, tal como interpretados pelo juiz da União (v. n.º 90, *supra*). Em segundo lugar, há que sublinhar que decorre unicamente do n.º 350 do acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, que uma empresa não pode procurar minimizar o seu papel de líder de uma infração imputando-o a outra empresa que apenas por uma única vez tomou a iniciativa de anunciar um aumento de preços decidido no cartel, quando é um facto assente que ela própria anunciou tais aumentos em várias ocasiões.
- 157 Em todo o caso, decorre da decisão impugnada (considerando 342) que a Comissão não se baseou unicamente na resposta da KWS à comunicação de acusações para considerar que a SNV desempenhou o papel de instigadora neste cartel, mas utilizou também uma passagem de um relatório interno da Wintershall, de 18 de fevereiro de 1992, que refere que a KWS a informou de que contactara a SNV para lhe pedir que apresentasse propostas de cooperação entre os fornecedores e o W5, e que, por isso, a SNV lhe apresentou uma proposta de desconto especial para o W5 em 1993, bem como notas internas da ExxonMobil, relativas à tentativa da SNV de a incitar a aderir ao cartel.
- 158 Compete ao Tribunal Geral apreciar, à luz dos princípios acima recordados, se a Comissão apresentou elementos de prova suficientes para demonstrar que a SNV desempenhou um papel de instigadora no cartel.

¾ Admissibilidade do depoimento apresentado pelas recorrentes

- 159 A título preliminar, compete ao Tribunal Geral pronunciar-se sobre a admissibilidade da declaração do diretor de vendas de betume da SNV, de 22 novembro de 2006, que refere que apenas o W5 esteve na origem do cartel. De facto, a Comissão afirma que, na sequência do pedido formulado pela SNV, em 10 de outubro de 2003, para beneficiar da comunicação sobre a cooperação, que incluía uma declaração desse mesmo empregado, pretendeu ouvir o depoimento deste, mas que a SNV se opôs a que ele fosse ouvido, e que a declaração de 2006 constituía um desvio do procedimento de audição de testemunhas previsto no Regulamento de Processo e não podia, por conseguinte, constituir uma prova válida (acórdão do Tribunal Geral de 21 abril de 2004, M/Tribunal de Justiça, T-172/01, Colet., p. II-1075, n.º 94).
- 160 No entanto, há que sublinhar que este acórdão vem apenas precisar que há que proceder a uma distinção entre um depoimento recolhido pelo Tribunal Geral no âmbito do processo de audição previsto pelas disposições dos artigos 68.º a 76.º do Regulamento de Processo e um depoimento recolhido noutro âmbito, que apenas constitui a produção de um elemento de prova. Além disso, o Tribunal é livre de apreciar soberanamente o valor a atribuir aos vários elementos de facto e meios de prova que lhe foram submetidos ou que ele próprio pôde coligir (despacho do Tribunal de Justiça de 29 outubro de 2004, Ripa di Meana/Parlamento, C-360/02 P, Colet., p. I-10339, n.º 28). Nenhuma norma proíbe uma recorrente de apresentar um elemento de prova ao Tribunal quando não o tenha apresentado durante o procedimento administrativo. Contudo, o Tribunal deve tomar em consideração esta circunstância no âmbito da sua apreciação da força probatória deste elemento de prova. Por conseguinte, a declaração em causa deve ser considerada admissível.
- 161 No que respeita à força probatória deste depoimento apresentado pelas recorrentes há que recordar que a atividade do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral é regida pelo princípio da livre apreciação das provas, com exceção das derrogações previstas no Regulamento de Processo acima referidas, e que o único critério para apreciar o valor das provas produzidas reside na sua credibilidade (conclusões do juiz Bo Vesterdorf, designado como advogado-geral no processo que deu origem ao acórdão do Tribunal Geral de 24 de outubro de 1991, Rhône-Poulenc/Comissão, T-1/89, Colet., p. II-867, II-869). A este respeito, para apreciar o valor probatório de um documento, é necessário, antes de mais, verificar a verosimilhança da informação que nele está contida. Deve então ter-se em conta, nomeadamente, a origem do documento, as circunstâncias da sua elaboração, o seu destinatário, e perguntar se, segundo o seu conteúdo, se afigura razoável e fidedigno (acórdão Cimentos, referido no n.º 77, *supra*, n.º 1838). Há que recordar igualmente que, se, durante o procedimento administrativo, a Comissão não pode impor a audição de pessoas como testemunhas ajuramentadas, as disposições do artigo 19.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 permitem-lhe ouvir qualquer pessoa que para tal dê o seu consentimento.
- 162 No caso em apreço, decorre dos documentos que integram os autos que, na sequência do pedido formulado pela SNV, em 10 de outubro de 2003, para beneficiar da comunicação sobre a cooperação, que incluía uma declaração do seu diretor de vendas de betume, a Comissão perguntou à SNV se essa pessoa estava em condições de facultar elementos suplementares relativamente aos que constavam dessa declaração, ao que a SNV respondeu negativamente, referindo, no entanto, que a Comissão podia ouvi-la se considerasse necessário. Embora seja verdade, por conseguinte, que a Comissão não pediu para ouvir essa pessoa, há que sublinhar que, na sua declaração de 24 de setembro de 2003, proferida no âmbito do pedido da SNV para beneficiar da comunicação sobre a cooperação, este empregado da SNV referiu que o W5 pretendia conhecer o preço bruto da SNV como base de cálculo para proceder a aumentos de preço uniformes em todo o mercado e que esse empregado estava encarregado de contactar a KWS assim que fosse necessário realizar uma reunião de concertação sobre o betume, mas, na sua declaração de 2006, posterior à adoção da decisão impugnada, negou que tivesse proposto a criação de um sistema de desconto específico para o W5 e que tivesse concertado posições com os outros fornecedores. Portanto, há que concluir que estes elementos reduzem a força probatória e, consequentemente, a credibilidade do depoimento apresentado pelas recorrentes.

$\frac{3}{4}$ Quanto ao desconto específico concedido ao W5

- 163 As recorrentes sustentam, em primeiro lugar, que não é coerente considerar que os fornecedores tiveram interesse na criação de um tal cartel, o que permite concluir que apenas os construtores tiveram a iniciativa do cartel. Especificam que apenas estes tinham instituído medidas de retaliação contra os fornecedores que não respeitassem os termos dos acordos.
- 164 No entanto, resulta da decisão impugnada (considerandos 146 a 154) que os dois grupos de empresas tinham um interesse económico no funcionamento do cartel, uma vez que os fornecedores, do lado da oferta, tinham vantagem em assegurar o aumento dos seus preços de venda que estavam num nível mais elevado do que os dos países vizinhos, mesmo após a dedução do desconto concedido ao W5) bem como a sua estabilidade ao mesmo tempo que evitavam a entrada no mercado de um novo fornecedor que pudesse, isoladamente, propor preços mais baixos aos construtores. Por outro lado, o argumento relativo à falta de interesse, para os fornecedores, em oferecer um desconto preferencial ao W5 pode ser afastado, na medida em que, como a Comissão referiu corretamente, na decisão impugnada (considerando 149), os aumentos do preço bruto propostos pelos fornecedores apenas eram aceites pelos grandes construtores se estivessem associados a um aumento do desconto concedido ao W5.
- 165 As recorrentes sustentam, além disso, que a SNV não pode ser considerada instigadora do cartel na medida em que ela própria procurou pôr fim ao cartel em 1993. No entanto, esta afirmação não assenta em elementos de prova suficientemente convincentes. De facto, a nota interna de 6 de fevereiro de 1995, na qual as recorrentes se baseiam, apenas se refere a uma tentativa da SNV de pôr fim a um cartel, do lado da venda, em 1993, mas que parece não ter resultado, e refere, além disso, que a SNV e a ExxonMobil tinham tido a iniciativa desse mesmo cartel (e não da sua cessação) do lado da oferta.
- 166 As recorrentes consideram, por outro lado, que a Comissão se baseou apenas na resposta da KWS à comunicação de acusações para considerar que a SNV fez propostas de concessão de um desconto específico ao W5 e que o depoimento do empregado da KWS que consta desse documento tinha apenas um valor probatório muito limitado, uma vez que tinha sido apresentado no quadro da resposta à comunicação de acusações, que descrevia a KWS como única instigadora do cartel, e, por isso, visava apenas atribuir o papel de instigadora a outra sociedade. Segundo as recorrentes, há que ter em conta igualmente o facto de esse depoimento ter sido prestado doze anos após os factos controvertidos e de a resposta da KWS ser, de uma maneira geral, pouco credível, uma vez que continha inúmeras imprecisões. No entanto, há que salientar que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, a Comissão não se baseou apenas neste documento para demonstrar que a SNV fez propostas de concessão de descontos específicos ao W5. A leitura do considerando 342 da decisão impugnada permite, de facto, constatar que a Comissão considerou que a SNV tinha desempenhado o papel de instigadora do cartel, entre os fornecedores, apoiando-se em cinco documentos, designadamente, a nota interna da Wintershall, a resposta da KWS à comunicação de acusações, a nota interna da HBG, de 28 de março de 1994 (por remissão para o considerando 175 da decisão impugnada), bem como os dois documentos da ExxonMobil relativos às tentativas da SNV de convencê-la a aderir ao cartel.
- 167 Alguns destes elementos de prova indicam, assim, que a SNV fez propostas de concessão de um desconto específico ao W5. A Comissão, por um lado, teve em conta um relatório interno da Wintershall, de 18 de fevereiro de 1992, redigido na sequência de uma visita da KWS, que fazia referência a contactos entre esta e a SNV e ao facto de a SNV ter ficado encarregada, na qualidade de «marketleader», de apresentar propostas de cooperação entre os fornecedores e o W5, o que correspondia a um monopólio de compra. Por outro lado, utilizou a nota interna da HBG, de 28 de março de 1994, que dá conta da comunicação, pela SNV, aos outros fornecedores dos preços do betume e dos descontos acordados com o W5. Ainda que o primeiro documento permita confirmar a passagem da resposta da KWS à comunicação de acusações, na qual aquela afirmava que a SNV tinha feito propostas de concessão de um desconto específico ao W5, o segundo, no entanto, apenas permite

afirmar que a SNV negociou com o W5 e transmitiu o resultado dessas negociações à HBG. Estes elementos de prova não permitem, por isso, isoladamente considerados, demonstrar que a SNV esteve na origem da concessão de um desconto suplementar ao W5. De facto, mantém-se a incerteza quanto à questão de saber se a SNV tomou essa iniciativa de forma espontânea ou se o fez a pedido da KWS, como a nota da Wintershall, de 1992, deixa transparecer.

- 168 Por outro lado, as recorrentes sublinham que a Comissão interpretou mal este extrato da resposta da KWS à comunicação de acusações, que apenas permite constatar o simples facto de que a SNV desempenhou o papel de porta-voz dos fornecedores e, desse forma, cometeu um erro de direito, um erro de facto e, quanto a este ponto, fundamentou de forma insuficiente a decisão impugnada. No entanto, há que sublinhar que, neste documento, a KWS afirma claramente que, em 1993, a SNV deu-lhe conta, através de um dos seus empregados, de uma proposta de preço, bem como, pela primeira vez, de uma proposta de concessão de um desconto especial para o W5 em nome dos fornecedores.
- 169 Por último, as recorrentes consideram que a Comissão não respeitou o seu direito a um processo equitativo e a uma investigação imparcial, na medida em que, na sequência da declaração do seu empregado, de 12 de junho de 2006, que punha em causa as afirmações da KWS, devia ter verificado a credibilidade dessas afirmações, como fez quando as declarações da Kuwait Petroleum e da Nynas, relativas à participação da ExxonMobil no cartel, foram postas em causa por outras empresas durante a audição.
- 170 A título liminar, importa observar que, entre as garantias atribuídas pelo direito da União nos procedimentos administrativos figura, nomeadamente, o princípio da boa administração, a que está ligada a obrigação de a instituição competente examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso concreto (acórdão *Atlantic Container Line e o./Comissão*, referido no n.º 83, *supra*, n.º 404).
- 171 No entanto, é necessário esclarecer que nem o Regulamento n.º 1/2003 nem o Regulamento n.º 773/2004, nem qualquer outro texto, impõem à Comissão que proceda a novas audições ou ao envio de novos pedidos de informações sempre que as afirmações de uma empresa sejam postas em causa por outra durante o procedimento administrativo. A única limitação à qual a Comissão está sujeita é a do respeito pelos direitos de defesa durante procedimento, recordado pelas disposições do artigo 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Nesse sentido, o juiz da União já recordou que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação para decidir do interesse que pode apresentar uma audição das pessoas cujo depoimento possa ter importância para a instrução do processo (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de janeiro de 1984, VBVB e VBVB/Comissão, 43/82 e 63/82, Colet., p. 19, n.º 18; acórdãos do Tribunal Geral de 28 fevereiro de 2002, *Compagnie generale maritime e o./Comissão*, T-86/95, Colet., p. II-1011, n.º 468, e HFB e o./Comissão, referido no n.º 142, *supra*, n.º 383), a garantia do direito de defesa não exige que a Comissão proceda à inquirição de testemunhas indicadas pelos interessados, quando considerar que a instrução do processo foi suficiente (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 1984, *Eisen und Metall/Comissão*, 9/83, Recueil, p. 2071, n.º 32, e acórdão HFB e o./Comissão, referido no n.º 142, *supra*, n.º 383). Do mesmo modo, sempre que os textos regulamentares e as suas próprias comunicações lhe deixem a possibilidade de escolher, entre os tipos de elementos ou de abordagens que podem teoricamente ser pertinentes, a Comissão conserva uma grande liberdade de ação (acórdão do Tribunal Geral de 14 de dezembro de 2005, *General Electric/Comissão*, T-210/01, Colet., p. II-5575, n.º 519).
- 172 A Comissão respondeu a este argumento das recorrentes evocando princípio de igualdade de tratamento, que faz parte dos princípios fundamentais do direito da União e que impõe que as situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente, a menos que a diferenciação seja objetivamente justificada (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 1990, *Wuidart e o.*, C-267/88 a C-285/88, Colet., p. I-435, n.º 13). É verdade que, sem se referirem a este princípio, as recorrentes alegaram que a Comissão lhes concedeu um tratamento diferente do que reservou à

Kuwait Petroleum e à Nynas, cujas declarações relativas à participação da ExxonMobil no cartel tinham sido postas em causa por outras empresas durante a audição e às quais a Comissão deu uma nova oportunidade de se pronunciarem. Como sublinha corretamente a Comissão, a situação destas duas empresas era diferente da situação da SNV. De facto, depois da audição, a Comissão enviou à Kuwait Petroleum e à Nynas um pedido de informação complementar relativo a essa questão porque, na audição, essas duas empresas não tinham podido reagir às afirmações de várias outras empresas que punham em causa a veracidade das suas declarações a respeito da ExxonMobil. Em contrapartida, no caso da SNV, a Comissão considerou que, uma vez que outros elementos relativos ao papel da SNV no cartel corroboravam os que constavam da resposta da KWS à comunicação de acusações, não era necessário tomar medidas especiais na sequência da receção da declaração do empregado da SNV, de 12 de junho de 2006, que punha em causa as afirmações da KWS. Por conseguinte, no caso em apreço, a Comissão não violou o princípio da igualdade de tratamento.

173 Por último, em todo o caso, e a título subsidiário, há que recordar que uma violação dos direitos de defesa só pode levar à anulação da decisão impugnada se se demonstrar que, não se tendo verificado tal violação, existiria uma possibilidade, ainda que diminuta, de as recorrentes terem conseguido que o procedimento administrativo tivesse chegado a um resultado diferente (acórdãos do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/89, Colet., p. II-1711, n.º 56, e Cimentos, referido no n.º 77, *supra*, n.º 383). Ora, as recorrentes não apresentam qualquer elemento nesse sentido.

174 Em conclusão, ainda que os elementos de prova utilizados pela Comissão permitam considerar que a SNV fez propostas de concessão de um desconto específico ao W5, não são, no entanto, suficientes, só por si, para demonstrar que aquela empresa esteve na origem da criação de tal desconto ou que procedeu assim a pedido da KWS. Por conseguinte, para apreciar o papel de instigadora da SNV no cartel, há que analisar os elementos de prova relativos às tentativas da SNV de convencer outras empresas a aderir ao cartel.

¾ Quanto às tentativas de convencer a ExxonMobil a aderir ao cartel

175 A tentativa da SNV de incentivar a Exxonmobil a aderir ao cartel constitui o segundo elemento no qual a Comissão se baseou para considerar que a SNV esteve na origem do cartel. Para demonstrá-lo, a Comissão utilizou documentos internos da ExxonMobil relativos a dois incidentes.

176 A título liminar, há que sublinhar que um desses documentos, datado de 11 de abril de 2004, não foi referido expressamente pela Comissão na decisão impugnada, nem na comunicação de acusações, mas fazia parte, no entanto, do processo administrativo da Comissão, ao qual as recorrentes tiveram acesso após a comunicação de acusações e, por conseguinte, pode ser tido em conta pelo Tribunal no âmbito do exercício do seu poder de plena jurisdição (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de novembro 2000, SCA Holding/Comissão, C-297/98 P, Colet., p. I-10101, n.º 55, e acórdão Tokai I, referido no n.º 153, *supra*, n.º 165, e, para uma aplicação relativa ao papel de líder, acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 354).

177 A primeira série de documentos diz respeito, por um lado, a uma reunião que teve lugar em 22 de março de 1993 entre as duas sociedades, no âmbito da qual o representante da SNV fez referência, a título incidental, ao aumento do preço do betume previsto para 1 de abril de 1993, à qual a ExxonMobil declarou não ter reagido e, por outro lado, a uma chamada telefónica desse mesmo empregado da SNV, nesse mesmo dia, para casa do empregado da ExxonMobil, a informá-lo novamente da sua intenção de aumentar os preços em 1 de abril de 1993, para «quebrar o sistema de preços do CROW», e ao qual esse empregado reagiu dizendo-lhe que deixasse de lhe transmitir informações relacionadas com práticas anticoncorrenciais.

- 178 Ainda que estes dois elementos permitam considerar que um empregado da SNV fez referência a práticas anticoncorrenciais relativas a um aumento concertado do preço do betume em 1993, há que sublinhar, no entanto, que existem dúvidas quanto à questão de saber se estas dizem respeito ao cartel em causa na decisão impugnada. De facto, aparentemente, as propostas apresentadas pela SNV visavam destruir o mecanismo de fixação dos preços do CROW, ao passo que, segundo a decisão impugnada, os membros do W5 tinham um forte interesse na manutenção desse mecanismo (considerando 26 da decisão impugnada). Além disso, há que recordar que, na decisão impugnada, a Comissão concluiu, por fim, que a ExxonMobil não tinha participado no cartel em causa.
- 179 A segunda série de documentos respeita a 1994. Uma nota de 28 de março de 1994 relata um apelo de um empregado da SNV, que se apresentava como encarregado das questões relativas ao betume e que propunha à ExxonMobil a organização de uma reunião para tratar, nomeadamente, da «estratégia clientes comuns». Outra nota, de 11 de abril de 2004, faz referência a uma reunião realizada em 8 de abril de 1994, com esse mesmo empregado, «no âmbito de uma reunião Nabit» (Nabit é o nome da organização profissional das empresas de betume dos Países Baixos), durante a qual a ExxonMobil lhe pediu que não abordasse determinados assuntos «proibidos quer pelas políticas da Esso que pelas da Shell». Daqui resulta que estes documentos, cujo conteúdo é bastante vago, não permitem determinar se a SNV se referia ao cartel em causa.
- 180 Ainda que não seja coerente interpretar esses documentos como estando inseridos no contexto de intercâmbios bilaterais habituais e lícitos entre as duas sociedades, como sugerem as recorrentes, tem de concluir-se, no entanto, que esses quatro documentos são relativamente vagos e não se referem necessariamente ao cartel em causa. De resto, a própria Comissão optou por não mencionar os dois documentos de 1994 na decisão impugnada, apesar de ter referido esse incidente ocorrido em 1994 na comunicação de acusações (n.º 204).
- 181 Daqui decorre que os elementos de prova apresentados pela Comissão não permitem concluir, de forma segura, que a SNV desempenhou um papel de instigadora, nomeadamente em relação à ExxonMobil, no âmbito da instituição do cartel em causa.

$\frac{3}{4}$ Conclusão relativa ao papel de instigador

- 182 Nestas condições, não se pode deixar de concluir que a apreciação da Comissão constante da decisão impugnada, no sentido de que a SNV desempenhou um papel de instigadora na infração em causa está insuficientemente fundamentada.
- 183 Não tendo a Comissão apresentado ao Tribunal, com o objetivo de provar o papel de instigadora da SNV na infração em causa, qualquer elemento suplementar relativamente às circunstâncias referenciadas no considerando 342 da decisão impugnada, a apreciação do Tribunal concentrar-se-á sobre o papel de líder desempenhado pela SNV nessa mesma infração.

Quanto ao papel de líder da SNV

Argumentos das partes

- 184 As recorrentes consideram que, ao imputar à SNV o papel de líder do cartel, a Comissão cometeu erros de direito e de facto que justificam a anulação, total ou parcial, do agravamento de 50% no montante da coima que lhe foi aplicada. Segundo a jurisprudência, para ficar demonstrado que uma empresa desempenhou o papel de líder, a Comissão tem de provar que esta empreendeu ações concretas que impulsionaram de forma importante a execução do acordo colusório, distinguindo-se assim claramente dos outros participantes no acordo (acórdão BASF/Comissão, n.º 140 *supra*, n.º 348) o que, no que lhe diz respeito, a Comissão não logrou fazer.

185 No caso em apreço, a Comissão baseou-se em elementos relativos a cinco comportamentos da SNV para considerar que esta era líder do cartel: durante os primeiros anos do cartel, em 1994 e 1995, o papel por ela desempenhado nas negociações com os membros do W5, em nome dos fornecedores; a partir de 1996, quando tiveram início as reuniões de concertação sobre o betume, o facto de ter tomado a iniciativa de anunciar à KWS, de forma bilateral, os aumentos de preços previstos, uma vez que avaliavam em conjunto a oportunidade de organizar uma reunião entre os fornecedores e os grandes construtores; o seu papel preponderante nas reuniões entre os fornecedores; o seu papel de destaque como porta-voz dos fornecedores nas reuniões de concertação com os grandes construtores e, por último, a sua missão de controlo do respeito pelos acordos.

– Quanto ao papel desempenhado em 1994 e 1995, nas negociações com a KWS, em nome dos fornecedores

186 Antes de mais, as recorrentes consideram que a Comissão cometeu erros de facto e de direito ao considerar que a SNV tinha desempenhado o papel de líder do cartel com base nas duas notas internas da HBG, de 28 de março e de 8 de julho de 1994. Assim, consideram que estas duas notas só podem referir-se a contactos puramente bilaterais entre a SNV e a KWS. Além disso, não permitem concluir pela existência de acordos entre os grandes construtores e os fornecedores por intermédio da SNV e da KWS, dado que só permitem demonstrar que foi proposto um preço específico à HBG; não foram redigidas por alguém que tenha estado presente nas negociações, mas pelo diretor de concursos públicos da HBG, e não foram corroboradas por outros elementos, tendo sido, aliás, contraditadas pela declaração sob juramento do diretor das vendas de betume da SNV, de 22 de novembro de 2006. Por isso, a Comissão devia ter demonstrado a existência de um acordo de preços horizontal entre os fornecedores, que confirmasse as condições acordadas, bilateralmente, pela SNV e pela KWS. Por último, esta teoria da existência de negociações entre os grandes construtores e os fornecedores, representados, respetivamente, pela KWS e pela SNV, em 1994 e 1995, não consta da comunicação de acusações.

187 Em contrapartida, a Comissão considera que estas duas notas da HBG fazem referência, de forma inequívoca, à existência de um acordo celebrado entre os fornecedores e o W5 e demonstram que a SNV estava encarregada de representar os fornecedores, referindo, nomeadamente, que estes tinham a intenção de se afastar do acordo celebrado com os grandes construtores aumentando os seus preços. Especifica igualmente que o autor destas notas era o empregado da HGB encarregado das compras de betume, que trabalhava em estreita cooperação com o empregado que participava nas reuniões de concertação sobre o betume, e que, em todo o caso, o juiz da União considera que o facto de um documento ter sido redigido, na altura dos factos, por uma pessoa que não esteve presente numa reunião não lhe retira o seu valor probatório (acórdão do Tribunal Geral de 10 de março de 1992, Shell/Comissão, T-11/89, Colet., p. II-757, n.º 86). Estas provas documentais contemporâneas não podem ser postas em causa por uma declaração posterior de um empregado da SNV. A Comissão considera, além disso, que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, a demonstração do papel de líder não depende do facto de o comportamento do líder vincular automaticamente os outros membros do cartel, mas da existência de um papel suficientemente ativo da empresa no cartel. Por último, a teoria da existência destas negociações entre a SNV e a KWS, em nome dos respetivos grupos, é referida em várias partes da comunicação de acusações e as recorrentes ter-lhe-ão, aliás, respondido em 20 de maio de 2005.

– Quanto ao facto de, a partir de 1996, a SNV decidir previamente com a KWS sobre a oportunidade de organizar uma reunião entre os fornecedores e o W5

188 As recorrentes consideram que a Comissão cometeu erros de facto ao considerar que os contactos bilaterais entre a SNV e a KWS, ocorridos a partir de 1996, constituíam um indício do papel de líder que a SNV desempenhava no cartel. De facto, essas reuniões realizaram-se num contexto de instabilidade dos preços do petróleo e da taxa de câmbio do dólar, no qual o W5 pretendeu

renegociar o preço do betume com os seus fornecedores a intervalos regulares e obter a garantia de uma certa estabilidade dos preços, evitando baixas acentuadas e zelando para que os aumentos se efetuassem de forma coletiva, o que permitia desencadear o mecanismo de preços instituído pelo governo neerlandês para os concursos públicos, que tinha como objetivo repercutir as flutuações dos preços sobre o dono da obra. Afirmam, por isso, que se tratava de contactos normais entre um fornecedor e um cliente e que as reuniões relativas ao betume eram da iniciativa exclusiva da KWS. Assim, os contactos entre os empregados da SNV e o secretariado da KWS só tinham lugar quando a KWS convocava tal reunião. Por último, sublinham que as declarações da Kuwait Petroleum, nas quais a Comissão se baseia para afirmar que esses contactos bilaterais confirmam o seu papel de líder do cartel, resultam apenas de boatos. Quanto à declaração do empregado da SNV, apenas refere que este contactou a KWS na altura das flutuações de preços das matérias-primas que compunham os produtos à base de betume.

189 A Comissão considera que o cartel tinha um carácter bilateral e que as recorrentes não especificam que os fornecedores tinham igualmente interesse num aumento do preço do betume. A Comissão baseou-se em várias declarações de empresas, entre as quais a da SNV junta ao seu pedido para beneficiar da comunicação sobre a cooperação, para afirmar que a Shell e a KWS analisavam previamente entre elas a oportunidade de organizar uma reunião entre fornecedores e grandes construtores. Especifica igualmente que a declaração da Kuwait Petroleum provém de um participante regular nas reuniões de concertação multilaterais sobre o betume.

– Quanto ao papel preponderante da SNV nas reuniões preparatórias entre fornecedores

190 As recorrentes consideram que a Comissão não possuía qualquer elemento de prova para afirmar que a SNV tinha desempenhado um papel preponderante nas reuniões preparatórias entre fornecedores. Consideram que vários fornecedores estavam envolvidos na organização, na logística e na direção das referidas reuniões. A declaração da BP sobre este assunto não passa de uma mera suposição, não corroborada por qualquer outro elemento. Em contrapartida, outras declarações da BP e da Kuwait Petroleum referem que havia não apenas um mas vários fornecedores que dirigiam e organizavam essas reuniões. Em todo o caso, a declaração da BP, cuja exatidão contestam, não pode, por si só, segundo a jurisprudência, ser considerada prova suficiente (acórdãos do Tribunal Geral de 14 de maio de 1998, Enso-Gutzeit/Comissão, T-337/94, Colet., p. II-1571, n.º 91, e de 8 de julho de 2004, JFE Engineering/Comissão, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, Colet., p. II-2501, n.º 219). No que respeita ao documento interno da HBG, de 23 de abril de 2001, as recorrentes consideram que não possui qualquer força probatória e que, em todo o caso, não podia ser tido em conta na decisão impugnada sem violar os seus direitos de defesa, dado que apenas tinha sido anexado à comunicação de acusações, sem nela ter sido referido (acórdão Shell/Comissão, referido no n.º 187, *supra*, n.ºs 55 e 56). Por último, nada permite concluir que a SNV prestou contas das consultas relativas ao betume aos fornecedores que não estavam presentes e, além do mais, este argumento não consta da decisão impugnada.

191 A Comissão recorda que se baseou na declaração constante do pedido da BP para beneficiar da comunicação sobre a cooperação, bem como numa nota interna da HBG, de abril de 2001, para demonstrar que a SNV abria as reuniões preparatórias e dirigia as discussões. Em contrapartida, nunca afirmou que a SNV tinha desempenhado um papel especial na convocação destas reuniões preparatórias ou na sua organização concreta, nem pôs em causa o facto de as conclusões a que os participantes nestas reuniões chegavam não serem impostas pela SNV, mas sim o resultado de um compromisso entre eles. Por último, considera que o Tribunal pode, no âmbito dos seus poderes de plena jurisdição, tomar em consideração elementos de prova novos, analisados durante o processo jurisdicional (v., acórdão Tokai I, referido no n.º 153, *supra*, n.º 165, e jurisprudência referida). Em todo o caso, considera que a SNV podia ter deduzido da comunicação de acusações que a Comissão poderia utilizar a nota interna da HBG, que foi enviada em anexo, como prova que corroborava o seu papel de líder.

– Quanto ao papel de porta-voz dos fornecedores desempenhado pela SNV nas reuniões de concertação sobre o betume

192 As recorrentes consideram que a SNV não desempenhava o papel de líder nas reuniões de concertação, que eram dominadas pelos grandes construtores, especialmente pela KWS. Sublinham ainda que a declaração do empregado da Kuwait Petroleum, segundo a qual a SNV era adversária da KWS nessas reuniões, não é mais do que um depoimento indireto, como a Comissão reconheceu na decisão impugnada (considerando 78), que, por isso, tem uma força probatória reduzida e não permite concluir que a SNV dirigia as reuniões em nome dos fornecedores. Na verdade, a SNV apenas foi questionada pelos membros do W5 sobre as variações de preço das matérias-primas que compunham o betume rodoviário e o seu papel limitou-se ao de porta-voz dos fornecedores, que difere do papel voluntário de um líder. Ora, o juiz da União considera que tal comportamento não pode ser suficiente para qualificar a sociedade em causa de líder do cartel (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 427). Por último, as recorrentes referem que a Comissão reconheceu que, quando se tratou de comunicar os resultados das consultas a outras sociedades, nenhum fornecedor de betume em especial desempenhou o papel de líder, tendo várias sociedades assumido essa função.

193 A Comissão recorda que o juiz da União já considerou que um cartel podia ter dois líderes (acórdão do Tribunal Geral de 27 de setembro de 2006, Archer Daniels Midland/Comissão, T-59/02, Colet., p. II-3627, n.ºs 299 a 301). No caso em apreço, decorre das declarações de um empregado da SNV, de 24 de setembro de 2003, e de um empregado da Kuwait Petroleum que a SNV representava os fornecedores ausentes, geralmente dava início às reuniões em nome de todos os fornecedores e representava o papel de adversária da KWS. A declaração do empregado da Kuwait Petroleum tinha um valor probatório seguro, uma vez que este cooperou diretamente com o empregado que participava em todas estas reuniões e era, por vezes, referido como tendo estado pessoalmente presente nessas reuniões. A Comissão especifica, além disso, que o facto de os fornecedores terem um plano predefinido entre eles antes de cada reunião não tem influência na qualificação de líder, uma vez que o juiz da União não exige, para que se possa constatar a existência de um líder, que este imponha o seu comportamento aos outros (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 374). Por outro lado, no que respeita à informação *a posteriori* aos fornecedores que não participaram diretamente nas reuniões, a Comissão considera que estas diligências não constituem um elemento determinante para a qualificação de líder num cartel bilateral. Por último, recorda que considerou que a SNV tinha desempenhado um papel de líder em todas as fases do cartel com base em vários elementos e não apenas no simples facto de que a SNV dava início às reuniões e era a porta-voz dos fornecedores.

– Quanto ao controlo da criação do cartel

194 A Comissão refere que, na decisão impugnada, afirmou que a SNV agia também como líder nas atividades de controlo da criação do cartel, baseando-se, nomeadamente, no documento interno da HBG, de 23 de abril de 2001 (considerando 347 da decisão impugnada), bem como numa nota interna da KWS (considerando 352 da decisão impugnada).

Apreciação do Tribunal

195 Resulta da decisão impugnada que a Comissão considerou que a SNV, no grupo dos fornecedores, e a recorrente, no W5, tinham uma responsabilidade especial devido ao papel de líder do cartel que desempenharam durante toda a sua duração (considerandos 343 a 349 da decisão impugnada).

– Princípios gerais relativos ao papel de líder

196 Segundo jurisprudência assente, quando uma infração tenha sido cometida por diversas empresas, há que, no quadro da determinação do montante das coimas, definir os papéis desempenhados por cada uma na infração durante o período em que nela participaram (acórdãos Comissão/Anic

Partecipazioni, referido no n.º 152, *supra*, n.º 150, e Enichem Anic/Comissão, referido no n.º 152, *supra*, n.º 264). Daqui resulta, designadamente, que o papel de «líder» desempenhado por uma ou várias empresas no âmbito de um cartel deve ser tido em conta para efeitos do cálculo do montante da coima, na medida em que as empresas que desempenharam tal papel devem, por esse motivo, assumir uma particular responsabilidade face às outras empresas (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2000, Finnboard/Comissão, C-298/98 P, Colet., p. I-10157, n.º 45).

- 197 De acordo com estes princípios, o ponto 2 das orientações para o cálculo das coimas estabelece, sob a epígrafe «circunstâncias agravantes», uma lista não exaustiva de circunstâncias que podem levar a um aumento do montante de base da coima, entre as quais figura o «papel de líder ou de instigador da infração» (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.ºs 280 a 282).
- 198 Para ser qualificada de líder de um cartel, uma empresa deve ter representado uma força motriz significativa para o cartel ou ter assumido uma responsabilidade particular e concreta no seu funcionamento. Esta circunstância deve ser apreciada de um ponto de vista global à luz do contexto do caso concreto (acórdãos do Tribunal Geral BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.ºs 299, 300, 373 e 374, e de 18 de junho de 2008, Hoechst/Comissão, T-410/03, Colet., p. II-881, n.º 423). Pode ser inferida, nomeadamente, do facto de a empresa, por iniciativas pontuais, ter dado espontaneamente um impulso fundamental ao cartel (acórdãos BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.ºs 348, 370 a 375 e 427, e Hoechst/Comissão, já referido, n.º 426). Pode ainda ser inferida de um conjunto de indícios que revelem o empenho da empresa em assegurar a estabilidade e o sucesso do cartel (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 351).
- 199 É o que acontece quando a empresa tenha participado nas reuniões do cartel em nome de outra empresa que a elas não assistiu, e lhe tenha comunicado os resultados dessas reuniões (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 439). O mesmo acontece quando se revele que essa empresa desempenhou um papel central no funcionamento concreto do cartel, por exemplo, organizando muitas reuniões, coligindo e distribuindo as informações no interior do cartel e formulando, a maior parte das vezes, propostas relativas ao funcionamento do cartel (v., nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Colet., p. 3369, n.ºs 57 e 58, e acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.ºs 404, 439 e 461).
- 200 Além disso, o facto de zelar ativamente pelo cumprimento dos acordos celebrados no cartel constitui um indício determinante do papel de líder desempenhado por uma empresa (acórdão HFB e o./Comissão, referido no n.º 142, *supra*, n.º 577).
- 201 Em contrapartida, o facto de uma empresa exercer pressões, ou mesmo ditar o comportamento dos outros membros do cartel, não é uma condição necessária para que essa empresa possa ser qualificada de líder do cartel (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 374). A posição de uma empresa no mercado ou os recursos de que dispõe também não podem constituir indícios de um papel de líder da infração, mesmo que façam parte do contexto em que esses indícios devem ser apreciados (v., nesse sentido, acórdãos do Tribunal Geral de 9 de julho de 2003, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão, T-224/00, Colet., p. II-2597, n.º 241, e BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 299).
- 202 Importa recordar, por último, que o Tribunal de Justiça já declarou que a Comissão podia considerar que várias empresas desempenharam um papel de líder num cartel (acórdão Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão, referido no n.º 201, *supra*, n.º 239).
- 203 Compete, portanto, ao Tribunal apreciar, à luz dos princípios acima recordados, se a Comissão apresentou elementos de prova suficientes para demonstrar que a SNV desempenhou um papel de líder no cartel.

204 Há que recordar que a Comissão se baseou em cinco comportamentos da SNV para considerar que esta tinha sido um dos líderes do cartel, designadamente:

- Em primeiro lugar, o papel desempenhado pela SNV em 1994 e 1995, nas negociações com a KWS, em nome dos fornecedores;
- Em segundo lugar, o facto de, a partir de 1996, decidir, previamente, com a KWS, sobre a oportunidade de organizar uma reunião entre os fornecedores e o W5;
- Em terceiro lugar, o seu papel preponderante durante as reuniões preparatórias entre os fornecedores;
- Em quarto lugar, o seu papel de destaque como porta-voz dos fornecedores nas reuniões com o W5;
- Em quinto lugar, a sua missão de controlo da execução do cartel.

205 Para demonstrar a realidade destes cinco comportamentos, a Comissão baseou-se em documentos produzidos na altura dos factos, que foram apreendidos durante as inspeções, bem como nas declarações das recorrentes e de outros membros do cartel (considerandos 343 a 349 da decisão impugnada).

^{3/4} Quanto ao papel desempenhado pela SNV em 1994 e 1995, nas negociações com a KWS, em nome dos fornecedores

206 A Comissão baseou-se nas duas notas internas da HBG, de 28 de março e de 8 de julho de 1994, para demonstrar que, durante os dois primeiros anos do cartel, foram celebrados acordos através de contactos bilaterais entre a SNV e a KWS. Estas duas notas dão conta de acordos celebrados em março de 1994, entre a KWS, em nome do W5, e a SNV, em nome das sociedades petrolíferas, relativos ao preço do betume, que devia permanecer inalterado até 1 de janeiro de 1995. Contrariamente ao que afirmam as recorrentes, é impossível interpretar estes documentos como limitando-se a dar conta de contactos meramente bilaterais entre a SNV e a KWS. De facto, a primeira nota contém uma referência ao «acordo que as sociedades petrolíferas celebraram com o [W5]» e a segunda faz referência igualmente a um acordo celebrado em março «com o [W5] (H./KWS) e as sociedades petrolíferas (E./SNV)». Do mesmo modo, esta segunda nota não pode indicar que os fornecedores propunham preços específicos à HBG, mas apenas demonstra que, em julho de 1994, as sociedades petrolíferas tinham corrido o risco de se afastar dos acordos celebrados com o W5 em março de 1994, aumentando os seus preços. Por último, os documentos juntos pelos requerentes à réplica, que visam demonstrar que, em 1987 e 1988, a KWS tinha pedido à sociedade Smid et Hollander para acompanhar os preços e os descontos acordados entre a KWS e a SNV, não têm caráter probatório, uma vez que dizem respeito a um período muito anterior ao da infração.

207 As recorrentes contestam, além disso, a força probatória dessas duas notas, referindo que foram redigidas pelo diretor de concursos públicos da HBG, que era apenas uma testemunha indireta dos acontecimentos relatados porque nunca participou em nenhuma negociação sobre o betume. O juiz da União considera, no entanto, que o facto de as informações serem fornecidas em segunda mão não lhes retira o seu valor probatório (acórdão Shell/Comissão, referido no n.º 187, *supra*, n.º 86) e que, de acordo com as regras gerais aplicáveis em matéria de prova, deve atribuir-se grande importância ao facto de os documentos terem sido elaborados em cima das referidas reuniões e manifestamente sem que se pensasse que podiam ter sido levados ao conhecimento de terceiros não interessados (conclusões do juiz Bo Vesterdorf, designado como advogado-geral no processo que deu origem ao acórdão Rhône-Poulenc/Comissão, referido no n.º 161, *supra*). No caso em apreço, este empregado estava encarregado da compra de betume para a HBG e trabalhava em estreita cooperação com o

empregado que participava diretamente nas concertações com o W5 e posteriormente nas reuniões do cartel. Por conseguinte, há que considerar que as notas redigidas pelo diretor de concursos públicos da HBG no momento dos factos possuem um valor probatório significativo. Daqui decorre que a Comissão se baseou corretamente nestas notas, sem ter tido necessidade de fornecer outros elementos para corroborar o seu conteúdo, cujo valor probatório não pode ser posto em causa apenas pela declaração do diretor de vendas de betume da SNV, de 22 de novembro de 2006. De facto, há que recordar que esta declaração foi apresentada após a adoção da decisão impugnada e que o seu autor era, no momento em que foi proferida, empregado das recorrentes.

208 As recorrentes sustentam, por outro lado, que a Comissão não expôs a sua teoria da existência de negociações entre a KWS e a SNV, em nome dos respetivos grupos, na comunicação das acusações. No entanto, este argumento não é sustentado pelos factos. Na verdade, decorre dos n.ºs 111, 139 e 201 da comunicação de acusações que a Comissão já tinha informado as empresas sobre essa análise.

209 Resulta do exposto que a Comissão considerou corretamente que, em 1994 e 1995, foram celebrados acordos através de contactos bilaterais entre a SNV e a KWS.

210 Se é um facto que a SNV desempenhou, assim, um papel especial no funcionamento do cartel durante os dois primeiros anos, há que analisar, no entanto, para demonstrar o seu papel de líder, os outros elementos utilizados pela Comissão e que se referem a todo o período da infração.

¾ Quanto ao facto de, a partir de 1996, a SNV decidir previamente com a KWS a oportunidade de organizar uma reunião entre os fornecedores e o W5

211 A Comissão baseou-se em quatro documentos para demonstrar que, a partir de 1996, quando as reuniões de concertação multilaterais sobre o betume tiveram início, a SNV tomava a iniciativa de anunciar, bilateralmente, à KWS os aumentos de preço previstos, uma vez que estas sociedades avaliavam em conjunto a oportunidade de organizar uma reunião entre os fornecedores e os grandes construtores (considerandos 344 e 345 da decisão impugnada).

212 Trata-se, em primeiro lugar, da resposta das recorrentes à comunicação das acusações, de 20 de maio de 2005, na qual estas reconheceram que a SNV foi, muitas vezes, na qualidade de maior fornecedor de betume no mercado neerlandês, a primeira a contactar a KWS para solicitar um aumento dos preços. No entanto, há que constatar que este documento apenas permite concluir que a SNV contactava a KWS para solicitar um aumento de preços, mas não fornece qualquer indicação quanto ao seu papel na decisão de convocar reuniões do cartel.

213 Do mesmo modo, no que respeita, em segundo lugar, à declaração do empregado da SNV, de 24 de setembro de 2003, junta ao pedido das recorrentes, de 10 de outubro de 2003, destinada a obter o benefício da comunicação sobre a cooperação, refere que «algumas empresas de construção rodoviária pediram ao diretor de vendas de betume [da SNV] para comunicar à KWS as alterações dos preços das matérias-primas a montante, o que, nalguns casos, levou a KWS a convocar as empresas em causa para uma reunião». No entanto, tal declaração não permite concluir que a SNV e a KWS avaliavam em conjunto a oportunidade de organizar uma reunião do cartel.

214 No que respeita, em terceiro lugar, à declaração da Kuwait Petroleum, de 1 de outubro de 2003, segundo a qual, «geralmente, [um empregado da SNV] e [um empregado da KWS] encontravam-se numa reunião preparatória para determinar se havia justificação suficiente para organizar uma reunião sobre o betume», há que referir que, dado que a Kuwait Petroleum podia ter interesse em minimizar o seu próprio papel no funcionamento do cartel, esta declaração só pode ser tida em conta para confirmar a tese do papel de líder da SNV se for corroborada por outros documentos.

- 215 Por último, em quarto lugar, a nota de 1 de outubro de 2002, apreendida durante as inspeções na KWS e relativa às atividades do secretariado de direção, segundo a qual «por vezes, realizava-se uma reunião, com esta composição, com os fornecedores de betume» e «[a SNV] toma[va] a iniciativa» também não permite concluir que a SNV e a KWS avaliavam em conjunto a oportunidade de organizar uma reunião do cartel.
- 216 As recorrentes sustentam que eram os grandes construtores que transformavam estas reuniões bilaterais em negociações coletivas e que a KWS desempenhava um papel preponderante na decisão de as organizar. Assim, consideram que os contactos entre os empregados da SNV e o secretariado da KWS tinham lugar apenas quando a KWS decidia convocar essas consultas. É verdade que, com exceção da declaração da Kuwait Petroleum referida no n.º 212, *supra*, os elementos de prova utilizados pela Comissão apenas permitem constatar que a SNV tomava a iniciativa de contactar a KWS para solicitar aumentos de preços, mas não indicam se a KWS decidia sozinha quanto à organização das reuniões do cartel ou se agia em conjunto com a SNV. Por conseguinte, apesar da natureza bilateral do cartel (v. n.º 164, *supra*) e do facto de os fornecedores também terem interesse no aumento do preço do betume, há que considerar que os elementos de prova utilizados pela Comissão não são, por si só, suficientes para demonstrar que a SNV estava na origem da realização das reuniões do cartel.
- 217 Por conseguinte, para apreciar o papel de líder da SNV no cartel, há que analisar os outros elementos de prova utilizados pela Comissão.
- Quanto ao papel preponderante da SNV nas reuniões preparatórias entre fornecedores
- 218 Na decisão impugnada, a Comissão considerou que a SNV iniciava e dirigia as discussões nas reuniões preparatórias entre fornecedores, invocando dois elementos de prova nesse sentido. No entanto, a Comissão sublinha que nunca afirmou que a SNV desempenhava um papel especial na convocação e na organização dessas reuniões, nem que nelas impunha as suas conclusões.
- 219 A decisão impugnada baseia-se, assim, nas declarações da BP, de 12 de julho de 2002, de acordo com as quais a SNV dava início à reunião e dirigia as discussões, e no documento interno da HBG, de 23 de abril de 2001, que se refere à SNV como sendo a «líder». As recorrentes qualificam a declaração da BP de mera hipótese, que não é corroborada por nenhum outro elemento e não pode constituir uma prova suficiente do papel de líder. Por outro lado, consideram que, não tendo a Comissão mencionado o documento da HBG na comunicação de acusações e tendo-o simplesmente anexado, este não pode ser considerado um elemento de prova válido sem violar os seus direitos de defesa.
- 220 Em primeiro lugar, no que respeita ao documento da HBG, de 23 de abril de 2001, há que recordar que o Tribunal, no âmbito do exercício do seu poder de plena jurisdição que lhe é reconhecido pelos artigos 261.º TFUE e 31.º do Regulamento n.º 1/2003, tem competência para apreciar o carácter apropriado do montante das coimas, baseando-se, nomeadamente, em elementos complementares de informação que não são mencionados na comunicação de acusações ou na decisão da Comissão (acórdão SCA Holding/Comissão, referido no n.º 176, *supra*, n.º 55, acórdão Tokai I, referido no n.º 153, *supra*, n.º 165, e, para uma aplicação relativamente ao papel de líder, BASF/Comissão, referido no n.º 140, *supra*, n.º 354).
- 221 Este documento é uma troca de mensagens de correio eletrónico internas da HBG, na qual um participante habitual nas reuniões de concertação sobre o betume, respondendo a um dos seus colegas que lhe havia relatado um problema na fixação de descontos para o betume no norte do país, sugeria-lhe que levantasse a questão na reunião seguinte do cartel e referia que seria oportuno encontrar-se com E., empregado da SNV, apelidado de «líder», para falar sobre esse assunto.

- 222 Ora, em primeiro lugar, resulta dos autos que a própria HBG, grande construtora e autora do documento em questão, considerou, na sua resposta de 23 de setembro de 2003 a um pedido de informações da Comissão, que o empregado da SNV tinha sido qualificado de «líder» por referência, apenas, à posição de número um da SNV no mercado. Em segundo lugar, ainda que este documento possa constituir um elemento de prova relativamente ao papel da SNV no controlo da execução do cartel, não parece, no entanto, relevante para avaliar o papel da SNV nas reuniões preparatórias entre fornecedores.
- 223 Em segundo lugar, há que proceder à análise do outro elemento de prova invocado pela Comissão para demonstrar o papel da SNV nas reuniões preparatórias entre fornecedores.
- 224 Decorre da declaração da BP, de 12 de julho de 2002, que, em resposta à questão de saber quem apresentava as propostas de preços e quem dirigia as reuniões preparatórias entre fornecedores, o empregado da BP que participava nessas reuniões designou, em várias ocasiões, E., empregado da SNV. Uma vez que se trata de uma declaração de outro fornecedor que podia ter interesse em minimizar o seu próprio papel no funcionamento do cartel, há que considerar que este elemento só pode ser tido em conta para demonstrar a tese de que a SNV tinha um papel de líder se for corroborado por outros documentos. Ora, ainda que decorra da decisão impugnada que a Comissão se baseou noutros elementos de prova para imputar à SNV o papel de líder do cartel (n.º 204, *supra*), resulta, no entanto, das considerações precedentes que a Comissão não forneceu qualquer outro elemento de prova que permita demonstrar que a SNV desempenhava um papel especial nas reuniões preparatórias do cartel.
- 225 Por conseguinte, para apreciar o papel de líder da SNV no cartel, há que analisar os outros elementos de prova utilizados pela Comissão.
- Quanto ao papel de porta-voz dos fornecedores desempenhado pela SNV nas reuniões de concertação sobre o betume
- 226 A título preliminar, há que assinalar que, na contestação, a Comissão confirmou que não considerou que o facto de a SNV ter o hábito, tal como outras empresas, de informar os fornecedores ausentes das reuniões fosse um indício do seu papel de líder.
- 227 Em contrapartida, a Comissão considerou, com base nas declarações da Kuwait Petroleum, de 1 e 9 de outubro de 2003, que a SNV «fazia as apresentações em nome dos fornecedores e desempenhava o papel de opositor [da KWS]», garantindo «assim o papel de líder dentro do grupo dos fornecedores» (considerando 347 da decisão impugnada).
- 228 No entanto, há que recordar que as declarações de outro fornecedor que possa ter interesse em minimizar o seu próprio papel no funcionamento do cartel não podem ser tidas em conta para demonstrar a tese do papel de líder da SNV, a não ser que sejam corroboradas por outros documentos. Ora, ainda que decorra da decisão impugnada que a Comissão se baseou noutros elementos de prova para imputar à SNV o papel de líder do cartel (n.º 204, *supra*), decorre, no entanto, das considerações precedentes que a Comissão não forneceu qualquer outro elemento de prova que permita demonstrar que a SNV desempenhava um papel especial nas reuniões de concertação sobre o betume.
- 229 Por conseguinte, para apreciar o papel de líder da SNV no cartel, há que analisar os outros elementos de prova utilizados pela Comissão.

$\frac{3}{4}$ Quanto ao controlo da execução do cartel

- 230 A Comissão recorda que, na decisão impugnada (considerandos 347 e 352), referiu que a SNV agia igualmente como líder nas atividades de controlo da execução do cartel, tendo o juiz da União considerado que o facto de zelar ativamente pelo cumprimento dos acordos celebrados no cartel constitui um indício determinante do papel de líder desempenhado por uma empresa (acórdão HFB e o./Comissão, referido no n.º 142, *supra*, n.º 577).
- 231 Nesse sentido, baseou-se, por um lado, no documento interno da HBG, de 23 de abril de 2001 (n.ºs 219 e 220, *supra*), relativo a um problema de fixação de descontos por determinados fornecedores, no qual se apelava à necessidade de contactar a SNV para resolver esse problema e, por outro lado, numa nota interna da KWS (considerando 352 da decisão impugnada), que referia que determinados fornecedores não tinham respeitado os descontos previstos e que a SNV tinha reagido falando de «castigo justificado em relação aos fornecedores que ultrapassavam os limites».
- 232 Importa recordar, a este respeito, que este documento interno da HBG pode ser tido em consideração pelo Tribunal no âmbito do exercício do seu poder de plena jurisdição (v. n.º 220, *supra*).
- 233 O Tribunal considera, no entanto, que, embora esses dois documentos deixem claro que a SNV era um membro ativo do cartel, não são suficientes para demonstrar que esta providenciou efetivamente pelo cumprimento dos acordos celebrados no cartel, ou que o fez de forma particularmente ativa.

$\frac{3}{4}$ Conclusão relativa ao papel de líder da SNV

- 234 Resulta de todas as considerações precedentes que, ainda que a SNV tenha tido um papel especial nos dois primeiros anos de funcionamento do cartel, os elementos de prova apresentados pela Comissão não permitem, no entanto, concluir, com segurança, que desempenhou um papel de líder a partir do momento em que o cartel funcionou de forma multilateral.
- 235 Nestas condições, não se pode deixar de concluir, nas circunstâncias específicas do caso em apreço, que a apreciação da Comissão constante da decisão impugnada, no sentido de que a SNV desempenhou um papel de líder na infração em causa, não está suficientemente fundamentada.
- 236 Não tendo a Comissão apresentado ao Tribunal, com o objetivo de provar que a SNV desempenhou um papel de líder na infração em causa, qualquer elemento suplementar relativamente às circunstâncias referidas nos considerandos 343 a 348 da decisão impugnada, há que concluir que os elementos do processo não permitem qualificar a SNV de líder.
- 237 Daqui decorre que o agravamento do montante de base da coima aplicada às recorrentes deve ser anulado quer no que respeita ao papel de instigadora (v. n.º 182, *supra*) quer no que respeita ao papel de líder (v. n.ºs 233 e 234, *supra*) da SNV. As consequências a retirar para a determinação do montante da coima serão analisadas no n.º 277 e seguintes.

Quanto à reincidência

Argumentos das partes

- 238 As recorrentes consideram que a Comissão cometeu um erro de direito e não fundamentou suficientemente a sua decisão de proceder ao agravamento de 50% no montante da coima por reincidência, pelo facto de a empresa Shell, por intermédio da sua filial Shell Internacional Chemicals Co. Ltd (a seguir «SICC»), ter sido objeto das decisões Polipropileno e PVC II (considerandos 336 a 338 da decisão impugnada).

- 239 Recordam que o juiz da União fixou, em matéria de reincidência, um critério segundo o qual as empresas envolvidas nas diferentes infrações devem pertencer à mesma sociedade-mãe, que exerceu efetivamente uma influência determinante no comportamento ilícito das suas filiais (acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 38, *supra*, n.º 290). Um aumento do montante da coima por reincidência só pode, por conseguinte, ser imposto no caso de as diferentes infrações poderem ser imputadas à mesma sociedade-mãe. Ora, no caso em apreço, as duas infrações anteriores foram imputadas à SICC, que é detida a 100% pela SPCo, sociedade *holding* diferente da SPNV, que detém a SNV. Em contrapartida, as recorrentes alegam que a Comissão tinha excluído imputá-las às sociedades-mãe STT plc (posteriormente STT) e KNPM. Assim, no caso em apreço, não está cumprido o critério estabelecido pelo acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 38, *supra*.
- 240 Além disso, a decisão impugnada não fornece nenhuma explicação relativa, por um lado, ao facto de as infrações que foram objeto das decisões Polipropileno e PVC II poderem ser imputadas à STT (anteriormente STT plc) e, por outro lado, ao facto de esta última ter exercido efetivamente uma influência determinante sobre o comportamento ilícito da SICC, a filial que cometeu as infrações que foram objeto das referidas decisões.
- 241 A título subsidiário, as recorrentes consideram que o agravamento de 50% por reincidência é desproporcionado, tendo em conta que nenhum dirigente de alto nível esteve envolvido neste cartel, que o empregado da SNV que participou neste cartel não participou nos dois cartéis anteriores e que o montante da coima assim aplicada seria muito superior aos lucros anuais das vendas de betume da SNV nos Países Baixos.
- 242 Na audiência de 26 de janeiro de 2012, as recorrentes referiram ainda que a Comissão tinha violado os seus direitos de defesa ao não lhes dar a oportunidade de ilidir a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante pela STT plc (posteriormente STT) e pela KNPM sobre as suas filiais punidas pelas duas infrações anteriores.
- 243 A Comissão rejeita os argumentos das recorrentes. Na audiência de 26 de janeiro de 2012, especificou, além disso, que o Tribunal tinha confirmado, em 13 de julho de 2011, a sua decisão de 29 de novembro de 2006, que impunha um agravamento por reincidência de uma coima aplicada à SPNV e a duas outras sociedades do grupo Shell, com o fundamento de que a empresa Shell tinha sido objeto das decisões Polipropileno e PVC II (acórdão do Tribunal Geral de 13 de julho de 2011, Shell Petroleum e o./ Comissão, T-38/07, Colet., p. II-4383

Apreciação do Tribunal

- 244 A Comissão referiu, nos considerandos 336 a 338 da decisão impugnada, que havia que aplicar à Shell um agravamento de 50% no montante da coima por reincidência, porquanto esta já tinha sido objeto das decisões Polipropileno e PVC II.
- 245 Há que recordar que a análise da gravidade de uma infração deve atender a uma eventual reincidência (acórdão Aalborg Portland e o./ Comissão, n.º 36 *supra*, n.º 91). De facto, numa perspetiva de dissuasão, a reincidência é uma circunstância que justifica um aumento considerável do montante de base da coima, uma vez que constitui a prova de que a sanção anteriormente aplicada não foi suficientemente dissuasora (acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 38, *supra*, n.º 293).
- 246 De acordo com estes princípios, o ponto 2 das orientações para o cálculo das coimas estabelece, sob a epígrafe «circunstâncias agravantes», uma lista não exaustiva de circunstâncias que podem levar a um aumento do montante de base da coima, entre as quais figura a «reincidência da ou das mesmas empresas relativamente a uma infração do mesmo tipo».

- 247 O conceito de reincidência deve ser entendido como referindo-se aos casos em que a mesma empresa, após ter sido punida por uma infração, comete outra semelhante (acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 38, *supra*, n.º 284).
- 248 Segundo a jurisprudência, uma vez que o direito da concorrência da União reconhece que sociedades diferentes pertencentes a um mesmo grupo constituem uma entidade económica e, portanto, uma empresa na aceção dos artigos 81.º CE e 82.º CE se as sociedades em causa não determinarem de forma autónoma o seu comportamento no mercado, tendo como consequência que a Comissão pode aplicar uma coima à sociedade-mãe por comportamentos de sociedades do grupo, a Comissão pode considerar acertadamente que está perante uma situação de reincidência quando uma das filiais da empresa-mãe cometa uma infração do mesmo tipo daquela pela qual outra filial tenha sido anteriormente punida (acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 38, *supra*, n.º 290).
- 249 Em primeiro lugar, as recorrentes consideram que as condições estabelecidas pela jurisprudência resultante do acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 38, *supra*, não se verificam no caso em apreço, porquanto a sociedade-mãe à qual tinham sido imputadas as infrações que foram objeto das decisões Polipropileno e PVC II não é a mesma que está envolvida na infração cometida pela SNV. Assim, referem que, nos dois processos anteriores, a responsabilidade pela infração foi atribuída à SICC, que pertencia integralmente à STT plc e à KNPM, mas a presente infração não pode ser imputada nem à STT (anteriormente STT plc) nem à KNPM, que já não existe.
- 250 Há que constatar que a SICC, que foi objeto das decisões Polipropileno e PVC II, e a SNV, que foi objeto da decisão impugnada, são filiais detidas indiretamente a 100% pelas mesmas sociedades-mãe, designadamente, a STT (anteriormente STT plc) e a KNPM.
- 251 Como o Tribunal recordou nos n.ºs 36 e 37, *supra*, o direito da concorrência da União visa as atividades das empresas, devendo o conceito de empresa, na aceção do artigo 81.º CE e das orientações para o cálculo das coimas, ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas (acórdão Akzo Nobel e o./Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 55). O comportamento anticoncorrencial de uma empresa pode ser imputado a outra quando aquela não determinou de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicou, no essencial, as instruções que lhe foram dadas por esta última, tendo em conta, em particular, os laços económicos e jurídicos que as unem (acórdão Akzo Nobel e o./Comissão, referido no n.º 37, *supra*, n.º 58).
- 252 Por outro lado, o juiz da União considera que, uma vez que a Comissão dispõe da faculdade, mas não tem a obrigação, de imputar a responsabilidade da infração a uma sociedade-mãe (v., nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de setembro de 2009, Erste Group Bank e o./Comissão, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet., p. I-8681, n.º 82, e acórdão do Tribunal Geral de 14 de dezembro de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão, T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, Colet., p. II-5169, n.º 331), o simples facto de a Comissão não ter procedido a tal imputação numa decisão anterior não implica que seja obrigada a efetuar a mesma apreciação numa decisão posterior (acórdãos do Tribunal Geral PVC II, referido no n.º 52, *supra*, n.º 990, de 17 de maio de 2011, Elf Aquitaine/Comissão, T-299/08, Colet., p. II-2149, n.º 60, e Arkema France/Comissão, T-343/08, Colet., p. II-2287, n.º 100).
- 253 Consequentemente, no caso em apreço, o facto de, nos processos acima referidos, a Comissão ter optado por imputar a infração à SICC, filial a 100% da SPCo, que, por sua vez, era integralmente detida pela STT plc (posteriormente STT) e pela KNPM, em vez de a imputar a estas, não tem influência na possibilidade de aplicar a jurisprudência relativa à reincidência.
- 254 Há que recordar, além disso, que decorre dos n.ºs 35 a 52, *supra*, que, no caso em apreço, a Comissão teve razão ao imputar a infração à STT (anteriormente STT plc).

- 255 Quanto ao argumento relativo à extinção da KNPM, o Tribunal recorda que há que evitar que empresas possam escapar a sanções pelo simples facto de a sua identidade ter sido alterada na sequência de reestruturações, cessões ou outras alterações jurídicas ou organizacionais, para não comprometer o objetivo de reprimir os comportamentos contrários às regras da concorrência e de prevenir a sua reiteração por meio de sanções dissuasivas (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colet., p. 661, n.º 173, de 29 de junho de 2006, Showa Denko/Comissão, C-289/04 P, Colet., p. I-5859, n.º 61, de 7 de junho de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comissão, C-76/06 P, Colet., p. I-4405, n.º 22, e ETI e o., referido no n.º 44, *supra*, n.º 41). Por conseguinte, esta extinção não pode levar a pôr em causa a possibilidade de aplicar a reincidência à empresa que continuou a existir.
- 256 Tendo em conta as considerações antecedentes, há que concluir que as recorrentes não tinham razão ao considerar que as condições estabelecidas pela jurisprudência resultante do acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 38, *supra*, não se verificavam. A Comissão não cometeu, portanto, qualquer erro de direito ao considerar que as recorrentes eram reincidentes.
- 257 Em segundo lugar, as recorrentes consideram, a título subsidiário, que incumbia à Comissão, por força do seu dever de fundamentação, fornecer, na decisão impugnada, elementos que permitissem demonstrar que as infrações que foram objeto das decisões Polipropileno e PVC II podiam ter sido atribuídas à STT (anteriormente STT plc) e que esta última tinha efetivamente exercido uma influência determinante sobre o comportamento ilícito da SICC, a filial que cometeu as infrações que foram objeto das referidas decisões.
- 258 A este respeito, é jurisprudência assente que a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE deve deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o argumento da instituição, autora do ato, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adotada e à jurisdição competente exercer a sua fiscalização, e que a exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso concreto, designadamente do conteúdo do ato, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas direta ou individualmente afetadas pelo ato podem ter em obter explicações. Não se exige que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um ato preenche os requisitos do artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz, não apenas do seu teor literal, mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa (v. jurisprudência referida nos n.ºs 108 a 111, *supra*).
- 259 Deve igualmente recordar-se que o dever de fundamentação relativo ao cálculo de uma coima aplicada por violação das regras de concorrência reveste-se de particular importância (acórdão Chalkor/Comissão, referido no n.º 109, *supra*, n.º 61). Assim, quando a Comissão pretenda invocar o conceito de «empresa», na aceção do artigo 81.º CE, para efeitos da aplicação da circunstância agravante que é a reincidência, deve apresentar elementos circunstanciados e precisos que apoiem a sua asserção.
- 260 No caso em apreço, na comunicação de acusações, a Comissão referiu que qualificava de circunstância agravante o facto de infrações semelhantes terem sido anteriormente constatadas em relação às mesmas empresas (considerando 336 da decisão impugnada). Na resposta à comunicação de acusações, as recorrentes limitaram-se a alegar que as entidades jurídicas destinatárias das decisões anteriores da Comissão não tinham nenhuma ligação com a atividade relativa ao betume rodoviário nos Países Baixos.
- 261 Na decisão impugnada, a Comissão considerou que a empresa Shell, por intermédio da sua filial SICC, já tinha sido objeto das decisões de proibição anteriores, Polipropileno e PVC II (considerandos 336 a 338 da decisão impugnada). Além disso, referiu expressamente que se tratava de analisar se a mesma empresa tinha cometido as diferentes infrações, que as entidades jurídicas que faziam parte da empresa, os produtos e o pessoal não tinham de ser necessariamente os mesmos no que respeitava a

todas essas decisões e que, no caso em apreço, tinha demonstrado, no capítulo sobre a responsabilidade, que as entidades jurídicas da Shell que participaram na infração em causa faziam parte da mesma empresa que tinha participado nas infrações anteriores (considerando 337 da decisão impugnada).

- 262 De facto, a Comissão salientou, nomeadamente, no considerando 213 da decisão impugnada, que a decisão PVC II e o acórdão PVC II, referido no n.º 52, *supra* (n.º 312), relativo a esta decisão, tinham claramente demonstrado que a SICC pertencia à empresa única Shell que cometeu a infração, ainda que, nessa altura, a Comissão tenha optado por não notificar a decisão às sociedades-mãe do grupo. Do mesmo modo, a Comissão especificou que, no processo Polipropileno, a sanção imposta à SICC aplicava-se a todo o grupo Shell (considerando 196 da decisão impugnada). Referiu ainda que, no caso em apreço, ao contrário dos dois processos anteriores, não lhe foi possível determinar, para a totalidade da duração da infração, uma entidade jurídica única que tenha desempenhado um papel de coordenação e planeamento estratégico dentro do grupo a um nível inferior ao das duas sociedades-mãe. Há que salientar igualmente que, na decisão PVC II (considerandos 44 e 46), a Comissão esclareceu que, «no caso de grandes grupos industriais, [era] normal notificar da decisão a *holding* ou a ‘sede’, ainda que a empresa em si [fosse] constituída pela unidade formada pela sociedade-mãe e todas as suas filiais», mas que, tendo em conta a estrutura bicéfala particular da Shell e o facto de não haver uma sede única à qual a decisão pudesse ser notificada, optou por notificar a sua decisão à SICC.
- 263 No que respeita à acusação formulada pelas recorrentes de que a Comissão não forneceu elementos que permitissem demonstrar que a STT (anteriormente STT plc) tinha, de facto, exercido uma influência determinante no comportamento ilícito da SICC, a filial que cometeu as infrações que foram objeto das decisões Polipropileno e PVC II, importa recordar que, em conformidade com os princípios expostos nos n.ºs 36 a 52, *supra*, não incumbia à Comissão referir tais elementos, uma vez que, na altura em que as infrações foram cometidas, a SICC pertencia, a 100% conjuntamente à STT plc (posteriormente STT) e à KNPM e que este facto nunca foi contestado pelas recorrentes.
- 264 Resulta das considerações que antecedem que a fundamentação apresentada pela Comissão é suficientemente circunstanciada e precisa, tendo em conta as exigências colocadas pela jurisprudência, uma vez que permite às recorrentes conhecer as justificações da medida adotada e que é suficiente para que o Tribunal exerça a sua fiscalização. As recorrentes tinham, portanto, a possibilidade de compreender, de forma inequívoca, os fundamentos nos quais a Comissão se baseou para considerar que a mesma empresa tinha cometido as três infrações em causa.
- 265 Em terceiro lugar, as recorrentes consideram que o aumento de 50% no montante de base da coima por reincidência é desproporcionado, tendo em conta que nenhum dirigente de alto nível da Shell esteve envolvido nesta infração, que, em contrapartida, o empregado da SNV envolvido não participou nas duas infrações anteriores e que os lucros das vendas da SNV eram insignificantes em comparação com o montante da coima.
- 266 A título preliminar, há que salientar que não resulta claro do argumento das recorrentes se, através desta acusação, alegam uma violação do princípio da proporcionalidade por parte da Comissão ou solicitam ao Tribunal que aprecie, no âmbito da sua competência de plena jurisdição, o carácter proporcional da taxa de aumento do montante de base da coima por reincidência aplicada pela Comissão na decisão impugnada.
- 267 Em todo o caso, o juiz da União já recordou que a Comissão deve, na determinação do montante da coima, garantir o carácter dissuasivo da sua ação (acórdão do Tribunal Geral de 7 de outubro de 1999, *Irish Sugar/Comissão*, T-228/97, Colet., p. II 2969, n.º 245) e que a reincidência é uma circunstância que justifica um aumento considerável do montante de base da coima, uma vez que constitui a prova de que a sanção anteriormente aplicada não foi suficientemente dissuasora (acórdão *Michelin/Comissão*, referido no n.º 38, *supra*, n.º 293). Do mesmo modo, o facto de ser aplicada a

uma empresa uma coima não proporcional à sua importância no mercado em causa não resulta de um entendimento manifestamente excessivo do conceito de reincidência, mas do conjunto das considerações que a Comissão pôde, com justa razão, ter em linha de conta para determinar o montante da coima, devendo a gravidade das infrações ser determinada em função de um grande número de elementos, tais como, nomeadamente, as circunstâncias específicas do processo, o seu contexto e o carácter dissuasor das coimas, sem que tenha sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração (acórdão do Tribunal Geral de 25 de outubro de 2005, *Groupe Danone/Comissão*, T-38/02, Colet., p. II 4407, n.ºs 368 e 369).

- 268 Por outro lado, deve salientar-se que a Comissão, quando fixa uma taxa de agravamento em função da reincidência, pode tomar em consideração os indícios que tendem a confirmar a propensão da empresa em causa para infringir as regras da concorrência, incluindo o tempo decorrido entre as infrações em causa (acórdão do Tribunal Geral de 6 de maio de 2009, *Outokumpu e Luvata/Comissão*, T-122/04, Colet., p. II-1135, n.º 62). No caso em apreço, há que salientar, antes de mais, que a infração em causa era, à data da adoção da decisão impugnada, a terceira do mesmo tipo pela qual a Shell era objeto de uma decisão da Comissão. Há que salientar, em especial, que as infrações em causa nas decisões *Polipropileno e PVC II* tinham por objeto, à semelhança da que está na origem do presente processo, a fixação de objetivos de preços ou a repartição de quotas de mercado. Por outro lado, o Tribunal já considerou que um agravamento de 50% se justificava quando decorresse um período inferior a dez anos entre as diferentes infrações, como se verifica no caso em apreço, dado que o cartel teve início em 1994 (acórdão *Groupe Danone/Comissão*, referido no n.º 265, *supra*, n.ºs 354 e 355). Por último, há que sublinhar que, por decisão de 29 de novembro de 2006, a Comissão considerou que a empresa Shell infringiu o artigo 81.º CE ao participar, com outras empresas, de 20 de maio de 1996 a 31 de maio de 1999, num acordo no âmbito do qual acordaram fixar objetivos de preços, partilhar clientes através de acordos de não agressão e proceder ao intercâmbio de informações sensíveis sobre preços, concorrentes e clientes nos setores da borracha de butadieno e borracha de estireno-butadieno fabricada por polimerização em emulsão [decisão C(2006) 5700 final da Comissão, de 29 de novembro de 2006, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (processo COMP/F/38.638 — borracha de butadieno e borracha de estireno-butadieno fabricada por polimerização em emulsão)].
- 269 Nestas circunstâncias, nenhum dos elementos invocados pelas concorrentes permite considerar que o aumento do montante de base da coima em 50% tendo em vista orientar o seu comportamento para o respeito das regras da concorrência é desproporcionado. Por conseguinte, há que julgar esta acusação inadmissível na medida em que, por um lado, ao proceder deste modo, a Comissão não violou o princípio da proporcionalidade e, por outro lado, os argumentos invocados pelas recorrentes não justificam uma apreciação por parte do Tribunal diferente da realizada pela Comissão.
- 270 Em quarto e último lugar, na audiência de 26 de janeiro de 2012, as recorrentes sustentaram, pela primeira vez, que a Comissão tinha violado os seus direitos de defesa ao não lhes dar a oportunidade de ilidir a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante pela STT plc (posteriormente STT) e pela KNPM sobre as suas filiais punidas pelas duas infrações anteriores.
- 271 Há que recordar que resulta das disposições conjugadas do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), e do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo que a petição inicial deve conter, nomeadamente, uma exposição sumária dos fundamentos invocados e que é proibido deduzir fundamentos novos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. No entanto, um fundamento que constitua a ampliação de um fundamento anteriormente deduzido, direta ou implicitamente, na petição inicial e que apresente uma ligação estreita com este, deve ser julgado admissível (Despacho do Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 2001, *Dürbeck/Comissão*, C-430/00 P, Colet., p. I-8547, n.º 17).

- 272 Por outro lado, no âmbito do exercício do seu poder de plena jurisdição, o juiz só pode acolher novos fundamentos ou argumentos na dupla condição de que estes sejam de conhecimento oficioso e não se baseiem num fundamento de ilegalidade diferente dos invocados na petição (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 1999, Atlanta/Comunidade Europeia, C-104/97 P, Colet., p. I-6983, n.ºs 27 a 29).
- 273 No caso em apreço, é ponto assente que, na fase escrita do processo, as recorrentes não suscitaram nenhum fundamento relativo à violação dos seus direitos de defesa decorrente da falta de oportunidade de ilidir a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante pela STT plc (posteriormente STT) e pela KNPM sobre as suas filiais punidas pelas duas infrações anteriores. Por outro lado, as recorrentes não deram nenhuma indicação de que esse fundamento se baseava em elementos de direito e de facto revelados durante o processo. Por último, contrariamente ao que as recorrentes sustentaram na audiência de 26 de janeiro de 2012, não pode considerar-se que este fundamento constitui uma ampliação do fundamento relativo à violação do dever de fundamentação suscitado na petição inicial.
- 274 Por conseguinte, resulta das considerações que antecedem que há que julgar o presente fundamento inadmissível.
- 275 Em todo o caso, importa sublinhar que resulta dos autos que, no caso em apreço, as requerentes tiveram oportunidade, durante o procedimento administrativo, de apresentar elementos com vista a demonstrar que a empresa punida nas duas primeiras infrações não era a mesma empresa que é objeto da presente infração, uma vez que, na comunicação de acusações (n.ºs 93 e 283), a Comissão referiu que a empresa Shell já tinha sido considerada, no passado, responsável por infrações ao artigo 81.º CE, referindo as decisões Polipropileno e PVC II, bem como o acórdão Shell/Comissão, referido no n.º 187, *supra*.
- 276 Resulta das considerações que antecedem, por um lado, que a Comissão tinha legitimidade para aumentar o montante de base da coima em 50% a título de reincidência e, por outro lado, que o Tribunal considera este aumento adequado.

Conclusão relativa às circunstâncias agravantes

- 277 Resulta dos n.ºs 140 a 236, *supra*, que a Comissão não fez prova bastante de que a SNV desempenhou um papel de instigadora e de líder na infração em causa. O Tribunal considera que esta conclusão justifica que ele exerça o seu poder de plena jurisdição no que concerne à apreciação do papel desempenhado pela SNV na infração em causa. Deve recordar-se, a este respeito, que a Comissão aplicou às recorrentes um agravamento único de 50% no montante de base da coima a título da circunstância agravante prevista no ponto 2, terceiro travessão, das orientações para o cálculo das coimas.
- 278 O Tribunal considera que há que anular o referido agravamento imposto às recorrentes.
- 279 O Tribunal decide, em consequência desta alteração, que o montante da coima aplicada às recorrentes no artigo 2.º, alínea I), da decisão impugnada é reduzido para 81 milhões de euros.

Quanto às despesas

- 280 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Nos termos do artigo 87.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do mesmo Regulamento, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

- 281 No caso em apreço, tendo as recorrentes sido vencidas numa parte significativa dos seus pedidos, será feita uma justa apreciação das circunstâncias da causa decidindo que cada parte suportará as suas próprias despesas.
- 282 Por outro lado, há que indeferir o pedido formulado pelas recorrentes no âmbito do seu pedido sobre as despesas, no sentido de que a Comissão seja condenada a pagar as despesas decorrentes do pagamento da coima ou da constituição de uma garantia bancária. De facto, segundo jurisprudência assente, tais encargos não constituem despesas da instância (v., neste sentido, acórdão Cimentos, referido no n.º 77, *supra*, n.º 5133, e jurisprudência referida).

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

decide:

- 1) **O artigo 2.º, alínea l), da Decisão C(2006) 4090 final da Comissão, de 13 de setembro de 2006, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º [CE] [Processo COMP/F/38.456 — Betume (Países Baixos)], é anulado na medida em que fixa o montante da coima aplicada à Shell Petroleum NV, à The Shell Transport and Trading Company Ltd e à Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV em 108 milhões de euros.**
- 2) **O montante da coima aplicada à Shell Petroleum, à The Shell Transport and Trading Company e à Shell Nederland Verkoopmaatschappij pelo referido artigo 2.º, alínea l), é reduzido para 81 milhões de euros.**
- 3) **É negado provimento ao recurso quanto ao restante.**
- 4) **Cada parte suportará as suas próprias despesas.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 27 de setembro de 2012.

Assinaturas

Índice

Factos na origem do litígio	2
1. As recorrentes	2
2. Procedimento administrativo	2
3. Decisão impugnada	3
Tramitação processual e pedidos das partes	5
Questão de direito	6
1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo aos erros de direito e aos erros de apreciação na imputação da infração às sociedades-mãe	6
Quanto aos erros de direito	6
Argumentos das partes	6
Apreciação do Tribunal	7
Quanto à presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial	7
Quanto à aplicação desta presunção a duas sociedades-mãe que, em conjunto, detêm 100% da sua filial.	8
Quanto ao carácter ilidível da presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial detida a 100%.	9
Quanto aos elementos destinados a ilidir a presunção do exercício efetivo de uma influência determinante por uma sociedade-mãe sobre a sua filial	10
Argumentos das partes	10
Apreciação do Tribunal	11
2. Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação de formalidades essenciais e dos direitos de defesa	14
Argumentos das partes	14
Apreciação do Tribunal	14
Princípios gerais relativos ao acesso aos documentos posteriores à comunicação de acusações	14
Aplicação no caso em apreço	17
3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a erros de facto e de direito no cálculo do montante de base da coima e na determinação da duração da infração	18
Quanto à gravidade da infração	18
Argumentos das partes	18
ECLI:EU:T:2012:478	51

Apreciação do Tribunal	19
Análise dos argumentos das recorrentes no âmbito do controlo da fiscalização da legalidade	19
Análise dos argumentos das recorrentes no âmbito da competência de plena jurisdição	22
Quanto à duração da infração	25
Argumentos das partes	25
Apreciação do Tribunal	25
4. Quanto ao quarto fundamento, relativo aos erros de facto e de direito a respeito das circunstâncias agravantes	26
Quanto ao papel de instigadora da SNV	26
Argumentos das partes	26
Quanto à proposta feita à KWS de concessão de descontos especiais ao W5	26
Quanto às tentativas de convencer a ExxonMobil a aderir ao cartel	27
Apreciação do Tribunal	28
Princípios gerais relativos ao papel de instigador	28
Admissibilidade do depoimento apresentado pelas recorrentes	29
Quanto ao desconto específico concedido ao W5	30
Quanto às tentativas de convencer a ExxonMobil a aderir ao cartel	32
Conclusão relativa ao papel de instigador	33
Quanto ao papel de líder da SNV	34
Argumentos das partes	34
Quanto ao papel desempenhado em 1994 e 1995, nas negociações com a KWS, em nome dos fornecedores	34
Quanto ao facto de, a partir de 1996, a SNV decidir previamente com a KWS sobre a oportunidade de organizar uma reunião entre os fornecedores e o W5	34
Quanto ao papel preponderante da SNV nas reuniões preparatórias entre fornecedores	35
Quanto ao papel de porta-voz dos fornecedores desempenhado pela SNV nas reuniões de concertação sobre o betume	35
Quanto ao controlo da criação do cartel	36
Apreciação do Tribunal	37
Princípios gerais relativos ao papel de líder	37

Quanto ao papel desempenhado pela SNV em 1994 e 1995, nas negociações com a KWS, em nome dos fornecedores	38
Quanto ao facto de, a partir de 1996, a SNV decidir previamente com a KWS a oportunidade de organizar uma reunião entre os fornecedores e o W5	39
Quanto ao papel preponderante da SNV nas reuniões preparatórias entre fornecedores	40
— Quanto ao papel de porta-voz dos fornecedores desempenhado pela SNV nas reuniões de concertação sobre o betume	41
Quanto ao controlo da execução do cartel	41
Conclusão relativa ao papel de líder da SNV	42
Quanto à reincidência	43
Argumentos das partes	43
Apreciação do Tribunal	44
Conclusão relativa às circunstâncias agravantes	49
Quanto às despesas	49