

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003<sup>1</sup>

Índice

I — Os factos do litígio .....	I - 134
II — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido .....	I - 137
III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça .....	I - 139
IV — O recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância .....	I - 140
1. Quanto à violação do direito de defesa no procedimento administrativo, por ter sido recusado o acesso a documentos de defesa (primeiro fundamento) .	I - 140
A. A posição das partes .....	I - 140
B. A legitimidade das medidas de organização do processo ordenadas pelo Tribunal de Primeira Instância .....	I - 143
C. A valoração dos documentos de defesa .....	I - 146
2. Quanto à imputação de actos praticados por outra pessoa colectiva (terceiro fundamento) .....	I - 148
A. Posição das partes .....	I - 148
B. A existência de fundamentação .....	I - 151
C. Uma transferência de responsabilidade infundada .....	I - 152
3. Quanto à violação dos princípios que presidem à aplicação de coimas (quarto fundamento) .....	I - 155
A. A posição das partes .....	I - 155
B. Os critérios utilizados pela Comissão na aplicação das coimas .....	I - 157
C. O respeito dos princípios da proporcionalidade e da igualdade .....	I - 160

1 — Língua original: espanhol.

4. Quanto à prescrição da infracção (quinto fundamento) .....	I - 163
A. A posição das partes .....	I - 163
B. A inexistência de falta de fundamentação .....	I - 164
C. A correcção da resposta do Tribunal de Primeira Instância .....	I - 165
V — Recapitulação e decisão que se propõe .....	I - 169
VI — As despesas .....	I - 169
VII — Conclusão .....	I - 170

1. A Aalborg Portland A/S (a seguir «Aalborg») interpõe recurso do acórdão proferido em 15 de Março de 2000 pela Quarta Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância no processo conhecido por Cimenteries CBR e o./Comissão<sup>2</sup>.

n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 81.º CE e 82.º CE) (a seguir «Regulamento n.º 17»)<sup>3</sup>, os serviços da Comissão procederam a visitas de inspecção a vários produtores europeus de cimento e a associações profissionais do sector. Em resultado desta actividade de inspecção, a Comissão decidiu, em 12 de Novembro de 1991, abrir um processo de aplicação de sanções<sup>4</sup> contra, entre outras empresas, a Aalborg<sup>5</sup>.

## I — Os factos do litígio

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

- Entre Abril de 1989 e Julho de 1990, nos termos do disposto no artigo 14.º,
- Em 25 de Novembro de 1991, a Comissão enviou a comunicação de acusações às setenta e seis empresas e associações de empresas arguidas, pelo que a Aalborg teve ocasião de apresentar observações escritas e, poste-

2 — T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95 (Colect., p. II-491).

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

4 — Processo IV/33.126 e 33.322 — Cimento.

5 — N.ºs 2 e 3 do acórdão.

riormente, orais, nas audições que se realizaram entre 1 de Março e 1 de Abril de 1993<sup>6</sup>.

concorrência, todas elas violadoras do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE<sup>9</sup>, pela sua participação:

— O texto da comunicação de acusações, contido num único documento, não foi enviado na íntegra às empresas nem às associações interessadas. A cada destinatário foi enviado o índice completo da comunicação de acusações e a lista de todos os documentos, com menção dos que podiam ser consultados. Algumas das entidades arguidas solicitaram à Comissão que lhes enviasse os capítulos não incluídos no texto da comunicação de acusações que lhes tinha sido enviada, bem como o acesso a todos os documentos dos processos, com excepção dos documentos internos ou confidenciais. A Comissão indeferiu este pedido<sup>7</sup>.

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

2.<sup>a</sup> Entre 14 de Janeiro de 1983 e 14 de Abril de 1986, em acordos celebrados nas reuniões dos chefes de delegação e do Comité Executivo da Cembureau — Association Européene du Ciment (a seguir «Cembureau»), relativos a trocas de informações em matéria de preços, cujo fim era facilitar a execução do acordo descrito no artigo 1.º da decisão (artigo 2.º, n.º 1).

— Por Decisão 94/815/CE, de 30 de Novembro de 1994 (a seguir «decisão»)<sup>8</sup>, a Comissão imputou à Aalborg as seguintes condutas contrárias à

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

6 — N.ºs 3, 9 e 12 do acórdão.

7 — N.ºs 4 a 6 do acórdão.

8 — JO L 343, p. 1.

9 — N.º 22 do acórdão.

- a) preços mínimos das entregas de cimento por camião dos produtores belgas e neerlandeses e preços, incluindo descontos, do produtor luxemburguês;
- b) as tabelas individuais e preços dos produtores dinamarqueses e irlandeses, as tabelas do sector em vigor na Grécia, em Itália e em Portugal e preços médios praticados na Alemanha, em França, em Espanha e no Reino Unido (artigo 2.º, n.º 2).
- em práticas concertadas relativas à troca de informações, à situação da oferta e da procura nos países terceiros importadores, aos preços susceptíveis de serem praticados na exportação, à situação das importações nos países membros e à situação da oferta e da procura nos mercados nacionais tendo em vista evitar incursões dos concorrentes nos mercados nacionais respectivos da Comunidade (artigo 5.º).
- 4.ª Desde 28 de Maio de 1986, num acordo para a constituição da Cembureau Task Force ou European Task Force (artigo 4.º, n.º 1).
- 5.ª De 17 de Junho de 1986 a 15 de Março de 1987, em práticas concertadas com vista a fazer com que a empresa italiana Calcestruzzi deixasse de ser cliente dos produtores gregos e, em especial, da Titan Cement Company SA [artigo 4.º, n.º 3, alínea a)].
- A Comissão intimou a Aalborg a cessar a prática das infracções descritas e a abster-se, daí em diante, de qualquer acordo ou prática contrários à livre concorrência nos mercados dos cimentos cinzento e branco (artigo 8.º), aplicando-lhe uma coima de 4 008 000 ecus, cujo montante venceria juros a partir do vencimento do prazo de pagamento fixado, que era de dois meses contados da notificação da decisão (artigos 9.º a 11.º).
- 6.ª No âmbito do European Cement Export Committee, de 14 de Março de 1984 a 22 de Setembro de 1989,
3. Não se conformando com a decisão da Comissão, a Aalborg impugnou-a no Tribunal de Primeira Instância.

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

4. Na petição, a Aalborg pediu, a título principal, a anulação dos artigos 1.º, 2.º, 4.º, n.ºs 1 e 3, alínea a), 5.º, 8.º e 12.º da decisão, na parte a ela respeitante. A título subsidiário, pediu a anulação da coima ou a redução do respectivo montante. Em qualquer dos casos, pediu que a Comissão fosse condenada nas despesas.

5. Através de uma medida de organização do processo, notificada às partes entre 19 de Janeiro e 2 de Fevereiro de 1996, o Tribunal de Primeira Instância solicitou à Comissão que juntasse uma série de documentos, o que esta fez em 29 de Fevereiro, enviando<sup>10</sup>:

- 1.º a comunicação de acusações tal como tinha sido notificada às empresas arguidas, mais tarde demandantes;
- 2.º a acta da diligência de audição de cada uma das empresas;
- 3.º a lista de todos os documentos juntos aos processos;

4.º as caixas que continham os documentos em que a Comissão baseava as conclusões de facto constantes da comunicação de acusações; e

5.º a correspondência trocada durante o procedimento administrativo entre a instituição e as empresas demandantes.

6. Duas outras medidas de organização do processo foram notificadas às partes, em 2 de Outubro de 1996, a primeira, e em 18 e 19 de Junho de 1997, a segunda, através das quais o Tribunal de Primeira Instância tomou as providências necessárias no sentido de as demandantes poderem examinar todos os documentos originais do processo, com excepção dos que contivessem segredos de negócios ou outras informações confidenciais e dos documentos internos da Comissão<sup>11</sup>.

7. Depois de lhes dar conhecimento do processo na íntegra, o Tribunal de Primeira Instância convidou as empresas e associações de empresas demandantes a apresentar um requerimento que se limitasse a identificar com precisão os documentos a que não tivessem tido acesso durante o processo de aplicação da sanção, cujo desconhecimento pudesse ter afectado a sua defesa, e a expor as razões pelas quais, na sua opinião, o procedimento administrativo teria podido

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

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

chegar a um resultado diferente se tivessem tido a oportunidade de os consultar. O requerimento deveria ser acompanhado de cópia dos documentos examinados. As demandantes, com excepção de uma<sup>12</sup>, extraíram cópias. A Comissão respondeu a todas as demandantes<sup>13</sup>.

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

- o artigo 2.º, n.º 2, da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente, na medida em que dá por provado que a circulação periódica de informações entre a Cembureau — Association européenne du ciment e os seus membros incidiu, no que toca aos preços belgas e neerlandeses, sobre os preços mínimos de fornecimentos de cimento por camião de produtores destes dois países e, no que respeita ao Luxemburgo, sobre os preços, incluindo descontos, do produtor deste país;
- «— o artigo 1.º da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada para além de 31 de Dezembro de 1988;
- o artigo 2.º, n.º 1, da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provada a celebração de acordos sobre trocas de informações sobre os preços durante as reuniões do comité executivo da Cembureau — Association européenne du ciment e na medida em que dá por provada a participação da recorrente na infracção que lhe é imputada para além de 19 de Março de 1984;
- o artigo 4.º, n.º 1, da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 9 de Setembro de 1986 e para além de 31 de Maio de 1987;
- o artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 9 de Setembro de 1986;
- o artigo 5.º da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente;
- o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 9.º da Decisão 94/815 é fixado em 2 349 000 euros;

12 — Ciments Luxembourgeois SA.

13 — N.ºs 169 e 170 do acórdão recorrido.

- quanto ao mais, é negado provimento ao recurso;
  - a recorrente suportará as suas próprias despesas e um terço das despesas da Comissão;
  - a Comissão suportará dois terços das suas próprias despesas».
- tabelas fixadas pelo sector na Grécia, em Itália e em Portugal e sobre os preços médios praticados na Alemanha, em França, em Espanha e no Reino Unido [artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da decisão].
- 4.º No acordo para a constituição da European Task Force (artigo 4.º, n.º 1, da decisão), entre 9 de Setembro de 1986 e 31 de Maio de 1987.

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

1.º No acordo Cembureau relativo ao respeito dos mercados nacionais do cimento cinzento (artigo 1.º da decisão), de 14 de Janeiro de 1983 a 31 de Dezembro de 1988.

2.º Trocas pontuais de informações sobre os preços do cimento cinzento (artigo 2.º, n.º 1, da decisão), de 14 de Janeiro de 1983 a 19 de Março de 1984.

3.º Entre 1 de Janeiro de 1984 e 31 de Dezembro de 1988, na circulação periódica de dados sobre as tabelas individuais dos preços dos produtores dinamarqueses e irlandeses, sobre as

5.º Nas práticas concertadas destinadas a fazer com que a Calcestruzzi deixasse de ser cliente dos produtores gregos [artigo 4.º, n.º 3, alínea a), da decisão], entre 9 de Setembro de 1986 e 15 de Março de 1987.

### III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

10. Apresentado o recurso e tramitada a fase escrita do processo, o Tribunal de Justiça, fazendo uso da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 119.º do Regulamento de Processo<sup>14</sup>, rejeitou o segundo fundamento por despacho de 5 de Junho de 2002.

14 — Versão codificada publicada no JO C 34, de 1 de Fevereiro de 2001, p. 1.

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

*1. Quanto à violação do direito de defesa no procedimento administrativo, por ter sido recusado o acesso a documentos de defesa (primeiro fundamento)*

A. A posição das partes

#### IV — O recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância

12. A Aalborg pede ao Tribunal de Justiça que anule integralmente, na parte que a ela diz respeito, o acórdão recorrido, por ter confirmado a decisão ou que, pelo menos, o faça parcialmente. Se assim não for, pede que o processo seja devolvido ao Tribunal de Primeira Instância para que este se pronuncie de novo, anulando total ou parcialmente a coima e condenando a Comissão no pagamento das despesas ocasionadas pela sua intervenção nas duas instâncias jurisdicionais comunitárias.

13. Em apoio desses pedidos, articula cinco fundamentos de recurso, alguns deles com argumentos diversos. Desses fundamentos, o segundo, tal como já referi, já foi rejeitado.

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

15. O Tribunal de Primeira Instância afirma, nos n.ºs 152 e 153 do acórdão, que a Comissão cometeu flagrantes e substanciais violações dos princípios que presidem ao acesso ao processo das empresas no decurso de um procedimento administrativo, ao recusar-lhes o acesso a três quartos dos documentos da instrução. A Aalborg concorda com esta apreciação bem como com as consequências jurídicas que, em abstracto, o Tribunal de Primeira Instância atribui a essas circunstâncias, em particular, a violação do direito de defesa, se se comprovar que, se tivesse tido acesso a determinado documento e apresentado as suas observações sobre o respectivo conteúdo, teria existido «uma possibilidade — mesmo reduzida —» de o resultado do processo ser diferente<sup>15</sup>.

16. A recorrente discorda, porém, da aplicação que o Tribunal de Primeira Instância faz dessa regra de apreciação e chega

<sup>15</sup> — V. n.º 241 do acórdão.



mesmo a afirmar que, na prática, a contradiz. Para o demonstrar, aponta três exemplos:

em Baden-Baden (n.ºs 2888 e 2889 do acórdão)<sup>18</sup>.

- a) as notas de J. Toscano (n.º 1122 do acórdão)<sup>16</sup>;
- b) os documentos que demonstram que o objecto das reuniões de 14 de Janeiro de 1983, de 19 de Março e 7 de Novembro de 1984 era o *dumping* e um sistema de pontos de paridade (n.ºs 1209 e 1210 do acórdão)<sup>17</sup>; e
- c) os documentos relativos à reunião realizada em 9 de Setembro de 1986

17. A empresa recorrente alega que, se tivesse tido acesso aos documentos anteriores durante o processo de aplicação da sanção, teria disposto de uma possibilidade, por mínima que fosse, de o resultado do procedimento administrativo ter sido diferente. Discorda da afirmação feita, quanto a esse ponto, pelo Tribunal de Primeira Instância, nos n.ºs 1132, 1211 e 2898 do acórdão recorrido, em contradição com o critério correctamente exposto no n.º 237, que fica desprovido de conteúdo se se exigir um elevado grau de certeza sobre essa possibilidade. Além disso, na sua opinião, para rejeitar a relevância dos documentos, o Tribunal de Primeira Instância teve que dar uma apreciação da responsabilidade material nova e mais estreita, diferente e mais severa do que a tese em que a Comissão baseou a decisão, isto é, que a presença da Aalborg em Baden-Baden se deveu ao facto de pertencer à European Task Force. Enquanto a Comissão imputou à sociedade recorrente todas as reuniões relativas a essa organização, sem valorar a

16 — Documento 33322/314-317.

17 — Trata-se de: 1) processo de notificação apresentado pela Cement Makers' Federation à Comissão em 1973, a propósito do acordo britânico CPMA; 2) os documentos n.ºs 33.126/1078 a 1088, 1147 a 1163, 2569 a 2578, 2591 a 2597, 5038 a 5051, 9010 a 9075 e 9078 a 9082, que atestam os contactos estreitos mantidos durante anos entre a Comissão e a indústria europeia do cimento sobre a introdução de um sistema de formação dos preços; 3) a carta de J. van Hove (documentos n.ºs 33.126/2412 a 2415); 4) os documentos n.ºs 33.126/4982/54 e 66, 5295, 5296 e 6160 a 6165, que demonstrariam que, durante os anos de 1983 e 1984, a indústria europeia do cimento estava preocupada com as importações a preços de *dumping* provenientes da Europa de Leste e de Espanha, e 5) o documento n.º 33.126/6162, segundo o qual «as regras do jogo económico não são aplicadas pelos países de Leste, em particular, pela Alemanha de Leste».

18 — São os seguintes: 1) os que demonstram a actividade legítima de *lobby* levada a cabo pela indústria do cimento (documentos n.ºs 33.126/17158, 17163, 17164, 17168, 17627, 17629, 17630 e 17641 a 17653, em particular, 17641 e 17646); 2) a nota interna relativa à reunião de 19 de Junho de 1986 do «Management Group» da Blue Circle (documentos n.ºs 33.126/10822 e 10823) e 3) os numerosos documentos que teriam permitido demonstrar as bases de facto do argumento da defesa de que a indústria europeia do cimento estava, em geral, preocupada com as importações provenientes da Grécia e que as tentativas lícitas de *lobby* foram as únicas acções em que a Aalborg participou (documentos n.ºs 33.126/16469, 11000, 11101, 11107 a 11109, 11074, 11075, 18961, 18962, 18963, 11004, 11021, 11022, 11062 a 11064, 11054 a 11060, 16183, 11028 a 11031, 11033 a 11038, 7723, 11072, 17173, 17174, 11126, 11130, 11131, 11138 a 11141, 11116, 11117, 18892 a 18997 e 15388; 33.322/1319 a 1323).

sua não participação em alguma delas, o referido Tribunal baseou a responsabilidade única e exclusivamente na sua presença em Baden-Baden<sup>19</sup>.

18. A importância dos documentos enquanto instrumentos da defesa devia, pois, ter sido analisada em face das acusações comunicadas e em função do objectivo da Aalborg, que pretendia evitar ser incluída na decisão do Colégio dos Comissários, e não em face de uma situação em que o Tribunal de Primeira Instância se limita a decidir se é possível manter em vigor uma decisão já adoptada. O referido Tribunal cometeu, segundo a Aalborg, um erro de direito que obriga a anular o acórdão na íntegra ou, pelo menos, em parte, na medida em que a declarou responsável pelas infracções descritas no artigo 4.º, n.ºs 1 e 3, alínea a), da decisão e alargou a infracção do artigo 1.º para além das três reuniões de 14 de Janeiro de 1983, de 19 de Março e 7 de Novembro de 1984.

19. A Comissão contesta a extensa argumentação da Aalborg, afirmando que o Tribunal de Primeira Instância fez uma correcta aplicação do critério de analisar os novos elementos de prova tendo em conta o conteúdo dos documentos que a demandante tivesse querido consultar na fase administrativa. Dado que, na realidade, constitui uma valoração do acervo probatório, que está excluído do âmbito próprio do recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, o fundamento é, na sua opinião, inadmissível.

20. Para a referida instituição, o fundamento é, de qualquer forma, improcedente. A apreciação do Tribunal de Primeira Instância quanto à violação do direito de defesa da recorrente é correcta. Os documentos referidos pela Aalborg confirmam um facto que nunca tinha sido negado, isto é, que o sector estava preocupado com o *dumping* e com os auxílios de Estado, problemas que foram objecto de discussão nas reuniões dos chefes de delegação em 1983 e 1984. Porém, ao mesmo tempo, não são susceptíveis de invalidar os elementos de prova levados em conta para ser proferida a decisão, segundo os quais, nessas reuniões, foram tratadas outras questões contrárias à livre concorrência.

21. A Aalborg responde que a fiscalização da aplicação da regra de apreciação utilizada pelo próprio Tribunal de Primeira Instância, que foi utilizada noutras ocasiões na jurisprudência comunitária<sup>20</sup>, é uma operação estritamente jurídica que pode ser revista e corrigida em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que o tribunal *a quo* tiver deixado sem conteúdo o seu próprio método de julgar.

20 — Refere as conclusões apresentadas pelo advogado-geral P. Léger no processo em que foi proferido o acórdão de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (C-310/93 P, Colect., p. I-865, n.ºs 120 e 121), bem como o acórdão de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92, Colect., p. I-4250, n.º 81).

19 — V. n.ºs 2656 e 2600 do acórdão.

22. Na tréplica, a Comissão afirma que a prática desmente as previsões pessimistas da Aalborg, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância, no próprio acórdão recorrido, anulou disposições da decisão por ter sido negada a consulta de determinados documentos a duas empresas arguidas, durante a instrução do processo<sup>21</sup>.

B. A legitimidade das medidas de organização do processo ordenadas pelo Tribunal de Primeira Instância

23. O Tribunal de Primeira Instância, para dar resposta às reclamações sobre a regularidade do procedimento administrativo e para, sendo caso disso, sanar as deficiências geradas pela falta de acesso a determinados documentos, pediu à Comissão que lhe facultasse o processo na sua íntegra, pondo-o à disposição das partes<sup>22</sup>, a fim de que estas, em face dos que não tinham podido examinar durante a instrução, os identificassem, explicando as razões pelas quais o procedimento administrativo poderia ter chegado a um resultado diferente se tivessem tido a oportunidade de os consultar.

24. O acórdão analisou os documentos indicados pelos demandantes e as observações apresentadas, decidindo, no que respeita à Aalborg, da forma que consta do n.º 15 da parte decisória e referida no n.º 8 das presentes conclusões. O Tribunal de Primeira Instância fez essa análise aplicando o seguinte princípio: o direito de defesa das recorrentes teria sido violado se tivesse existido uma possibilidade, ainda que reduzida, de o procedimento administrativo conduzir a um resultado diferente no caso de terem podido ser invocados os documentos cujo acesso lhes foi negado<sup>23</sup>.

25. A Aalborg coloca a questão da perspectiva correcta, ao analisar a importância, enquanto provas da defesa, dos documentos que não estiveram à sua disposição durante a tramitação do procedimento administrativo. Deve o juiz fazer face à comunicação de acusações e colocar-se na perspectiva de quem não pretende ser abrangido na decisão? Ou deve, pelo contrário, abordar o problema na óptica de quem se limita a julgar se é possível manter a decisão em vigor uma vez adoptada? Com estas questões, põe em causa, desde a raiz, o trabalho feito pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido.

26. O processo de verificação da existência de infracções aos artigos 81.º CE e 82.º CE tem natureza sancionatória. Para além da cessação das práticas contra a concorrência, tem por fim a punição das condutas que as provocam, atribuindo à Comissão o

21 — Trata-se da Cestest SA (T-38/95, n.ºs 2211 e 2286 e n.º 11 da parte decisória) e da Rugby Group (T-53/95, n.ºs 3406 a 3436 e n.º 22 da parte decisória).

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

23 — V. n.º 241 do acórdão.

poder de punir os autores com sanções pecuniárias. Para o efeito, essa instituição tem amplos poderes de investigação e de instrução mas, precisamente devido a essa natureza e à acumulação de poderes de investigação e de decisão no mesmo órgão, o direito de defesa daqueles que forem sujeitos ao processo deve ser reconhecido sem hesitações e respeitado<sup>24</sup>.

27. É este o sentido das disposições contidas no Regulamento n.º 17, em particular o artigo 19.º, e no Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos dos artigos 81.º CE e 82.º CE<sup>25</sup>; é também esse o alcance que lhes foi dado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>26</sup> e do Tribunal de Primeira Instância<sup>27</sup>. O Tribunal Europeu dos Direitos do

Homem alargou a aplicação das garantias do artigo 6.º da Convenção de Roma aos processos administrativos de natureza disciplinar<sup>28</sup>.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>29</sup> aprofunda esta linha, uma vez que, juntamente com o direito do acusado de defender as suas posições jurídicas num processo judicial equitativo e público, num tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei<sup>30</sup>, garante também o direito de qualquer pessoa a ser ouvida pelas instituições da União Europeia antes de estas adoptarem uma medida individual que a possa afectar desfavoravelmente, bem como o direito a ter acesso ao processo<sup>31</sup>.

28. A consulta do processo é mais um instrumento ao serviço do direito de defesa<sup>32</sup>. Não constitui um fim em si mesmo<sup>33</sup>. As garantias formais do pro-

24 — Quanto ao direito de defesa nos processos de aplicação das regras da concorrência, pode-se consultar o artigo de Lenaerts, K., e Maselis, I., intitulado *Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE*, publicado no «Journal des tribunaux», n.º 5973 (2000), pp. 496 a 504. Também de interesse, o estudo de Goossens, L., *Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission*, publicado no «Journal des tribunaux. Droit européen», n.º 52 (1998), pp. 169 a 175, e n.º 53 (1998), pp. 200 a 204. Apesar de relativamente antiga, não deixa de ter interesse a publicação de Due, O., antigo presidente do Tribunal de Justiça, *Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire*, publicada nos «Cahiers de Droit européen», n.ºs 1 e 2 (1987), pp. 383 a 396.

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

26 — V., por todos, e entre os mais recentes, acórdão de 8 de Julho de 1999, *Hercules Chemicals/Comissão* (C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.ºs 75 e segs.).

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

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

29 — JO C 364, p. 1.

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

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

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

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

cesso, jurisdicional ou administrativo, explicam-se em função desse objectivo, que não é outro senão o da efectiva tutela dos direitos e dos interesses legítimos de todos. Quando existe uma irregularidade processual, quando as regras de forma são afastadas, produzem-se consequências jurídicas se existir diminuição dos meios de defesa. Por outras palavras, o conceito de impossibilidade de defesa é material, de forma que as irregularidades do processo, por muitas que sejam, são irrelevantes se, apesar de tudo, o interessado tiver disposto dos meios de defesa adequados.

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

30. Em suma, os vícios de forma não têm vida própria separada da substância do litígio. Se se anular uma decisão proferida

no termo de uma actuação formal defeituosa, porque, devido aos vícios do *iter* seguido para a sua adopção, é incorrecta quanto ao fundo, a anulação é determinada pela incorrecção substantiva da decisão, não pela existência do vício processual. O vício de forma só atinge identidade própria quando, pelo facto de ter existido, não é possível fazer um juízo sobre a decisão adoptada.

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

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

33. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não suplantou a Comissão nem ocupou indevidamente a sua posição. Pelo contrá-

rio, limitou-se a exercer, no âmbito das suas competências e de forma irrepreensível, o seu poder jurisdicional, fiscalizando a correcção da actuação sancionatória da referida instituição. E, nesta situação, o julgamento, que se projecta sobre o passado, deve ser feito com base em todos os elementos de que se dispõe no presente, o que lhe confere uma maior riqueza e um grau de acerto mais elevado<sup>34</sup>.

numa fase anterior, a indagar se essa impossibilidade de defesa se tinha verificado<sup>36</sup>. Quando considerou que assim foi, anulou a decisão<sup>37</sup>. Se, pelo contrário, não se verificou a impossibilidade de defesa, considerou que o vício formal cometido durante a tramitação do procedimento administrativo foi, ao fim e ao cabo, irrelevante.

34. No modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância não existe qualquer desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, afirma-se que, verificada uma violação do direito de defesa, esta não fica sanada por um acesso tardio aos documentos do processo que permita às empresas afectadas apresentar fundamentos e argumentos para fundamentarem as suas pretensões, uma vez que não as coloca na situação em que se encontrariam se tivessem podido basear-se nos mesmos documentos para apresentar as suas observações escritas e orais à Comissão<sup>35</sup>.

36. Aliás, não é outro o alcance do próprio acórdão Hercules Chemicals/Comissão. Lendo-se o seu n.º 80, observa-se que o que é decisivo não é o vício formal considerado em si mesmo mas sim os seus efeitos no direito de defesa, que podem ser nulos se a própria empresa afectada não demonstrar que a impossibilidade de tomar conhecimento de determinadas provas de defesa a privou de instrumentos para convencer a Comissão da sua inocência.

35. O Tribunal de Primeira Instância não pretendeu sanar *a posteriori* uma impossibilidade já consumada de defesa; limitou-se,

C. A valoração dos documentos de defesa

37. Na realidade, o principal da alegação da Aalborg quanto a este aspecto fica

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

35 — N.ºs 78 e 79.

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

37 — Foi esse o caso da empresa Cedest SA (T-38/95). V. n.ºs 2211 e 2286 do acórdão.

reduzido a uma mera discrepância sobre a valoração que o Tribunal de Primeira Instância fez dos documentos que indicou quando lhe foram facultados.

38. A leitura das páginas da petição em que baseia este fundamento de recurso<sup>38</sup> é suficiente para se comprovar que a sociedade recorrente pede ao Tribunal de Justiça que interfira num domínio que lhe é alheio enquanto órgão de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância. A fixação dos factos do litígio é da competência do Tribunal de Primeira Instância, ao qual cabe valorar os elementos de prova disponíveis. O tribunal de recurso apenas pode penetrar neste terreno se, na obtenção das provas, tiver sido violada uma disposição ou um princípio geral do direito comunitário ou se, na apreciação das mesmas, tiverem sido violadas as normas sobre o ónus e a valoração das provas, pelo facto de esta última ser ilógica ou arbitrária e, portanto, descaracterizadora dos seus elementos. O Tribunal de Justiça apenas pode reparar a violação de direito em que tivesse incorrido a primeira instância, nunca fixar a matéria de facto, sem prejuízo da fiscalização da sua qualificação jurídica<sup>39</sup>.

38 — V. n.º 1.4, pontos 1), 2) e 3), da petição (pp. 18 a 37 da tradução francesa), cujo conteúdo resumi nos n.ºs 13 a 17 das presentes conclusões.

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

39. As considerações que, em face dos documentos cuja consulta a Comissão lhe vedou no procedimento administrativo, a Aalborg faz sobre o objecto da reunião de chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983 e das outras duas realizadas em 1984, bem como sobre as condições em que o seu representante assistiu à reunião, também de chefes de delegação, de 9 de Setembro de 1986 em Baden-Baden, são a expressão de uma forma diferente de abordar os factos que, de modo algum, revelam uma apreciação arbitrária ou ilógica do acervo probatório por parte do Tribunal de Primeira Instância.

40. Aplicando o critério de apreciação referido no n.º 241, o acórdão recorrido considera que os elementos desvendados não eram susceptíveis de alterar a versão dos factos determinada pela Comissão na decisão. Com efeito, na opinião do Tribunal de Primeira Instância, as notas de J. Toscano e os demais documentos referidos pela Aalborg demonstram que, nas reuniões, foram abordadas questões candentes no sector do cimento, relacionadas com o *dumping* e com os auxílios de Estado, mas não negam que tivessem sido feitos acordos contrários à livre concorrência, ponto que a Comissão deduziu de provas documentais directas<sup>40</sup>. Como se pode ver, o debate que

40 — As indicadas nos n.ºs 18, 19 e 45 da decisão. Do acórdão, ver n.ºs 1122 e segs. (em particular, 1130, 1131 e 1132), quanto às notas de J. Toscano, e n.º 1211, em conjugação com o n.º 1183, quanto aos outros documentos.

a Aalborg pretende lançar não transcende a valoração da prova nem a fixação da matéria de facto do litígio.

41. O mesmo se diga dos documentos relativos à reunião de Baden-Baden, através dos quais a Aalborg pretende demonstrar o propósito com que o seu representante compareceu na reunião e evidenciar que, se os tivesse podido utilizar durante a instrução do processo, teria tido a possibilidade, por mínima que fosse, de convencer a Comissão de que não tinha participado na Cembureau Task Force. Com esta questão, discute as apreciações do Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 2888 a 2898 do acórdão sobre o alcance desses documentos e dos efeitos que as observações que eventualmente tivesse podido apresentar no procedimento administrativo poderiam ter no resultado do processo. Esta questão, tal como já assinalai, é alheia ao debate próprio de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância. A função jurisdicional de apuramento do substrato factual incide tanto sobre a fixação dos dados de facto que se obtêm directamente da prova produzida como sobre as ilações resultantes da inter-relação existente entre os diversos elementos de prova.

42. Por outras palavras, a fiscalização da aplicação da regra de apreciação utilizada pelo próprio Tribunal de Primeira Instância é, como assinala a Aalborg, uma operação estritamente jurídica que pode ser analisada em sede de recurso de decisão do Tribunal

de Primeira Instância. Não obstante, a fixação dos pressupostos de facto necessários à sua aplicação é do exclusivo domínio do juiz de primeira instância, salvo se, como já referi, nessa operação, ele inverter o ónus de prova ou se entregar a deduções desprovidas de lógica ou arbitrárias. Ora, no recurso não se assinala qualquer infracção desse tipo, reduzindo-se a alegação a uma mera discrepância sobre os acontecimentos na base do litígio.

43. Este fundamento — o primeiro — deve, portanto, ser julgado inadmissível e improcedente.

*2. Quanto à imputação de actos praticados por outra pessoa colectiva (terceiro fundamento)*

A. Posição das partes

44. O Tribunal de Primeira Instância confirma a decisão da Comissão que atribui à Aalborg, sociedade constituída em 26 de Junho de 1990 e que, com efeitos a partir de 1 de Janeiro desse ano, sucedeu à cimenteira Aktieselskabet Aalborg Portland-Cement Fabrik (a seguir «antiga cimenteira»), a responsabilidade do acordo celebrado em 14 de Janeiro de 1983, cuja aplicação se estendeu até 31 de Dezembro de 1988. Na opinião da recorrente, o



Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, uma vez que não se verificavam no caso as presentes condições materiais para operar a transferência da responsabilidade e, além disso, não deu resposta à alegação de falta de fundamentação da decisão quanto a essa transferência.

a) A inexistência de condições para uma transferência de responsabilidade

45. No n.º 1336 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância afirma que a Aalborg e a antiga cimenteira «constituíam uma única entidade económica». A recorrente reitera que a sua criação e a aquisição dessa empresa se situam no âmbito de uma reorganização do grupo a que pertence. Na realidade, foi outra entidade jurídica, a Blue Circle, que, ficando com 50% das acções da Aalborg na altura em que esta empresa se tornou proprietária da antiga cimenteira, adquiriu metade das suas actividades. Assim, segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de interpretação dos factos e, além disso, um erro de direito.

46. O segundo erro tem a origem no facto de que, de acordo com a jurisprudência<sup>41</sup>, para operar a transferência da responsabi-

lidade, é necessário que a empresa à qual a responsabilidade era imputada já não exista e que outra tenha adquirido o conjunto dos seus recursos humanos e materiais. Ora, a Aalborg argumenta que, no caso presente, a antiga cimenteira não deixou de existir pelo que a responsabilidade das infracções verificadas não pode ser transferida para ela.

47. A Comissão alega que, independentemente da interpretação a dar ao conteúdo do acórdão, o facto determinante é o de se tratar sempre da mesma entidade económica e, qualquer que fosse a estrutura de propriedade da antiga cimenteira, todas as actividades no sector foram transferidas para a Aalborg.

48. Considera que a continuidade da sociedade original sob a forma de *holding*, de que é co-titular, não pode ter a consequência de a responsabilidade ser atribuída à entidade recém-constituída. O elemento decisivo é o de, no plano económico, se tratar da mesma sociedade, uma vez que o conjunto dos meios materiais e humanos que intervieram na infracção estavam à disposição da Aalborg em 1 de Janeiro de 1990.

49. Na réplica, a Aalborg argumenta que não se pode falar da mesma entidade jurídica nem da mesma entidade económica quando uma terceira empresa adquire 50% do capital da nova sociedade. A Comissão responde que a entidade económica é a

41 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o./Comissão* (40/73, *Colect.*, p. 563, n.º 74 a 88); de 28 de Março de 1984, *Cram e Rheinink./Comissão* (29/83 e 30/83, *Recueil*, p. 1679, n.º 9), e de 8 de Julho de 1999, *Comissão/Anic Partecipazione* (C-49/92, *Colect.*, p. I-4125, n.º 145).

mesma quando o conjunto dos meios de produção utilizados no fabrico de cimento é transferido de uma empresa (a antiga cimenteira) para outra (a recorrente), que prossegue a actividade industrial. A participação de uma nova empresa (Blue Circle), que procede a uma entrada de capital, não altera o facto de se tratar sempre, no que respeita à produção, da mesma entidade económica, aspecto fundamental no âmbito das normas sobre concorrência.

b) A falta de fundamentação da decisão quanto à pessoa responsável

50. O acórdão recorrido não anulou a decisão da Comissão por falta de fundamentação na determinação da pessoa responsável pela infracção, pelo que, no entender da Aalborg, deve ser revogado. No n.º 1336 do acórdão considera-se que, na resposta à comunicação de acusações, a Aalborg não referiu que não podia ser considerada responsável pelas actividades da antiga cimenteira. Em tais circunstâncias, tendo em conta que ambas as sociedades constituíam uma única unidade económica, a Comissão não tinha que explicar na decisão as razões pelas quais considerava a Aalborg responsável pelas actividades da antiga cimenteira. Este critério da passividade aplicado pelo Tribunal de Primeira Instância deve, segundo a recorrente, ser inteiramente rejeitado por contrário aos direitos fundamentais.

51. Para a Comissão, nada permite dar acolhimento à argumentação da empresa neste ponto. Da comunicação de acusações resulta que as infracções em causa continuaram a ser cometidas depois de 1990, pelo que não tinha que lhe ser exigido que fundamentasse de forma detalhada um facto irrelevante para o caso. Acrescenta que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu uma irregularidade processual ao tomar em conta o facto de a Aalborg reconhecer que, na resposta à comunicação de acusações, não contestou a possibilidade de ser considerada responsável pelas acções da antiga cimenteira.

52. Na réplica, a sociedade recorrente expõe que não existia qualquer razão para corrigir a identidade do destinatário das acusações, uma vez que estas se baseavam numa tese, diferente da que veio depois a ser seguida na decisão, assente na consideração de que o acordo ainda existia. Contudo, esse entendimento foi alterado na decisão, que relacionou a infracção com determinadas reuniões e períodos, pelo que a questão do destinatário se tornou essencial. A Aalborg não podia nem pode ser considerada responsável pelo acordo no período de tempo que a decisão, ao contrário da comunicação de acusações, relaciona com a infracção, uma vez que, na altura, ainda não tinha sido constituída.

53. A Comissão, na tréplica, opõe-se a que se argua de novo, sem razão, uma dife-

rença entre a comunicação de acusações e a decisão. Ambas assentam na ideia de que o acordo Cembureau continuava a existir, tal como resulta do n.º 65, ponto 4, e da conjugação dos artigos 1.º e 8.º da decisão. Assim, não tinha que analisar, ao proferir a sua decisão, as eventuais consequências da transferência de actividades de fabrico de uma empresa para a outra.

## B. A existência de fundamentação

54. Esta alegação da Aalborg divide-se em duas, uma formal e uma substantiva. A primeira refere-se à falta de fundamentação quanto à determinação da pessoa colectiva responsável.

55. Deste ponto de vista, o fundamento é inadmissível, tendo em conta que não se apresenta como uma crítica do acórdão mas sim como uma reiteração do argumento exposto na petição em primeira instância, que foi respondido no n.º 1336 da referida decisão judicial. De resto, as faltas de fundamentação da decisão não se comunicam ao acórdão recorrido pelo simples facto de o Tribunal de Primeira Instância afirmar que a lacuna é irrelevante.

56. Esta alegação é também improcedente. A fundamentação, que nos termos do artigo 253.º CE deve acompanhar os actos e as disposições adoptados pelas instituições comunitárias, tanto se destina a permitir aos interessados conhecer as razões da adopção de uma medida como ao órgão jurisdicional competente dispor dos elementos de apreciação precisos para exercer o seu poder de fiscalização<sup>42</sup>. Por conseguinte, esta obrigação não impõe à autoridade comunitária que desenvolva em determinada extensão os raciocínios que dão suporte à decisão nem exige que se explique todos os elementos de facto ou de direito constantes do processo<sup>43</sup>, mas apenas os pertinentes em função das circunstâncias do caso, do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas a quem diga directa ou individualmente respeito possam ter nas explicações<sup>44</sup>.

57. Na comunicação de acusações, a Comissão relatou factos pelos quais, qualquer que fosse o autor material, a antiga cimenteira ou a Aalborg, responsabilizou a segunda, que, ao responder às acusações, não formulou qualquer consideração sobre esse ponto. Assim, não era exigível à Comissão que explicasse uma decisão que a própria Aalborg não pôs em questão na tramitação do procedimento administra-

42 — V., entre os mais recentes, acórdãos de 19 de Outubro de 2000, Itália e Sardegnia Lines/Comissão (C-15/98 e C-105/99, Colect., p. I-8855, n.º 65), e de 25 de Outubro de 2001, Itália/Conselho (C-120/99, Colect., p. I-7997, n.º 28).

43 — V. acórdãos de 17 de Julho de 1997, Affish (C-138/95, Colect., p. I-4315, n.º 63), e Itália/Conselho, já referido na nota anterior, n.º 27.

44 — V. acórdãos, já referidos, Itália e Sardegnia Lines/Comissão, n.º 65, e Itália/Conselho, n.º 29.

tivo, uma vez que, tal como refere o Tribunal de Primeira Instância<sup>45</sup>, em nenhum momento contestou a possibilidade de ser considerada responsável pelas actividades da sua antecessora.

58. Questão diferente, que nada tem a ver com a alegada falta de fundamentação<sup>46</sup>, é a de saber se, tendo em conta o desenrolar dos factos, tal como expostos na decisão, cabia responsabilizar a Aalborg pelas condutas da antiga cimenteira contrários à concorrência. Trata-se da segunda parte deste fundamento de recurso.

### C. Uma transferência de responsabilidade infundada

59. A Aalborg inicia a sua argumentação quanto a este ponto contestando a apreciação feita nos n.ºs 1335 e 1336 do acórdão recorrido, segundo a qual a demandante e a antiga cimenteira «constituíam uma única entidade económica para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado» (que passou, após alteração, a artigo 81.º, n.º 1, CE).

45 — V. n.º 1336 do acórdão.

46 — O facto de a Aalborg não suscitar o problema na fase administrativa não a impedia de o fazer posteriormente na fase judicial. Não há limite para os argumentos que, em defesa dos seus direitos, os demandantes podem invocar no Tribunal de Primeira Instância. Não podem deduzir pedidos que não tenham feito na fase administrativa (no caso presente, o infundado de uma decisão sancionatória), mas, para fundamentarem esses pedidos, podem invocar os fundamentos jurídicos que considerarem convenientes, mesmo não os tendo utilizado antes.

60. O certo é que a recorrente, tal como refere neste fundamento de recurso, de acordo com o que indicou na petição, foi constituída em 26 de Junho de 1990, adquiriu, com carácter retroactivo a partir de 1 de Janeiro do mesmo ano, a fábrica da antiga cimenteira, acompanhada do activo e passivo correspondentes a essa actividade, e continuou a existir como sociedade *holding*, titular de 50% da nova companhia. Ao mesmo tempo, o grupo britânico Blue Circle<sup>47</sup> ficou com a titularidade dos outros 50% do capital social da Aalborg.

61. Se, pela expressão «uma única entidade económica», o Tribunal de Primeira Instância pretende referir que a Aalborg continuou a actividade da antiga cimenteira, cujos meios materiais e humanos lhe foram transferidos, na minha opinião, a apreciação é correcta. Mas se, pelo contrário, pretende significar que, na realidade, uma e outra são a mesma organização ou, dito de forma mais expressiva, «a mesma pessoa sob vestes diferentes», o órgão de primeira instância engana-se, uma vez que não se pode pôr de lado o facto de o grupo britânico Blue Circle possuir metade do capital social da demandante.

47 — «Blue Circle Industries Plc [...] é um grupo que controla várias sociedades do mundo activas na produção de cimento, de betão pronto, de comercialização e transporte de cimento e de clínquer» [decisão, n.º 5, alínea o)]. O clínquer é um produto *standard* do qual derivam todos os tipos de cimento, que se obtém por cozedura de uma mistura de materiais contendo calcário, como a cré e a cal, com produtos argilosos, como os xistos, a ardósia e a areia (decisão, n.º 6, pontos 1 e 2).

62. O elemento decisivo é o de a Aalborg ter prosseguido as actividades cimenteiras da sua antecessora. A determinação das consequências jurídicas deste facto, com vista à fixação da responsabilidade por práticas contrárias à livre concorrência, constitui o núcleo deste fundamento de recurso.

63. A resposta do Tribunal de Justiça deve começar por lembrar um princípio geral de direito, elaborado como limite ao exercício do *jus puniendi* pelas autoridades públicas: o da intransmissibilidade das penas, que é complemento do princípio da culpa, cuja primeira e mais importante manifestação é a de que só ao autor pode ser imputada a prática de uma conduta punível.

64. Este princípio, tal como todas as garantias resultantes do ordenamento penal, deve ser transposto para o âmbito administrativo punitivo com muita cautela, uma vez que, quando se trata de punir, de retribuir uma conduta infractora, não é admissível um regime de responsabilidade objectiva ou independente de culpa.

65. Embora, tratando-se de pessoas colectivas, a sua aplicação deva ser modulada, nada permite eliminar o elemento subjectivo da culpa, que sofre, não obstante, um processo de objectivização. Nas entidades

colectivas não existe o elemento volitivo em sentido estrito, mas sim uma ficção jurídica<sup>48</sup> que permite imputar-lhes as infracções que sejam consequência dos seus comportamentos. Não há actos de vontade mas sim capacidade para infringir as normas a que estão sujeitas. O corolário é claro: não se pode imputar a uma pessoa colectiva uma infracção que não cometeu.

66. Contudo, acontece que, quando se actua num sector como o da defesa da concorrência no mercado interno, tem que se fazer face a condutas intrincadas, manifestadas por comportamentos ágeis de estruturas organizativas complexas. Esta realidade e o princípio da eficácia, que exige uma defesa empenhada da concorrência no mercado comum, estão na base da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a Aalborg refere no seu recurso.

67. Dessa jurisprudência resulta que os comportamentos de uma sociedade contrários à concorrência podem ser imputados a outra, que assume a responsabilidade, se estiverem reunidas duas condições: a primeira, que a nova sociedade prossiga a actividade da autora dos factos, ao ponto

48 — As pessoas colectivas também são uma ficção.

de entre ambas existir uma «continuidade económica»<sup>49</sup>; a segunda, que a antiga tenha deixado de existir juridicamente<sup>50</sup>. Tenta-se evitar que, por meio de operações de «engenharia financeira», fiquem impunes condutas que devem ser punidas, defraudando-se as regras da concorrência.

68. Com a exigência desses requisitos, o interesse público comunitário fica salvaguardado, uma vez que existe sempre uma pessoa sobre quem exercer o poder sancionador. Em primeiro lugar e como regra geral, a autora, em segundo e como excepção, no caso de esta se ter extinto, quem lhe tiver sucedido lhe dê continuidade, e, fazendo seus os meios materiais e humanos da exploração, prossiga a actividade económica.

69. No presente processo, não se verifica o segundo dos requisitos referidos. A entidade autora dos factos, a antiga cimenteira, continuou a existir como sociedade *holding*, titular de 50% do capital social da Aalborg. Por conseguinte, não se podia responsabilizar esta pessoa colectiva pelos

comportamentos daquela e, em particular, pela infracção punida no artigo 1.º, que, como o próprio Tribunal de Primeira Instância declara, terminou em 31 de Dezembro de 1998, antes, pois, da data (1 de Janeiro de 1990) em que a Aalborg assumiu a actividade da antiga cimenteira.

70. O critério aplicado pelo Tribunal de Primeira Instância sofre, na minha opinião, de um duplo defeito. Em primeiro lugar, contradiz a jurisprudência do Tribunal de Justiça, de acordo com a qual, «em princípio, cabe à pessoa singular ou colectiva que dirige a empresa em causa no momento em que a infracção foi cometida responder por ela, mesmo que, na data da adopção da decisão que dá por provada a infracção, a exploração da empresa tenha sido colocada sob a responsabilidade de outra pessoa»<sup>51</sup>.

71. Em segundo lugar, porque o critério de «uma única entidade económica», como chave da transferência da responsabilidade da antiga cimenteira para a Aalborg, assenta numa concepção objectiva que é de rejeitar. Com efeito, independentemente do erro existente nessa afirmação, na medida em que existe um terceiro (a Blue Circle) que detém 50% do capital social da recorrente, fixar o objectivo na actividade e não na pessoa que a leva a cabo, indepen-

49 — V. acórdãos, já referidos, Suiker Unie e o./Comissão, n.º 84; Cram e Rheinzink/Comissão, n.º 9, e Comissão/Anic Partecipazioni, n.º 145.

50 — Acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.º 145. Neste acórdão, rejeita-se o argumento exposto por uma sociedade, para eludir a sua responsabilidade, autora de uma conduta punível, que tinha consistido em ceder a outra a actividade no âmbito da qual tinha cometido a infracção. O Tribunal de Justiça considerou que «o critério dito da 'continuidade económica' só pode desempenhar o seu papel caso a pessoa colectiva responsável pela exploração da empresa tenha cessado a sua existência jurídica após o cometimento da infracção».

51 — Acórdão de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão (C-286/98 P, Colect., p. I-9925, n.º 37).

dentemente de ainda existir e poder responder pelos seus actos, viola os princípios da culpa e da intransmissibilidade da sanção.

72. Na realidade, o Tribunal de Primeira Instância propõe, com esse entendimento, uma mudança radical: no exercício da actividade punitiva haveria que seguir o curso da actividade empresarial para punir quem a exerça no momento de aplicar a sanção; a responsabilidade deveria ficar ligada à empresa, à actividade, e não à pessoa, singular ou colectiva, que a exerça. Este entendimento, assim exposto em toda a sua nudez, que abstrai do facto de o autor ainda existir e poder responder, é inaceitável, uma vez que viola os referidos princípios.

73. De acordo com as considerações expostas, considero que este fundamento de recurso deve ser julgado procedente e revogado o acórdão impugnado na medida em que, julgando improcedente o pedido da Aalborg, não anulou a decisão.

74. Não obstante, devo esclarecer que o alcance da decisão do Tribunal de Justiça deve ir além do que parecem indicar as primeiras linhas deste fundamento de recurso, nas quais a Aalborg apenas faz alusão à reunião de chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983 e à infracção a que se refere o artigo 1.º da decisão. Contudo, termina o fundamento pedindo a anulação do acórdão recorrido, uma vez que, ratifi-

cando a decisão neste ponto, responsabiliza a Aalborg pelas infracções consideradas provadas. Este entendimento tem sentido uma vez que todas as infracções referidas foram perpetradas, consumadas e concluídas antes de 1 de Janeiro de 1990 e as mesmas razões que justificam neste caso a anulação do artigo 1.º da decisão obrigam a anular também, no que respeita à Aalborg, as demais partes sancionatórias da decisão.

75. Uma solução como a que proponho não sofre de incongruência *extra petita*, uma vez que a Aalborg deduz como primeiro e principal pedido a anulação da decisão na íntegra, directamente em primeira instância e de forma reflexa no presente recurso através da anulação do acórdão recorrido. Além disso, embora seja verdade que no Tribunal de Primeira Instância a demandante suscitou a questão apenas em relação à infracção referida no artigo 1.º, o facto é que a suscitou, pelo que, no que respeita aos restantes artigos, no presente recurso não surge como uma questão nova que deva ser rejeitada.

### *3. Quanto à violação dos princípios que presidem à aplicação de coimas (quarto fundamento)*

#### A. A posição das partes

76. A procedência do terceiro fundamento de recurso tornaria desnecessária a análise

dos restantes. Não obstante, para a eventualidade de o Tribunal de Justiça não aceitar a minha sugestão, prossigo com a análise do recurso, propondo as respostas que considero conformes ao direito.

à aplicação de um método mecânico na determinação do montante das coimas<sup>52</sup>, no qual se descarta o papel individual de cada empresa.

77. Em relação à coima que lhe foi aplicada, a recorrente articula três alegações: a) a inadequação do método automático de cálculo das sanções, que impede que se tenha em conta o papel individual de cada uma das sociedades e associações no acordo; b) o não ter em conta qualquer circunstância atenuante, em particular, o «carácter periférico» das ligações da Aalborg ao acordo Cembureau, e, por último, c) a confirmação do critério da Comissão, pelo qual se distingue, para efeitos de cálculo das coimas, entre participantes directos e participantes indirectos.

80. Acrescenta que o princípio da igualdade é violado porque, não obstante a sua participação passiva (responsabilidade pelo «não distanciamento»), o Tribunal de Primeira Instância decidiu aplicar-lhe uma sanção de 4% do seu volume de negócios, igual à das empresas cujas infracções foram consideradas mais graves. Pelo contrário, a coima aplicada a participantes mais activos no acordo, que, por mero acaso, não estiveram presentes na reunião de 14 de Janeiro de 1983, foi calculada aplicando-se 2,8% do referido parâmetro. Para a Aalborg, o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta elementos essenciais do grau de culpa, como a iniciativa, a recomendação, a restrição activa da concorrência no mercado e outros elementos aos quais a jurisprudência normalmente associa a importância e a gravidade da infracção.

78. A Aalborg alega que o Tribunal de Primeira Instância violou os princípios da proporcionalidade e da igualdade, ao não ter em conta o papel limitado e passivo que ela desempenhou no acordo Cembureau nem os efeitos nulos que a sua participação teve no mercado. Considera que o Tribunal de Justiça deve, pois, anular a coima na íntegra ou, subsidiariamente, em parte.

81. A Comissão lembra, na resposta, que, tal como admite a própria empresa recorrente, a apreciação do montante da coima pelo Tribunal de Justiça deve ser limitada. Desse modo, este fundamento deve ser

79. Para a recorrente, o princípio da proporcionalidade foi inobservado devido

52 — Distinção entre participantes «directos», os que estavam presentes na reunião de 14 de Janeiro de 1983, e «indirectos». Os primeiros foram punidos com uma coima de 4% do seu volume de negócios no mercado do cimento cinzento em 1992 e os segundos com uma percentagem de 2,8% do mesmo parâmetro (v. n.ºs 4731 e 4815 do acórdão).



rejeitado na íntegra por inadmissível, uma vez que tem em vista uma nova apreciação da prova e dos elementos de facto apresentados. Alega que, de qualquer forma, a coima aplicada à Aalborg não é o resultado da aplicação de um método mecânico de cálculo. Para se determinar as responsabilidades numa constelação de factos relativos a um grande número de empresas, é plenamente compatível com os princípios invocados no recurso que as companhias sejam agrupadas em função da sua participação, de acordo com o que resulte das provas constantes do processo. O agrupamento assim formado é fruto da aplicação do princípio da igualdade.

82. Por outro lado, no n.º 65, ponto 9, da decisão, ponderou-se devidamente a participação de cada empresa nas infracções. Por último, o Tribunal de Primeira Instância analisou a forma pela qual a Comissão determinou o grau de culpa das empresas e a gravidade das infracções cometidas, nos n.ºs 4785 e 4804 a 4989 do acórdão recorrido.

B. Os critérios utilizados pela Comissão na aplicação das coimas

83. Na análise deste fundamento há que referir a estrutura do articulado da decisão e os critérios invocados para a punição.

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

85. A Comissão determinou sanções separadas para as infracções relativas a cada um desses mercados<sup>53</sup>.

86. No que se refere ao mercado do cimento cinzento, o único em que imputa à Aalborg práticas contra a concorrência, decidiu não punir cada comportamento isolado e aplicou uma coima global a cada empresa, dada a inter-relação entre o acordo Cembureau e todas as suas medidas

53 — V. n.º 65, ponto 7, da decisão.

de aplicação<sup>54</sup>. Esta forma de proceder é legítima e tem o seu fundamento no poder da Comissão de se pronunciar sobre várias infracções numa única decisão<sup>55</sup>.

87. Considerou ainda que todas as empresas e associações destinatárias da decisão aderiram ao acordo Cembureau e expôs os elementos utilizados para demonstrar a participação de cada uma. Assim, a respeito da Aalborg, considerou que a mesma aderiu, na qualidade de membro da Cembureau, ao acordo ou princípio de respeito dos mercados nacionais no momento em que tal acordo ou princípio foi debatido e aprovado, participando igualmente em medidas ou disposições destinadas a completá-lo por forma a contribuir para a sua aplicação<sup>56</sup>.

88. «Contudo, tomou em consideração, no âmbito desta conclusão de carácter geral, o papel desempenhado por cada empresa na

conclusão do acordo» ou nas medidas e disposições acordadas para o completar e aplicar. Também ponderou a duração de umas e de outras<sup>57</sup>.

89. De acordo com o exposto, separou dois grupos de empresas e associações; por um lado, as que participaram no acordo Cembureau e, por outro, o resto das empresas, com uma intervenção menos decisiva e de menor gravidade<sup>58</sup>.

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

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

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

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

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

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

das de aplicação do acordo destinadas a proteger os mercados nacionais<sup>59</sup>.

91. Na segunda categoria também distinguiu três tipos de responsáveis: 1) as empresas que apenas participaram nas medidas de aplicação do acordo destinadas a canalizar para países terceiros a produção excedentária; 2) as que, não obstante terem participado nas medidas destinadas a proteger directamente os mercados nacionais, tentaram eximir-se à execução do acordo Cembureau e 3) a sociedade Ciments Luxembourgeois que, apesar de ser membro directo da associação e de ter participado nas reuniões dos chefes de delegação durante as quais o acordo ou princípio Cembureau foi concluído, não chegou a aplicar qualquer medida de execução<sup>60</sup>.

92. A Comissão aplicou às empresas e associações pertencentes à primeira categoria sanções no valor de 4% dos respectivos volumes de negócios no mercado do cimento cinzento em 1992. As referidas na segunda categoria foram punidas com uma coima de 2,8% do mesmo parâmetro<sup>61</sup>.

93. O Tribunal de Primeira Instância julgou parcialmente procedente o recurso da Aalborg uma vez que, para quantificar a coima que lhe aplicou, a Comissão considerou que tinha participado no acordo Cembureau durante 122 meses, sendo de 71,5 meses a duração real da sua participação, de acordo com o que ficou demonstrado no processo<sup>62</sup>. Ora, tendo em conta este elemento e aplicando o método de cálculo utilizado pela Comissão, o órgão jurisdicional reduziu proporcionalmente o montante da coima<sup>63</sup>.

94. É a este modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância, que ratifica a distinção entre participantes directos e participantes indirectos, que a recorrente atribui a violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e a violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade na aplicação das coimas.

95. Este fundamento, assim formulado, é inadmissível na medida em que se limita a reproduzir os mesmos argumentos expostos na petição em primeira instância e aos quais o Tribunal de Primeira Instância respondeu nos n.ºs 4965 a 4969 do acórdão recorrido. A Aalborg nada diz de novo neste fundamento, nada que não tenha sido objecto de debate e de decisão no processo de primeira

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

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

61 — V. o documento enviado pela Comissão ao Tribunal de Primeira Instância em 7 de Julho de 1998, em particular, os n.ºs 2 e 3. V. também os n.ºs 4738, 4957 e 4963 do acórdão recorrido.

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

63 — V. n.º 4815 e o sétimo travessão do n.º 15 da parte decisória do acórdão recorrido.

instância. Aproveita o facto de o Tribunal de Primeira Instância aplicar um critério de quantificação das coimas igual ao da Comissão para reproduzir uma discussão que não é, na realidade, crítica do acórdão recorrido mas sim do procedimento administrativo de aplicação da sanção.

### C. O respeito dos princípios da proporcionalidade e da igualdade

96. Desde logo, considero que este fundamento improcede.

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

98. No primeiro aspecto, o retributivo, como corolário do princípio da intransmissibilidade das penas, a que já me referi nas

presentes conclusões, a sanção deve ser proporcional à gravidade da infracção e às restantes circunstâncias, subjectivas e objectivas, que se verifiquem em cada caso. Por isso, o artigo 15.º, n.º 2, *in fine*, do Regulamento n.º 17 dispõe que o montante da coima seja fixado tendo em conta a gravidade da infracção e, sendo caso disso, a sua duração.

99. O Tribunal de Justiça declarou que a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos tais como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, acrescentando que não existe uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios<sup>64</sup>.

100. Creio que existem três critérios centrais para essa apreciação: a natureza da infracção, o impacto na concorrência e a delimitação geográfica do mercado afectado; cada um analisado numa dimensão objectiva, a da própria infracção, e noutra subjectiva, a da empresa responsável<sup>65</sup>.

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

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

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

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

103. A exigência de que a sanção seja proporcional à infracção tem como consequência que, quando uma infracção tiver sido cometida por várias pessoas<sup>66</sup>, se deva analisar, utilizando os parâmetros referidos, a gravidade relativa da participação de cada uma<sup>67</sup>. É um imperativo do princípio da igualdade, que exige que a coima seja idêntica para todas as empresas na mesma situação e impede que as que se encontram em situação diferente sejam punidas com sanções semelhantes.

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

105. Todos os comportamentos, que necessariamente não são idênticos, prosseguiram o mesmo objectivo contra a concorrência, pelo que, para efeitos da sanção, podiam ser agrupados pela respectiva gravidade em uma ou mais categorias em função dos efeitos no mercado e dos efeitos na livre concorrência.

106. Nada existe de irregular nesta forma de proceder, uma vez que, como já referi, a gravidade de uma infracção pode ser apreciada tendo em conta a lesão que as condutas causaram na ordem pública económica. Tal como refere o Tribunal de Primeira Instância no n.º 4966 do acórdão recorrido, cada uma das empresas que participaram no acordo Cembureau «procurou garantir o respeito dos mercados

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

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

internos através das medidas que considerou necessárias em função, nomeadamente, dos seus interesses comerciais e da situação geográfica do seu mercado natural. O facto de ter tomado parte, tendo em conta estes elementos, num número limitado de medidas ilícitas não traduz, assim, uma adesão menos forte ao acordo Cembureau e, portanto, uma responsabilidade menos grave». Relativamente ao prejuízo para a concorrência, a sua situação era a mesma.

107. Assim, a alegação da Aalborg, ao dar a entender que outras empresas incluídas também no grupo das de maior responsabilidade tiveram uma participação mais intensa no acordo, é descabida, mesmo se se considerar que a sua intervenção não foi dolosa e sim negligente, uma vez que as infracções cometidas por imprudência não são, para a concorrência, menos graves do que as cometidas deliberadamente. O Tribunal de Primeira Instância não tinha que verificar, para determinar a gravidade da infracção, se esta tinha sido cometida propositadamente ou por negligência<sup>68</sup>. Em matéria de concorrência, o grau de culpa é pressuposto da sanção, mas não critério de fixação do montante da coima<sup>69</sup>.

108. Também não existe violação do princípio da igualdade se o termo de comparação forem as sociedades incluídas no grupo de «responsabilidade menos grave». As razões expostas pela Comissão, que o Tribunal de Primeira Instância aceitou<sup>70</sup>, para distinguir as duas categorias de empresas correspondem a um critério objectivo e razoável como o do efeito das condutas na concorrência e, em particular, na compartimentação dos mercados nacionais. Deste modo, os comportamentos descritos nos artigos 2.º, 3.º e 4.º da decisão, na medida em que tinham por fim a protecção directa dos referidos mercados, foram considerados mais graves, enquanto os descritos nos artigos 5.º e 6.º, com «efeitos menos directos»<sup>71</sup>, podiam ser qualificados como menos graves.

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

68 — V. despacho Spo e o./Comissão, já referido, n.ºs 55 e 57.

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

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

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

110. Tendo em conta as considerações anteriores, este fundamento de recurso deve ser julgado inadmissível e improcedente.

afirma que interveio na infracção punida no artigo 9.º da decisão, de forma ininterrupta, de 14 de Janeiro de 1983 a 31 de Dezembro de 1988, pelo que, quando lhe foi notificada a comunicação de acusações, o poder sancionador da Comissão não tinha prescrito.

#### 4. Quanto à prescrição da infracção (quinto fundamento)

##### A. A posição das partes

111. A Aalborg referiu no Tribunal de Primeira Instância que o procedimento administrativo se iniciou com a notificação da comunicação de acusações, efectuada em 27 de Novembro de 1991. Antes dessa data, a Comissão não dirigiu qualquer pedido de informações nem efectuou qualquer diligência nas suas instalações. Em consequência, de acordo com o disposto nos artigos 1.º e 2.º do Regulamento n.º 2988/74, relativo à prescrição<sup>72</sup>, a Aalborg não podia ser punida, uma vez que a última prova da sua participação nos actos ilícitos se refere a 9 de Setembro de 1986, data em que o seu representante assistiu à reunião de Baden-Baden, isto é, mais de cinco anos antes da recepção das acusações. Este argumento foi rejeitado no n.º 4797 do acórdão recorrido, no qual se

112. A Aalborg considera que o acórdão de que recorre é, quanto a este ponto, passível de anulação por três razões. A primeira, porque, erradamente, considera que o acordo durou até 31 de Dezembro de 1988, qualificando as trocas anuais de informação como medidas de execução do acordo referido no artigo 1.º da decisão. A segunda, porque, também erradamente, lhe atribui a responsabilidade pela infracção referida no artigo 4.º, n.º 1, da decisão, que consistia em participar na Task Force da Cembureau, para além de 9 de Setembro de 1986, e, por isso, também na conduta referida no artigo 4.º, n.º 3, alínea a), cujo objectivo era retirar aos produtores gregos o seu cliente Calcestruzzi. E a terceira, porque, ao julgar improcedente a excepção de prescrição, fê-lo com fundamentação insuficiente.

72 — Regulamento (CEE) n.º 2988/74 do Conselho, de 26 de Novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO L 319, p. 1; EE 08 F2 p. 41).

113. Em suporte dos dois primeiros aspectos do fundamento, a sociedade recorrente refere-se à natureza das trocas de informações sobre os preços, à sua participação na

Cembureau Task Force e nas «ações Calcestruzzi», bem como à duração das referidas condutas.

recorre deve ser anulado por estar viciado de erro de direito, ao não se anular a decisão por falta de fundamentação quanto à prescrição.

114. Para a Comissão, os dois pontos anteriores do quinto fundamento são inadmissíveis, na medida em que implicam que o Tribunal de Justiça deve decidir sobre os factos e sobre a valoração da prova, apesar de a sociedade os querer apresentar como erros de direito. Acrescenta que, de qualquer forma, a responsabilidade da recorrente não prescreveu, uma vez que o prazo foi interrompido em 1989, quando os outros participantes no acordo Cembureau foram alvo de averiguações.

117. A Comissão responde que uma análise detalhada dos n.ºs 46 a 65 da decisão e dos n.ºs 4330 a 4333, 4459 e seguintes do acórdão recorrido contradiz as afirmações da recorrente.

#### B. A inexistência de falta de fundamentação

115. Quanto a este último ponto, a Aalborg replica que o princípio da segurança jurídica impede que as averiguações feitas a outras pessoas, que não lhe foram notificadas, possam interromper a prescrição; a Comissão, na réplica, invoca o artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 2988/74, bem como o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatshappij e o./Comissão*<sup>73</sup>.

118. Começando pelo final, pela falta de fundamentação, o fundamento é inadmissível, se se entender que é dirigido contra o silêncio da Comissão, e manifestamente improcedente, se se entender que é suscitado contra a fundamentação «insuficiente» do Tribunal de Primeira Instância.

116. A Aalborg conclui este último fundamento afirmando que o acórdão de que

119. Se a objecção da Aalborg se dirige contra o procedimento da Comissão, ela é descabida, uma vez que o objecto de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância é o acórdão recorrido e não a actuação administrativa anterior. Para fundamentar a impugnação no Tribunal de Justiça não basta reproduzir, sem mais, os argumentos já expostos em primeira instância.

<sup>73</sup> — T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94 (Colect., p. II-931).



120. Se, pelo contrário, o que a recorrente invoca é o facto de o Tribunal de Primeira Instância não lhe ter dado uma resposta «suficiente», a alegação parte de um pressuposto errado. Basta ler os n.ºs 4796 e 4797, em conjugação com os n.ºs 4331 e 4332, do acórdão recorrido, para se verificar que o Tribunal de Primeira Instância analisou a questão antes de declarar que a infracção imputada à Aalborg não tinha prescrito. Esta fundamentação cumpre perfeitamente as regras, uma vez que expõe os factos e os entendimentos de direito que lhe servem de base, facultando à Aalborg e ao Tribunal de Justiça os elementos de apreciação necessários para criticar e fiscalizar a decisão da primeira instância.

122. Como não pode deixar de ser, a resposta a este fundamento deve partir dos factos julgados provados no acórdão recorrido que, no que respeita à Aalborg, declara que a mesma interveio nas reuniões dos chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, de 19 de Março e 7 de Novembro de 1984. Também participou nas trocas pontuais de informações sobre os preços de 14 de Janeiro de 1983 a 19 de Março de 1984, bem como nas trocas periódicas de informações de 1 de Janeiro de 1984 a 31 de Dezembro de 1988. Por último, participou nas medidas tomadas no âmbito do acordo relativo à European Task Force de 9 de Setembro de 1986 a 31 de Maio de 1987. Isto é, para o Tribunal de Primeira Instância, a participação da sociedade recorrente no acordo Cembureau e nas respectivas medidas de aplicação decorreu de 14 de Janeiro de 1983 a 31 de Dezembro de 1988<sup>74</sup>.

### C. A correcção da resposta do Tribunal de Primeira Instância

121. Para a recorrente, as trocas de informações sobre os preços não merecem ser qualificadas como execução do acordo Cembureau e, por conseguinte, a duração da infracção não pode ser alargada até 31 de Dezembro de 1988. Também não pode ser responsabilizada pela criação da European Task Force nem pelas acções Calcestruzzi devido à sua presença passiva na reunião de Baden-Baden e muito menos se pode alargar a sua responsabilidade por esses factos até 31 de Maio e 15 de Março de 1987, respectivamente.

123. Estou, assim, em condições de afirmar que, no que respeita à constituição da European Task Force e às acções Calcestruzzi, existe um ponto do fundamento que deve ser rejeitado. Trata-se da extensão da participação da Aalborg nas referidas práticas até 31 de Maio e 15 de Março de 1987, respectivamente. Esta conclusão é retirada das provas, não é arbitrária ou não razoável, e, por conseguinte, não é revisível em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância.

74 — V. n.ºs 4330 a 4332 do acórdão.

124. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância explica que, depois da reunião de Baden-Baden, em que foi criada a European Task Force, realizaram-se outras, a última das quais no Luxemburgo no final de Maio de 1987, o que permite deduzir que o concurso de todas as vontades manifestado na primeira reunião subsistiu até esta última data<sup>75</sup>, independentemente da ausência de um ou mais participantes no acordo nas outras reuniões. Uma vez manifestada a adesão ao acordo, a falta de manifestação expressa de afastamento permite presumir a continuação da participação<sup>76</sup>. Esta solução parece razoável e não existe qualquer razão para que seja revista pelo Tribunal de Justiça.

125. Quanto à duração da infracção relativa às acções Calcestruzzi, o argumento é, além disso, inadmissível, uma vez que, como se pode ver no acórdão recorrido, a Aalborg não colocou a questão em primeira instância, pelo que, por ser nova, não deve ser abordada em recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância. Nos n.ºs 3301 a 3310 do acórdão recorrido, são abordados os argumentos expostos por determinados demandantes sobre a duração da infracção, mas não existe qualquer

referência a nenhum suscitado pela Aalborg que, além disso, não invocou qualquer omissão sobre esse ponto. A única interpretação possível é a de que a questão não foi suscitada em primeira instância pelo que também não o pode ser na segunda.

126. Porém, subsistem ainda duas questões. A chamada responsabilidade pelo «não distanciamento» e a qualificação das trocas de informações sobre os preços como execução do acordo Cembureau.

127. Se uma empresa participa, juntamente com os seus concorrentes no mercado, em uma ou mais reuniões das quais resulte um acordo contrário à concorrência, a técnica da presunção permite deduzir, na falta de manifestação expressa em contrário, que faz parte do acordo, sobretudo se, depois, participar em medidas de execução do acordo contrárias à concorrência.

128. A prova por presunções baseia-se na lógica da razão, bem como no entendimento e experiência comuns. Para esse efeito, deve-se partir de factos provados que permitam, através de um processo mental de acordo com as regras do enten-

75 — V. n.ºs 2794 a 2796 do acórdão recorrido.

76 — V. n.ºs 2814 e 2815 do acórdão.

dimento humano, considerar provados determinados factos.

129. Ora, isso foi o que fez o Tribunal de Primeira Instância. Partindo de factos incontrovertidos (a presença da Aalborg nas reuniões, a aprovação de acordos contrários à concorrência, a falta de manifestação expressa da sua parte contra tais acordos e a intervenção nas trocas de informações sobre os preços), dá por provado que esta fez parte do acordo. Esta ideia é razoável, está de acordo com as regras do entendimento humano e surge adequadamente explicada no acórdão recorrido<sup>77</sup>.

130. Foi esse o entendimento do Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, onde declarou que o Tribunal de Primeira Instância podia considerar que, demonstrada a participação da Anic em reuniões em que foram decididas, organizadas e controladas iniciativas de preços, era a esta última que incumbia provar que não tinha aderido a essas iniciativas, sem que isso implicasse uma inversão do ónus da prova<sup>78</sup>. Como se

pode ver, para o Tribunal de Justiça fica demonstrada, por meio da prova por presunções, a participação de uma empresa num acordo contrário à concorrência, sem prejuízo de essa presunção, como todas as *juris tantum*, poder ser ilidida por outras provas.

131. O mesmo princípio reforça a correcção do procedimento do Tribunal de Primeira Instância ao considerar as trocas de informações sobre os preços como medidas de execução do acordo Cembureau.

132. No que respeita às trocas de informações sobre os preços<sup>79</sup>, o Tribunal de Primeira Instância, para considerar correcta a conclusão da Comissão, parte de factos completamente demonstrados e não discutidos: 1) a realização das reuniões de chefes de delegação em que foi exposta a preocupação pela acentuada redução de determinados preços e em que houve trocas de informações sobre esse aspecto; 2) o quadro de «preços nacionais», a que se refere o n.º 1646 do acórdão recorrido, divulgado na reunião de chefes de delegação de 30 de Maio de 1983<sup>80</sup>, e 3) a existência das

77 — V. n.º 1426, quanto ao acordo Cembureau, 2600 e 2656, quanto à constituição da European Task Force, e 3202 a 3205, quanto às acções Calcestruzzi.

78 — V. n.º 96. No mesmo sentido se pronunciou nos acórdãos de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão (C-199/92 P, Colect., p. I-4287, n.º 155), e Montecatini/Comissão (C-233/92 P, Colect., p. I-4539, n.º 181).

79 — Em particular, as descritas no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da decisão, que são as referidas pela Aalborg neste fundamento.

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

trocas aptas a indicar a tendência das diferenças de preços existentes nos países de estabelecimento dos membros da Cembureau<sup>81</sup> e para facultar dados que permitissem situá-los em níveis dissuasores<sup>82</sup>. O Tribunal de Primeira Instância deduz destes factos que a troca regular de informação, a partir do acordo Cembureau, pôs-se ao seu serviço para facilitar a sua execução<sup>83</sup>.

era intrinsecamente lícita. Pelo contrário, o que afirma é que, independentemente de a troca de dados poder ser contrária à livre concorrência, havia que precisar se prosseguia a mesma finalidade contrária à concorrência do acordo Cembureau, isto é, se era dirigida à sua execução<sup>84</sup>. Assim, é infundada a perplexidade que a Aalborg expressa no presente recurso quando alega que a troca de dados, conduta lícita e sem efeitos na concorrência, passou, de um momento para o outro e por força do acordo Cembureau, a constituir um comportamento contrário à concorrência.

133. O facto de a última reunião de chefes de delegação relativa ao acordo Cembureau ter tido lugar em 7 de Novembro de 1984, prolongando-se as trocas de informações até 31 de Dezembro de 1988, não é um elemento de prova que contradiga a anterior conclusão. Nada de ilógico ou de incongruente existe no facto de, accionado o sistema, continuar a funcionar sem necessidade de novas reuniões de chefes de delegação.

134. Quanto ao resto, o Tribunal de Primeira Instância em nenhuma parte do acórdão diz que a partilha de informações

135. Em face do exposto, os argumentos da Aalborg no sentido de antecipar a data do termo das infracções ficam desmantelados, devendo ser julgada improcedente a prescrição invocada e a consequente violação do artigo 1.º do Regulamento n.º 2988/74, pelo que este fundamento deve ser julgado improcedente.

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

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

83 — V. n.ºs 1644 a 1646 do acórdão.

84 — V. n.ºs 1634 e 1638 do acórdão recorrido.

V — Recapitulação e decisão que se propõe por razões elementares de economia processual<sup>86</sup>.

136. Tendo o segundo fundamento de recurso sido julgado, em parte, manifestamente inadmissível e, em parte, manifestamente improcedente, por despacho de 5 de Junho de 2002, sugiro que sejam julgados improcedentes o primeiro, o quarto e o quinto fundamentos, e que o terceiro seja julgado procedente pelas razões expostas, o que obriga a anular o acórdão recorrido.

137. Afastado o acórdão recorrido do mundo do direito, o Tribunal de Justiça pode, por dispor de todos os elementos para o conhecimento da causa, decidir dos pedidos da Aalborg<sup>85</sup>, ainda que apenas

138. De acordo com as considerações que expus nos n.ºs 73 a 75, deve ser julgado integralmente procedente o pedido deduzido pela Aalborg e anulada a decisão da Comissão na parte em que lhe diz respeito.

139. Esta procedência na íntegra implica a condenação da Comissão no pagamento das despesas de primeira instância, tal como a Aalborg pediu na petição, de acordo com o disposto no artigo 87.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância<sup>87</sup>.

85 — Nas conclusões que apresentei no processo em que foi proferido o acórdão de 14 de Setembro de 1999, Comissão/Assidomän Kraft Products e o. (C-310/97 P, Colect., p. I-5363, nota 70), assinalei que é uma «[faculdade que lhe reconhece o artigo 54.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, ao determinar que «[quando o recurso for procedente, o Tribunal de Justiça anulará a decisão do Tribunal de Primeira Instância. Pode, neste caso, julgar definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para julgamento». Uma das hipóteses a que pode aplicar-se a possibilidade prevista nesta disposição é a do erro *in iudicando*, sempre que o relato dos factos seja completo e suficiente para julgar definitivamente e não haja que proceder à produção de prova. Parece ser este o entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora nunca tenha exprimido a razão por que considerava que o litígio se encontrava em condições de ser julgado, limitando-se a afirmar laconicamente, por exemplo, 'tal como acontece no presente caso' (acórdãos de 20 de Fevereiro de 1992, Parlamento/Hanning, C-345/90 P, Colect., pp. I-949 e segs., especialmente a p. I-989, e de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o., já referido na nota 65, Colect., p. I-2648).

Resumindo, compete ao Tribunal de Justiça decidir sobre o mérito da causa sempre que conclua, com base nas peças do processo, que o litígio está em condições de ser julgado (v. Héron, J.: *Droit Judiciaire privé*, Ed. Montchrétien, Paris, 1991, p. 517; Vincent, J. e Guinchard, S.: *Procédure Civile*, Ed. Dalloz, Paris, 1994, p. 922), de acordo com o previsto pelo legislador comunitário que configura o Tribunal de Justiça como um verdadeiro órgão jurisdicional de cassação moderno, dotado de ampla liberdade para proferir um acórdão de anulação sempre que o julgue oportuno (v. Nieva Fenoll, J.: *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 430).

## VI — As despesas

140. As despesas resultantes da tramitação do presente recurso devem também ser impostas à Comissão, nos termos do disposto no artigo 122.º, primeiro parágrafo, conjugado com o artigo 69.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

86 — A decisão foi adoptada em 1994.

87 — Versão codificada publicada no JO C 34, de 1 de Fevereiro de 2001, p. 39.

## VII — Conclusão

141. Tendo em conta o exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que:

- 1.º Julgue procedente o terceiro fundamento do recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância interposto pela Aalborg.
- 2.º Anule o acórdão recorrido na íntegra.
- 3.º Julgue procedente o pedido deduzido pela Aalborg e anule integralmente a Decisão 94/815/CE da Comissão, de 30 de Novembro de 1994, no que respeita à referida empresa.
- 4.º Condene a Comissão no pagamento das despesas causadas pelo processo em primeira instância e pelo presente recurso.