

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)
28 de Junho de 2005 *

Índice

I —	Quadro jurídico	I - 5495
	A Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais	I - 5495
	O Regulamento n.º 17	I - 5495
	As orientações	I - 5497
	A comunicação sobre a cooperação	I - 5498
II —	Matéria de facto na origem dos litígios	I - 5499
III —	Os recursos no Tribunal de Primeira Instância e os acórdãos recorridos	I - 5508
IV —	Os pedidos das partes no presente recurso	I - 5512
V —	Os fundamentos de anulação dos acórdãos recorridos	I - 5517
VI —	Quanto aos presentes recursos	I - 5525
	A — Quanto aos fundamentos processuais	I - 5525
	1. Quanto ao fundamento relativo à violação do artigo 68.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que este indeferiu o pedido do grupo Henss/Isoplus de que se ouvissem algumas testemunhas como medida de instrução	I - 5525
	2. Quanto ao fundamento da ABB, relativo à violação dos artigos 44.º, n.º 1, alínea c), e 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, por este ter rejeitado a apresentação de um parecer jurídico anexo à réplica	I - 5531

* Línguas de processo: dinamarquês, alemão e inglês.

B — Quanto aos fundamentos de mérito, relativos à imputabilidade da infracção ..	I - 5537
1. Quanto ao fundamento relativo à violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, por terem sido tomadas em consideração determinadas empresas no grupo Henss/Isoplus e pelo facto de a infracção ter sido imputada a este grupo enquanto «empresa» na aceção desta disposição	I - 5538
2. Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, pelo facto de ter sido imputada ao grupo Henss/Isoplus e à Brugg uma infracção às regras da concorrência devido à participação destas numa reunião com objecto anticoncorrencial	I - 5545
C — Quanto aos fundamentos de mérito, relativos à determinação do montante das coimas	I - 5551
1. Quanto aos fundamentos relativos à violação dos princípios da protecção da confiança legítima e da não retroactividade, devido à aplicação das orientações às infracções em causa	I - 5551
a) Quanto aos fundamentos relativos à violação do princípio da protecção da confiança legítima	I - 5552
b) Quanto aos fundamentos relativos à violação do princípio da não retroactividade	I - 5563
2. Quanto aos fundamentos relativos à legalidade do método de cálculo do montante das coimas, conforme consagrado nas orientações ou aplicado na decisão controvertida	I - 5572
a) Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, quando da determinação, na decisão controvertida, do montante das coimas segundo o método de cálculo previsto nas orientações	I - 5573
b) Quanto aos fundamentos relativos à violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, quando da determinação, na decisão controvertida, do montante das coimas segundo o método de cálculo previsto nas orientações	I - 5591
	I - 5489

c)	Quanto aos fundamentos do grupo Henss/Isoplus relativos à violação dos direitos de defesa na apreciação das circunstâncias agravantes ...	I - 5605
d)	Quanto ao fundamento da LR A/S relativo à não tomada em consideração das circunstâncias atenuantes	I - 5608
e)	Quanto aos fundamentos do grupo Henss/Isoplus e da LR A/S relativos à não tomada em consideração ou à insuficiente tomada em consideração da sua cooperação no procedimento administrativo	I - 5611
D —	Quanto aos fundamentos relativos ao direito de ser ouvido e ao dever de fundamentação	I - 5622
1.	Quanto aos fundamentos relativos à violação do direito de ser ouvido	I - 5622
2.	Quanto aos fundamentos relativos à violação do dever de fundamentação a respeito do cálculo das coimas	I - 5630
VII —	Quanto às despesas	I - 5635

Nos processos apensos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P,

que têm por objecto recursos ao abrigo do artigo 49.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, entrados em 17 de Maio de 2002, no caso do primeiro processo, em 29 de Maio de 2002, no caso do segundo, em 3 de Junho de 2002, no caso dos quatro seguintes, e em 5 de Junho de 2002, no caso do último,

Dansk Rørindustri A/S, com sede em Fredericia (Dinamarca), representada por K. Dyekjær-Hansen e K. Høegh, advokaterne (C-189/02 P),

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, com sede em Rosenheim (Alemanha),

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, com sede em Hohenberg (Áustria),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, com sede em Sondershausen (Alemanha),

representadas por P. Krömer, Rechtsanwalt, com domicílio escolhido no Luxemburgo (C-202/02 P),

KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, com sede em Linz (Áustria), representada por W. Löbl, Rechtsanwalt, com domicílio escolhido no Luxemburgo (C-205/02 P),

LR af 1998 A/S, antiga Løgstør Rør A/S, com sede em Løgstør (Dinamarca), representada por D. Waelbroeck, avocat, e H. Peytz, advokat (C-206/02 P),

Brugg Rohrsysteme GmbH, com sede em Wunstorf (Alemanha), representada por T. Jestaedt, H.-C. Salger e M. Sura, Rechtsanwälte, com domicílio escolhido no Luxemburgo (C-207/02 P),

LR af 1998 (Deutschland) GmbH, antiga Løgstør Rør (Deutschland) GmbH, com sede em Fulda (Alemanha), representada por H.-J. Hellmann, Rechtsanwalt, com domicílio escolhido no Luxemburgo (C-208/02 P),

ABB Asea Brown Boveri Ltd, com sede em Zurique (Suíça), representada por

A. Weitbrecht, Rechtsanwalt, J. Ruiz Calzado, abogado, e M. Bay, avvocato, com domicílio escolhido no Luxemburgo (C-213/02 P),

recorrentes,

sendo as outras partes no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por W. Mölls, P. Oliver e H. Støvlbæk, na qualidade de agentes, assistidos por A. Böhlke, Rechtsanwalt (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P e C-208/02 P), e R. Thompson, QC (C-206/02 P e C-213/02 P), com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,

representadas por P. Krömer, Rechtsanwalt, com domicílio escolhido no Luxemburgo (C-202/02 P),

recorrentes em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans (relator) e R. Silva de Lapuerta, presidentes de secção, C. Gulmann, R. Schintgen, N. Colneric, S. von Bahr e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,

advogado-geral: A. Tizzano,

secretários: H. von Holstein, secretário adjunto, e M.-F. Contet, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 16 de Março de 2004,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 8 de Julho de 2004,

profere o presente

Acórdão

- 1 Os presentes recursos foram interpostos pelas empresas Dansk Rørindustri A/S (a seguir «Dansk Rørindustri») (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH e Isoplus Fernwärme-

technik GmbH (a seguir, conjuntamente, «grupo Henss/Isoplus») (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (a seguir «KE KELIT») (C-205/02 P), LR af 1998 A/S, antiga Løgstør Rør A/S (a seguir «LR A/S») (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (a seguir «Brugg») (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH, antiga Løgstør Rør (Deutschland) GmbH (a seguir «LR GmbH») (C-208/02 P), e ABB Asea Brown Boveri Ltd (a seguir «ABB») (C-213/02 P).

- 2 Através dos seus recursos, estas empresas pediram a anulação dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 20 de Março de 2002, que lhes diziam respeito, isto é, respectivamente, os acórdãos Dansk Rørindustri/Comissão (T-21/99, Colect., p. II-1681), HFB e o./Comissão (T-9/99, Colect., p. II-1487), KE KELIT/Comissão (T-17/99, Colect., p. II-1647), LR AF 1998/Comissão (T-23/99, Colect., p. II-1705), Brugg Rohrsysteme/Comissão (T-15/99, Colect., p. II-1613), Løgstør Rør/Comissão (T-16/99, Colect., p. II-1633) e ABB Asea Brown Boveri/Comissão (T-31/99, Colect., p. II-1881) (a seguir, em relação a um destes acórdãos, por exemplo, «acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão» e, em relação a todos os referidos acórdãos, «acórdãos recorridos»).

- 3 Nos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância reduziu, designadamente, a coima aplicada à ABB pela Decisão 1999/60/CE da Comissão, de 21 de Outubro de 1998, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (Processo IV/35.691/E-4 — Cartel dos tubos com revestimento térmico) (JO 1999, L 24, p. 1, a seguir «decisão controvertida»), e negou provimento, no essencial, aos recursos de anulação da referida decisão.

I — Quadro jurídico

A Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

- 4 O artigo 7.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), que tem por epígrafe «Princípio da legalidade», prevê, no seu n.º 1:

«Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida.»

O Regulamento n.º 17

- 5 O artigo 15.º 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 (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), prevê:

«1. A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas multas no montante de cem a cinco mil unidades de conta sempre que, deliberada ou negligentemente:

[...]

- b) Prestem uma informação inexacta, em resposta a um pedido feito nos termos do n.º 3 ou n.º 5 do artigo 11.º

[...]

2. A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas multas de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta, podendo este montante ser superior desde que não exceda dez por cento do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente:

- a) Cometam uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º ou no artigo 86.º do Tratado, [...]

[...]

Para determinar o montante da multa, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.»

As orientações

- 6 A Comunicação da Comissão que tem por epígrafe «Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CEEA», publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 14 de Janeiro de 1998 (JO C 9, p. 3, a seguir «orientações»), enuncia no seu preâmbulo:

«Os princípios enunciados nas [...] orientações deverão permitir assegurar a transparência e o carácter objectivo das decisões da Comissão, quer em relação às empresas, quer em relação ao Tribunal de Justiça, reafirmando, simultaneamente, a margem de discricionariedade deixada pelo legislador à Comissão em matéria de fixação de coimas, no limite de 10% do volume de negócios global das empresas. Esta margem de discricionariedade deverá, contudo, ser exercida segundo uma linha de política coerente e não discriminatória, adaptada aos objectivos prosseguidos pela repressão das infracções às regras de concorrência.

A nova metodologia aplicável ao montante das coimas pautar-se-á doravante pelo esquema a seguir apresentado que se baseia na fixação de um montante de base

ajustado através de majorações, para ter em conta circunstâncias agravantes, e de diminuições, para ter em conta circunstâncias atenuantes.»

A comunicação sobre a cooperação

- 7 Na sua Comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 18 de Julho de 1996 (JO C 207, p. 4, a seguir «comunicação sobre a cooperação»), da qual tinha sido publicado um projecto em 19 de Dezembro de 1995 (JO C 341, p. 13, a seguir «projecto de comunicação sobre a cooperação»), a Comissão definiu as condições em que as empresas que com ela cooperem durante as suas investigações sobre um acordo, decisão ou prática concertada poderão beneficiar da não aplicação ou da redução do montante da coima que, em princípio, lhes seria aplicada, como resulta do capítulo A, ponto 3, desta comunicação.
- 8 Nos termos do capítulo A, ponto 5, da comunicação sobre a cooperação:

«A cooperação de uma empresa com a Comissão mais não é do que um dos vários elementos a tomar em conta para a fixação do montante de uma coima. [...]»

- 9 O capítulo E, ponto 3, da referida comunicação, relativo ao procedimento, enuncia, designadamente:

«[...] A Comissão está consciente de que a presente comunicação cria expectativas legítimas em que as empresas se basearão para informarem a Comissão da existência de um acordo, decisão ou prática concertada. [...]»

II — Matéria de facto na origem dos litígios

- 10 Os factos na origem dos recursos interpostos no Tribunal de Primeira Instância e tal como expostos nos acórdãos recorridos podem, para efeitos do presente acórdão, resumir-se como se segue.
- 11 As recorrentes são sociedades que operam no sector do aquecimento urbano. Produzem, e até comercializam, tubos com revestimento térmico destinados a este sector.
- 12 Na sequência de uma denúncia de 18 de Janeiro de 1995 da sociedade sueca Powerpipe AB (a seguir «Powerpipe»), a Comissão e os representantes das autoridades da concorrência dos Estados-Membros em causa procederam, em 28 de Junho de 1995, a determinadas averiguações, baseadas no artigo 14.º do Regulamento n.º 17, junto de dez empresas ou associações presentes no sector do aquecimento urbano, incluindo as recorrentes, e até em determinados estabelecimentos pertencentes a estas.

- 13 A Comissão, por força do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, pediu informações à maioria das empresas a que os factos controvertidos dizem respeito.
- 14 Em 20 de Março de 1997, a Comissão remeteu uma comunicação das acusações a algumas das recorrentes e às outras sociedades em causa, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62).
- 15 Uma audição das sociedades em causa teve lugar em 24 e 25 de Novembro de 1997.
- 16 Em 21 de Outubro de 1998, a Comissão adoptou a decisão controvertida, declarando a participação de diversas sociedades, designadamente de algumas das recorrentes, num conjunto de acordos e práticas concertadas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE (actual artigo 81.º, n.º 1, CE) (a seguir «cartel»).
- 17 Segundo a referida decisão, foi concluído um acordo, em finais de 1990, entre os quatro produtores dinamarqueses de tubos de aquecimento urbano, sobre o princípio de uma cooperação geral no seu mercado nacional. Nesse acordo, participaram a ABB IC Møller A/S — a filial dinamarquesa da ABB —, a Dansk Rørindustri, também conhecida sob o nome de Starpipe, a LR A/S e a Tarco Energi A/S (a seguir «Tarco» e, em relação às quatro sociedades consideradas globalmente, «produtores dinamarqueses»).

- 18 Uma das primeiras medidas consistiu em coordenar um aumento dos preços quer no mercado dinamarquês quer nos mercados de exportação. Com o objectivo de repartir o mercado dinamarquês, foram fixadas quotas, depois aplicadas e controladas por um grupo de contacto que reunia os responsáveis de vendas das empresas em causa.
- 19 Segundo essa mesma decisão, dois produtores alemães, o grupo Henss/Isoplus e a Pan-Isovit GmbH [que passou, posteriormente, a Lögstör Rör (Deutschland) GmbH, e depois, a LR GmbH], participaram, a partir do Outono de 1991, nas reuniões regulares dos produtores dinamarqueses. No âmbito destas reuniões, tiveram lugar negociações destinadas à repartição do mercado alemão. Essas negociações conduziram, em Agosto de 1993, a acordos que fixavam quotas de venda para cada empresa participante.
- 20 Ainda segundo essa decisão, foi concluído um acordo entre todos estes produtores, em 1994, a fim de fixar quotas para todo o mercado europeu. Este cartel de dimensão comunitária foi estruturado em dois níveis. O clube dos directores, que reuniu os presidentes ou os directores-gerais das empresas que participavam no cartel, atribuiu quotas a cada uma das empresas quer em todo o mercado quer em cada um dos mercados nacionais, designadamente os mercados dinamarquês, alemão, italiano, neerlandês, austríaco, finlandês e sueco. Para determinados mercados nacionais, foi criado um grupo de contacto, composto por responsáveis locais de vendas, a quem foi confiada a tarefa de gerir os acordos, atribuindo os projectos e coordenando as apresentações de propostas nos concursos.
- 21 No que respeita ao mercado alemão, a decisão controvertida refere que, na sequência de uma reunião, em 18 de Agosto de 1994, dos seis principais produtores

européus, isto é, a ABB, a Dansk Rørindustri, o grupo Henss/Isoplus, a LR A/S, a LR GmbH e a Tarco, assim como da Brugg, realizou-se uma primeira reunião do grupo de contacto para a Alemanha, em 7 de Outubro de 1994. As reuniões deste grupo prosseguiram durante bastante tempo após as averiguações da Comissão, no final de Junho de 1995, mas, a partir desse momento, realizaram-se fora da União Europeia, em Zurique (Suíça). As reuniões nesta cidade continuaram até 25 de Março de 1996, ou seja, alguns dias após algumas empresas terem recebido pedidos de informação enviados pela Comissão.

- 22 A decisão refere como elemento do cartel, designadamente, a adopção e a execução de medidas concertadas destinadas a eliminar a única empresa importante que dele não fazia parte, a Powerpipe. A Comissão esclarece que determinados participantes no cartel recrutaram «funcionários-chave» da Powerpipe e deram a entender a esta empresa que se devia retirar do mercado alemão.
- 23 Na sequência da atribuição à Powerpipe de um importante projecto alemão, em Março de 1995, realizou-se uma reunião em Düsseldorf (Alemanha), na qual participaram as sete empresas que tinham estado presentes na reunião de 18 de Agosto de 1994. Foi decidido, nessa reunião, instituir um boicote colectivo dos clientes e fornecedores da Powerpipe. O referido boicote foi seguidamente posto em prática.
- 24 Na decisão controvertida, a Comissão expõe os fundamentos com base nos quais não só o acordo expresso de repartição dos mercados celebrado entre os produtores dinamarqueses no final de 1990 mas também os acordos celebrados a partir de Outubro de 1991 podem, globalmente, ser considerados um acordo proibido pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 25 Além disso, a Comissão sublinha que o cartel dinamarquês e o cartel de dimensão comunitária constituíam apenas a expressão de um único acordo que começou na Dinamarca, mas que tinha, desde o início, por objectivo, a longo prazo, alargar o controlo dos participantes a todo o mercado comum. Segundo a Comissão, o acordo continuado entre produtores teve um efeito significativo no comércio entre Estados-Membros.
- 26 Nos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância observou que não é contestado que, na decisão controvertida, o montante das coimas foi calculado segundo o método previsto nas orientações, tal como resulta designadamente dos n.ºs 222 e 275 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão.
- 27 Além disso, é pacífico que a decisão controvertida não contém nenhuma referência às orientações, que as empresas não foram informadas no decurso do procedimento administrativo de que o método previsto nessas orientações lhes seria aplicado e que o referido método não foi designadamente mencionado na comunicação das acusações nem evocado nas audições das empresas.
- 28 Importa igualmente notar que, com excepção do grupo Henss/Isoplus, todas as empresas às quais a decisão controvertida diz respeito obtiveram da Comissão uma redução da sua coima, ao abrigo da comunicação sobre a cooperação. Essa redução, concedida sob a forma de percentagem aplicada ao montante da coima que, em princípio, seria devida, foi-lhes concedida como contrapartida da respectiva cooperação durante o procedimento administrativo. Essa cooperação consistiu em ter renunciado à contestação dos elementos essenciais das infracções ou em ter contribuído, a diversos níveis, para provar as infracções.

29 A decisão controvertida compreende as disposições seguintes:

«Artigo 1.º

A ABB [...], a Brugg [...], a Dansk Rørindustri, a Henss/Isoplus Group, [KE KELIT], a Oy KWH Tech AB, a Løgstor Rør A/S, a Pan-Isovit GmbH, a Sigma Technologie di rivestimento Srl e a Tarco [...] infringiram o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado ao participarem, da forma e na medida descritas nos fundamentos desta decisão, num conjunto de acordos e práticas concertadas que tiveram início aproximadamente em Novembro/Dezembro de 1990, entre os quatro produtores dinamarqueses e que foi posteriormente alargado a outros mercados nacionais, e aos quais se associaram a Pan-Isovit e a Henss/Isoplus, antes de constituírem, no final de 1994, um cartel global que abrangia o conjunto do mercado comum.

A duração da infracção foi a seguinte:

- no caso da ABB, da Dansk Rør[industri], da Løgstor, da Pan-Isovit [...] aproximadamente de Novembro/Dezembro de 1990 a pelo menos Março ou Abril de 1996,

- no caso [do grupo] Henss/Isoplus de aproximadamente Outubro de 1991 até à mesma data,

- no caso da Brugg de aproximadamente Agosto de 1994 até à mesma data,

- no caso da [KE KELIT] de aproximadamente Janeiro de 1995 até à mesma data,

[...]

As características principais da infracção são:

- repartição entre os produtores dos diferentes mercados nacionais e, finalmente, do conjunto do mercado europeu, através de um sistema de quotas,

- atribuição de mercados nacionais a certos produtores e a organização da retirada de outros produtores,

- fixação em conjunto dos preços do produto e para projectos individuais,

- atribuição de projectos individuais a produtores designados para o efeito e manipulação dos processos de apresentação de propostas no âmbito de concursos, a fim de obter a adjudicação dos contratos a esses produtores,

- para proteger o cartel da concorrência da única empresa importante que dele não fazia parte, a Powerpipe [...], aplicação de medidas concertadas destinadas a entravar a sua actividade comercial, a prejudicar o bom desenvolvimento das suas actividades ou a afastá-la pura e simplesmente do mercado.

[...]

Artigo 3.º

São aplicadas às empresas nomeadas no artigo 1.º, devido às respectivas infracções, as seguintes coimas:

a) ABB [...], uma coima de 70 000 000 ecus;

b) Brugg [...], uma coima de 925 000 ecus;

c) Dansk Rørindustri [...], uma coima de 1 475 000 ecus;

d) O grupo Henss/Isoplus, uma coima de 4 950 000 ecus,

relativamente à qual são solidariamente responsáveis as seguintes empresas:

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,

— Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (... Dipl-Kfm Walter Henss GmbH Rosenheim),

— Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen,

— Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH-Stille Gesellschaft,

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg,

e) [KE KELIT], uma coima de 360 000 ecus;

[...]

g) Løgstør Rør A/S, uma coima de 8 900 000 ecus;

h) Pan-Isovit GmbH, uma coima de 1 500 000 ecus;

[...]»

III — Os recursos no Tribunal de Primeira Instância e os acórdãos recorridos

30 Por petições entradas na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância, oito das dez empresas sancionadas pela decisão controvertida, entre as quais as sete recorrentes

no presente recurso, interpuseram recursos, pedindo a anulação, no todo ou em parte, dessa decisão e, a título subsidiário, a anulação da coima que lhes foi aplicada ou a redução do seu montante.

31 No acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância:

— anulou o artigo 1.º da referida decisão, na parte em que declarava que a Dansk Rørindustri tinha participado na infracção imputada, durante o período de Abril a Agosto de 1994;

— negou provimento ao recurso quanto ao restante;

— condenou a Dansk Rørindustri a suportar as suas próprias despesas e 90% das despesas efectuadas pela Comissão;

— condenou a Comissão a suportar 10% das suas próprias despesas.

32 No acórdão recorrido HFB e o./Comissão, o Tribunal de Primeira Instância:

- anulou os artigos 3.º, alínea d), e 5.º, alínea d), da decisão controvertida, no que diz respeito à HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e à HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft;

- negou provimento ao recurso quanto ao restante;

- condenou as sociedades que constituem o referido grupo a suportar as suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias, e 80% das despesas efectuadas pela Comissão, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias;

- condenou a Comissão a suportar 20% das suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

33 Nos acórdãos recorridos KE KELIT/Comissão, LR AF 1998/Comissão, Brugg Rohrsysteme/Comissão e Lögstör Rör/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância:

- negou provimento aos recursos;

— condenou as recorrentes em causa nas despesas.

34 No acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância:

— reduziu para 65 milhões de EUR o montante da coima aplicada à ABB pelo artigo 3.º da decisão controvertida;

— negou provimento ao recurso quanto ao restante;

— condenou a referida recorrente a suportar as suas próprias despesas e 90% das despesas efectuadas pela Comissão;

— condenou a Comissão a suportar 10% das suas próprias despesas.

IV — Os pedidos das partes no presente recurso

35 A Dansk Rørindustri conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- reduzir o montante da coima que lhe foi aplicada pela decisão controvertida;

- a título subsidiário, anular o acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão e remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância a fim de este decidir de novo sobre o montante da coima;

- condenar a Comissão nas despesas suportadas pela referida recorrente no âmbito dos processos no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça.

36 O grupo Henss/Isoplus conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido HFB e o./Comissão, com excepção do n.º 1 da parte decisória do mesmo, bem como a decisão controvertida;

- a título subsidiário, anular o referido acórdão recorrido, com excepção do n.º 1 da parte decisória do mesmo, e remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para que este complete a tramitação e profira novo acórdão;

- a título ainda mais subsidiário, anular o n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido e reduzir o montante da coima que foi aplicada às sociedades do referido grupo pela decisão controvertida;

- condenar a Comissão nas despesas suportadas por essas sociedades no âmbito dos processos no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça.

37 A KE KELIT conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido KE KELIT/Comissão;

- a título subsidiário, anular o referido acórdão e remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para nova apreciação;

- a título ainda mais subsidiário, reduzir o montante da coima que lhe foi aplicada pela decisão controvertida;

- em qualquer caso, condenar a Comissão nas despesas suportadas pela recorrente no âmbito dos processos no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça.

38 A LR A/S conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão;
- anular a decisão controvertida, que lhe aplicou uma coima, ou, pelo menos, reduzir substancialmente o montante desta, ou, a título subsidiário, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância;
- declarar as orientações ilegais, por força do artigo 184.º do Tratado CE (actual artigo 241.º CE);
- condenar a Comissão nas despesas.

39 A Brugg conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão, assim como os artigos 1.º e 3.º da decisão controvertida;

- a título subsidiário, reduzir o montante da coima que lhe foi aplicada pela referida decisão;

- em qualquer caso, condenar a Comissão nas despesas suportadas pela referida recorrente no âmbito dos processos no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça.

40 A LR GmbH conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão e decidir a título definitivo no sentido de anular a decisão controvertida na parte em que diz respeito à recorrente, ou, a título subsidiário, reduzir o montante da coima e condenar a Comissão nas despesas;

- a título ainda mais subsidiário, anular o referido acórdão recorrido e remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para que este se pronuncie.

41 A ABB conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular os n.ºs 2 e 3 da parte decisória do acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão;
- anular o artigo 3.º da decisão controvertida na parte em que diz respeito à recorrente;
- reduzir significativamente o montante da coima que lhe foi aplicada por essa decisão;
- a título subsidiário, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para que este decida em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça;

- condenar a Comissão nas despesas dos processos, incluindo as efectuadas pela ABB no âmbito do presente recurso.

⁴² A Comissão conclui, em cada um dos presentes processos, pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- confirmar os acórdãos recorridos;
- condenar as recorrentes nas despesas da instância.

V — Os fundamentos de anulação dos acórdãos recorridos

⁴³ A Dansk Rørindustri alega três fundamentos de anulação:

- violação do Regulamento n.º 17 e dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância não aceitou o facto de que o montante da coima aplicada a esta recorrente é desproporcionado relativamente à infracção cometida;

- violação do Regulamento n.º 17 e dos princípios da protecção da confiança legítima e da não retroactividade, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância não aceitou o facto de que o montante da coima aplicado à referida recorrente foi fixado com base nos princípios das orientações, que são sensivelmente diferentes dos princípios em vigor à época dos actos imputados, da comunicação das acusações e da audição;

- violação dos direitos de defesa, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância não aceitou o facto de que, quando do procedimento administrativo, a Dansk Rørindustri não teve a possibilidade de se exprimir sobre as alterações provocadas pelas orientações na prática da Comissão em matéria de determinação do montante da coima por infracção às regras da concorrência.

44 O grupo Henss/Isoplus alega sete fundamentos de anulação, alguns dos quais contêm várias vertentes:

— ilegalidade das orientações, devido a:

— incompetência da Comissão;

- violação do princípio da igualdade de tratamento;

- violação dos direitos de defesa;

- violação do princípio da não retroactividade;

- violação do direito de ser ouvido no que respeita à aplicação das orientações quando da fixação do montante das coimas;

- violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, quando da fixação do montante das coimas, devido a:
 - não aplicação, em relação às sociedades em causa, da comunicação sobre a cooperação;

 - violação dos direitos de defesa, enquanto direito fundamental, quando da apreciação de circunstâncias agravantes;

- violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, devido às consequências extraídas da participação das sociedades em causa numa reunião com objectivo anticoncorrencial;

- violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, devido ao facto de as sociedades em causa se terem juntado no grupo Henss/Isoplus e à imputação da infracção a este grupo enquanto «empresa»;

- vício processual, devido à recusa de o Tribunal de Primeira Instância ordenar a audição de testemunhas enquanto medida de instrução, tal como requerida pela recorrente;

- vício processual, devido a determinadas contradições entre o acórdão recorrido e os autos.

45 A KE KELIT alega cinco fundamentos de anulação:

- violação dos princípios da igualdade de tratamento e da protecção da confiança legítima, devido à determinação da coima segundo as orientações;

- violação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere à duração da infracção;

- violação do princípio da não retroactividade;

- violação dos direitos de defesa;

- violação do dever de fundamentação.

46 A LR A/S alega quatro fundamentos de anulação:

- violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, bem como do Regulamento n.º 17, devido à natureza excessiva e discriminatória da coima e, a título subsidiário, ilegalidade das orientações;

- violação dos princípios da protecção da confiança legítima e da não retroactividade, bem como do artigo 190.º do Tratado CE (actual artigo 253.º CE), na medida em que a Comissão se afastou erradamente da sua prática anterior em matéria de cooperação e aplicou retroactivamente as orientações assim como um código sobre a cooperação mais estrito, e, no mínimo, falta de fundamentação dessa aplicação retroactiva;

— insuficiente tomada em consideração das circunstâncias atenuantes aplicáveis à referida recorrente;

— insuficiente tomada em consideração da cooperação desta.

47 A Brugg alega cinco fundamentos de anulação:

— violação dos princípios da não retroactividade, da protecção da confiança legítima e da boa administração, devido à aplicação das orientações para determinar o montante da coima;

— violação do princípio da protecção da confiança legítima, devido à alteração do método de cálculo da coima depois de a referida recorrente ter cooperado;

— violação dos direitos de defesa, devido à aplicação das orientações sem que a recorrente tenha sido ouvida;

- violação do princípio da igualdade de tratamento, pelo facto de o montante de base adoptado para a fixação da coima da Brugg não ter sido reduzido;
- erros na aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado no que se refere à participação da referida recorrente no boicote à Powerpipe.

48 A LR GmbH alega quatro fundamentos de anulação:

- violação dos princípios da não retroactividade e da protecção da confiança legítima, devido à aplicação retroactiva das orientações;
- violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e do princípio da legalidade da acção administrativa, devido ao desrespeito pela Comissão, no exercício do seu poder de apreciação, dos limites de habilitação deste poder previstos na referida disposição, bem como ao exercício errado desse poder na aplicação desta mesma disposição ao caso concreto, pelo facto de terem sido violados os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento em prejuízo da LR GmbH;
- violação do dever de fundamentação previsto no artigo 190.º do Tratado, na medida em que a decisão controvertida não apresenta fundamentação quanto à aplicação retroactiva das orientações;

- violação dos direitos de defesa, devido à inobservância, pela Comissão, do direito de a referida recorrente ser ouvida a propósito dessa aplicação retroactiva.

49 A ABB alega três fundamentos de anulação:

- violação dos artigos 44.º, n.º 1, alínea c), e 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, na parte em que se refere à decisão de este considerar inadmissível um parecer jurídico anexo à réplica;
- violação do princípio da protecção da confiança legítima, na medida em que, tendo em conta designadamente a comunicação sobre a cooperação, a referida recorrente podia confiar na prática assente da Comissão em matéria de cálculo do montante da coima, pelo que esta instituição não podia afastar-se arbitrariamente de tal prática;
- violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância aprovou a determinação, pela Comissão, da gravidade da infracção cometida pela ABB, sem atender ao volume de negócios desta no mercado de referência.

VI — Quanto aos presentes recursos

- 50 Tendo as partes e o advogado-geral sido ouvidos nesta matéria, há que apensar, em razão da conexão, os presentes processos para efeitos do acórdão, em conformidade com o artigo 43.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

A — *Quanto aos fundamentos processuais*

- 51 Importa apreciar, em primeiro lugar, os fundamentos, suscitados pelo grupo Henss/Isoplus e pela ABB, relativos a determinadas violações do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

1. Quanto ao fundamento relativo à violação do artigo 68.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que este indeferiu o pedido do grupo Henss/Isoplus de que se ouvissem algumas testemunhas como medida de instrução

- 52 No sexto fundamento, o grupo Henss/Isoplus critica o Tribunal de Primeira Instância por ter rejeitado, nos n.ºs 36 a 38 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão,

o seu pedido de ordenar a inquirição, como testemunhas, dos Srs. Boysen, B. Hansen, N. Hansen, Hybschmann, Jespersen e Vollandt, em conformidade com o artigo 68.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Esses números estão feridos de vício processual.

53 Contrariamente ao n.º 37 do referido acórdão recorrido, o pedido de audição das seis pessoas visadas mencionou efectivamente os factos relativamente aos quais devia ser ordenada a averiguação por testemunhas. No n.º 72 da petição do grupo Henss/Isoplus apresentada no Tribunal de Primeira Instância, foi indicado que esse pedido visava provar que as empresas do referido grupo não tinham participado no cartel antes de Outubro de 1994.

54 Este fundamento deve ser rejeitado.

55 Resulta com efeito do n.º 34 do mesmo acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância teve realmente conhecimento de que essa inquirição fora pedida «para provar que as recorrentes ou o grupo Henss/Isoplus não participaram numa prática/medida ilegal ou noutro comportamento similar na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [...], antes de Outubro de 1994».

56 O Tribunal de Primeira Instância recordou contudo, no n.º 36 do referido acórdão, que, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, último parágrafo, do seu Regulamento de Processo, o pedido de inquirição de testemunhas formulado por uma das partes deve indicar com precisão os factos sobre que devem ser ouvidas e as razões que justificam a inquirição.

57 No número seguinte desse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância observou que, nomeadamente nos pontos 20, 40, 50, 66 a 71, 94, 96, 125 e 142 da petição inicial, eram citadas certas pessoas que podiam intervir como testemunhas no que diz respeito aos factos expostos em cada um dos pontos em questão, mas que os nomes das seis pessoas cujo testemunho foi expressamente solicitado no Tribunal de Primeira Instância não figuravam nesses pontos. Assim, este último declarou que, por conseguinte, em relação a essas seis pessoas, o grupo Henss/Isoplus não tinha precisado de maneira alguma os factos em relação aos quais devia ser ordenada a verificação por testemunhas.

58 Daí o Tribunal de Primeira Instância deduziu, no n.º 38 do mesmo acórdão, que não devia ser dado seguimento ao pedido de audição de testemunhas, não sendo necessário examinar a oportunidade de inquirir as seis pessoas mencionadas.

59 Declare-se que o Tribunal de Primeira Instância era confrontado, por um lado, com um conjunto considerável de factos precisos e relação aos quais o grupo Henss/Isoplus tinha oferecido provas na petição mediante a audição possível de uma série de pessoas e, por outro, com um pedido formal de inquirição, na qualidade de testemunhas, de outras seis pessoas, em conformidade com o artigo 68.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, igualmente formulado nessa petição, com vista a provar, em termos gerais, que as empresas em causa do referido grupo não tinham participado no cartel antes de Outubro de 1994, petição essa que, contudo, não fazia referência aos factos precisos em relação aos quais o oferecimento de provas era feito.

60 Perante esta evidente falta de clareza sobre este ponto de uma petição no entanto volumosa, o Tribunal de Primeira Instância decidiu correctamente que o pedido de audição das seis pessoas em causa não indicava com precisão os factos sobre os quais essas pessoas deviam ser ouvidas na qualidade de testemunhas.

- 61 O grupo Henss/Isoplus adianta além disso que a inquirição de outras pessoas para além das seis devia ser entendida não como um mero oferecimento de prova mas como um pedido de inquirição na qualidade de testemunhas, na acepção do artigo 68.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.
- 62 Com esta crítica, o grupo Henss/Isoplus imputa pois ao Tribunal de Primeira Instância ter desvirtuado neste ponto o alcance da sua petição.
- 63 Esta crítica é infundada.
- 64 Resulta com efeito dessa petição, designadamente do ponto 145, para o qual remete aliás especificamente o referido recorrente, que este distinguiu o seu oferecimento de provas, na acepção do artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, do seu pedido formal da medida de instrução que constitui a inquirição de seis outras pessoas, na qualidade de testemunhas, ao abrigo do artigo 68.º, n.º 1, do mesmo Regulamento de Processo. Uma desvirtuação sobre este ponto não está, pois, demonstrada.
- 65 A título subsidiário, o grupo Henss/Isoplus sustenta que, mesmo admitindo que o seu pedido de audição na qualidade de testemunhas das pessoas em causa não foi apresentado em conformidade com o referido artigo 68.º, n.º 1, o Tribunal de Primeira Instância devia, de qualquer forma, proceder oficiosamente a essa inquirição.

- 66 Devendo as coimas aplicadas no âmbito do direito de concorrência ser qualificadas de «penais» para efeitos do artigo 6.º da CEDH, o Tribunal de Primeira Instância está, de qualquer modo, obrigado, em conformidade com o n.º 3 desta disposição e com o princípio geral de direito comunitário do direito a um processo equitativo, a convocar e a ouvir as testemunhas de defesa nomeadamente indicadas pelo recorrido.
- 67 A este propósito, deve recordar-se que só o Tribunal de Primeira Instância é que julga da eventual necessidade de completar os elementos de informação de que dispõe sobre os processos que lhe são submetidos (v., designadamente, acórdãos de 30 de Setembro de 2003, *Freistaat Sachsen e o./Comissão*, C-57/00 P e C-61/00 P, *Colect.*, p. I-9975, n.º 47, e de 7 de Outubro de 2004, *Mag Instrument/IHMI*, C-136/02 P, *Colect.*, p. I-9165, n.º 76).
- 68 Além disso, tal como o Tribunal de Justiça decidiu no âmbito de um processo relativo ao direito da concorrência, mesmo quando um pedido de audição de testemunhas, apresentado na petição inicial, refere com precisão os factos sobre os quais devem ser ouvidas as testemunhas e as razões que justificam a respectiva inquirição, compete ao Tribunal de Primeira Instância apreciar a pertinência do pedido, tendo em conta o objecto do litígio e a necessidade de proceder à inquirição das testemunhas citadas (acórdão de 17 de Dezembro de 1998, *Baustahlgewebe/Comissão*, C-185/95 P, *Colect.*, p. I-8417, n.º 70).
- 69 A existência de um poder de apreciação a este propósito, por parte do Tribunal de Primeira Instância, não pode ser contestada invocando, como faz o grupo *Henss/Isoplus*, o princípio geral de direito comunitário, que se inspira no artigo 6.º, n.º 1, da

CEDH, nos termos do qual qualquer pessoa tem direito a um processo equitativo e, mais particularmente, o decorrente do n.º 3, alínea b), do mesmo artigo, segundo o qual o acusado tem, designadamente, direito a que as testemunhas de defesa sejam convocadas e interrogadas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação, princípio que constitui um aspecto particular do direito a um processo equitativo.

- 70 Com efeito, decorre da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que esta última disposição não reconhece ao acusado um direito absoluto a que as testemunhas compareçam em tribunal e que incumbe, em princípio, ao tribunal nacional decidir da necessidade ou da oportunidade de citar uma testemunha (v., designadamente, TEDH, acórdãos *Pisano c. Itália* de 27 de Julho de 2000, não publicado na *Colectânea dos acórdãos e decisões*, § 21; *S. N. c. Suécia* de 2 de Julho de 2002, *Colectânea dos acórdãos e decisões*, 2002-V, § 43; e *Destrehem c. França* de 18 de Maio de 2004, ainda não publicado na *Colectânea dos acórdãos e decisões*, § 39).
- 71 Segundo esta jurisprudência, o artigo 6.º, n.º 3, da CEDH não impõe a convocação de qualquer testemunha, mas tem em vista uma completa igualdade de armas que garanta que o processo controvertido, considerado no seu conjunto, ofereceu ao acusado uma oportunidade adequada e suficiente para contestar as suspeitas que sobre ele recaíam (v., designadamente, acórdão *Pisano c. Itália*, já referido, § 21).
- 72 No caso vertente, é pacífico, como resulta do n.º 21 do acórdão recorrido *HFB e o./Comissão*, que o Tribunal de Primeira Instância, a título de medidas de organização do processo, pediu ao grupo *Henss/Isoplus* que respondesse a questões escritas e que apresentasse determinados documentos, e que as partes responderam a esses pedidos. Não pode, portanto, ser imputado ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter violado o seu dever de instrução (v., neste sentido, acórdão *Baustahlgewebe/Comissão*, já referido, n.º 76).

- 73 Há além disso que reconhecer que, nos n.ºs 137 a 181 do referido acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância examinou um grande número de documentos juntos aos autos e daí concluiu que a Comissão tinha o direito de imputar ao grupo Henss/Isoplus a participação num cartel a partir de Outubro de 1991 até Outubro de 1994.
- 74 Daí decorre que o referido recorrente teve muitas oportunidades de demonstrar que as empresas que o constituem não tinham participado no cartel antes de Outubro de 1994.
- 75 Assim, contrariamente ao que sustenta o mesmo recorrente, o Tribunal de Primeira Instância não estava obrigado a ordenar oficiosamente a audição das testemunhas de defesa em causa.
- 76 Face ao exposto, o fundamento apreciado deve ser rejeitado.

2. Quanto ao fundamento da ABB, relativo à violação dos artigos 44.º, n.º 1, alínea c), e 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, por este ter rejeitado a apresentação de um parecer jurídico anexo à réplica

- 77 No seu primeiro fundamento, a ABB sustenta que, ao considerar, nos n.ºs 112 a 114 do acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão, que o parecer jurídico do

professor J. Schwarze (a seguir «parecer jurídico»), que figura em anexo à réplica apresentada no Tribunal de Primeira Instância, não podia ser tido em conta no todo ou em parte, este último violou os artigos 44.º, n.º 1, alínea c), e 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.

78 Na primeira parte deste fundamento, a ABB censura o Tribunal de Primeira Instância por ter cometido um erro de direito ao considerar, no n.º 112 do referido acórdão recorrido que, em conformidade com o artigo 48.º, n.º 2, do seu Regulamento de Processo, a apresentação do parecer jurídico só pode ser admitida na medida em que esse parecer contenha determinados princípios gerais que sirvam de base a fundamentos não suscitados na petição no Tribunal de Primeira Instância.

79 Dado que os n.ºs 115 a 136 do mesmo acórdão se referem unicamente ao princípio da protecção da confiança legítima, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se, a este propósito, na premissa segundo a qual o referido fundamento apenas incide sobre este princípio, pelo que qualquer outro princípio de direito administrativo analisado no parecer jurídico constitui um fundamento novo e, portanto, inadmissível na acepção do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

80 Ora, o parecer jurídico, ao referir-se designadamente a determinados princípios de direito administrativo, desenvolve unicamente argumentos que clarificam a base jurídica precisa e sobretudo o alcance do princípio da protecção da confiança legítima. Estes argumentos visam essencialmente demonstrar que o poder discricionário da Comissão na fixação do montante da coima estava limitado nas circunstâncias dos presentes processos.

- 81 O parecer jurídico contém, pois, unicamente argumentos invocados em apoio de um fundamento já suscitado na petição no Tribunal de Primeira Instância, e não um fundamento novo.
- 82 A este propósito, deve concluir-se que o referido parecer, que contém 101 números no total, desenvolve, designadamente, seis princípios de direito comunitário, isto é, o princípio da protecção da confiança legítima, o princípio da autolimitação da administração pública («sel-binding»), o princípio do *estoppel*, o princípio da administração equitativa, o princípio *venire contra factum proprium* e o direito a um processo equitativo, ou mesmo a protecção dos direitos de defesa.
- 83 Resulta do n.º 19 do parecer jurídico que estes princípios são examinados a fim de determinar se o direito comunitário contém regras que limitam o poder discricionário da Comissão para aplicar coimas no domínio do direito da concorrência e que se opõem a que essa instituição modifique a sua prática consolidada em matéria de determinação do montante das coimas e aplique a sua nova prática num caso como o vertente.
- 84 O n.º 43 do mesmo parecer indica que cada um destes princípios pode, sob diferentes aspectos e eventualmente em graus diversos, restringir o referido poder discricionário da Comissão.
- 85 Nos n.ºs 44 a 96 do parecer jurídico, cada um dos referidos princípios é analisado separadamente e aplicado ao caso vertente.

86 Nos n.ºs 97 a 101 do mesmo parecer, conclui-se que, no caso vertente, o poder discricionário da Comissão era efectivamente limitado no sentido de que esta não se podia afastar da sua prática anterior.

87 No n.º 98 do referido parecer, indica-se que estes princípios, na medida em que são vinculativos, são semelhantes.

88 Decorre da economia e do conteúdo do parecer jurídico que, embora existam determinadas intercepções entre os princípios de direito administrativo referidos nesse parecer e os fundamentos suscitados na petição, o objecto do parecer não se limita claramente à exposição dos argumentos que precisam ou amplificam o fundamento relativo à protecção da confiança legítima, como sustenta a ABB, mas consiste em desenvolver um número de princípios autónomos, visando demonstrar que, no caso vertente, a Comissão não se podia afastar da sua prática anterior em matéria de determinação do montante das coimas. A este propósito, há que constatar que o princípio da protecção da confiança legítima constitui apenas um dos seis princípios desenvolvidos para o efeito.

89 Portanto, como sustentou a Comissão, resulta do texto do parecer jurídico que este queria visar pela primeira vez determinados princípios não suscitados na petição no Tribunal de Primeira Instância.

90 Face ao que antecede, a primeira parte do primeiro fundamento invocado pela ABB deve ser rejeitada.

- 91 Na segunda parte do seu primeiro fundamento, a mesma recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar, no n.º 113 do acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão, que o parecer jurídico não podia ser tomado em consideração no todo ou em parte, uma vez que, por força do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a petição deve conter o objecto do litígio e a exposição sumária dos fundamentos invocados.
- 92 O Tribunal de Primeira Instância não considerou que a petição ou a réplica padecessem de qualquer vício que pudesse justificar a aplicação dessa disposição. Por conseguinte, foi erradamente que declarou que a ABB quis compensar um fundamento insuficiente remetendo globalmente para o parecer jurídico. Além disso, nada permite invocar por analogia a referida disposição do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, como fez este último no mesmo número do acórdão recorrido.
- 93 A este propósito, importa expor o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 113 do acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão.
- 94 O Tribunal de Primeira Instância lembrou que decorre do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do seu Regulamento de Processo que os elementos de direito e de facto em que assenta uma acção devem resultar, ainda que de modo sumário, do próprio texto da petição, e que não basta, portanto, que na petição se faça referência a tais elementos que figuram no anexo à mesma.

95 O Tribunal de Primeira Instância referiu-se designadamente à jurisprudência assente do Tribunal de Justiça relativa à obrigação de a Comissão indicar, em qualquer petição apresentada nos termos do artigo 226.º CE, as acusações precisas sobre as quais o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se, bem como, de forma pelo menos sumária, os elementos de direito e de facto em que se baseiam essas acusações.

96 A este propósito, resulta efectivamente dessa jurisprudência que essa obrigação não é cumprida se as acusações da Comissão figurarem na petição unicamente sob a forma de simples remissão para os fundamentos indicados na notificação para cumprir e no parecer fundamentado, ou ainda na parte da petição dedicada ao quadro jurídico (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 31 de Março de 1992, Comissão/Dinamarca, C-52/90, Colect., p. I-2187, n.ºs 17 e 18; de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Grécia, C-375/95, Colect., p. I-5981, n.º 35; e de 29 de Novembro de 2001, Comissão/Itália, C-202/99, Colect., p. I-9319, n.ºs 20 e 21).

97 O Tribunal de Primeira Instância lembrou igualmente que não lhe compete procurar e identificar, nos anexos, os fundamentos que poderiam, em seu entender, servir de base à acção, tendo os anexos uma função meramente probatória e instrumental.

98 À luz destes elementos, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que, de igual modo, não lhe compete certamente, dado que uma parte do parecer jurídico não pode ser tomada em consideração, procurar e identificar neste parecer as passagens que poderiam ser tidas em conta como anexos que apoiam e complementam os articulados da ABB sobre pontos específicos.

99 Face aos fundamentos que precedem, esta conclusão deve ser entendida no sentido de que a função meramente probatória e instrumental dos anexos implica que, na medida em que o parecer jurídico contenha, além dos fundamentos novos e portanto inadmissíveis, elementos de direito em que assentam determinados fundamentos articulados na petição, tais elementos devem figurar no próprio texto da réplica ao qual este parecer é anexo ou, pelo menos, estar suficientemente identificados neste articulado.

100 Ao acolher estes critérios e ao decidir que, no caso vertente, estes não se verificam, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito.

101 Além disso, a este respeito, o Tribunal de Primeira Instância não desvirtuou o alcance da réplica que lhe foi submetida. Importa com efeito concluir que o n.º 31 do referido articulado se limita a fazer uma remissão global para o parecer jurídico. Além disso, o facto, invocado pela ABB, de, em determinados números do mesmo articulado, se procederem a remissões, sob a forma de notas de rodapé, para algumas passagens desse parecer, não é de molde a pôr em causa a conclusão a que o Tribunal de Primeira Instância chegou sobre este ponto.

102 Nestas condições, o fundamento analisado deve ser rejeitado.

B — *Quanto aos fundamentos de mérito, relativos à imputabilidade da infracção*

103 Importa apreciar, em segundo lugar, os fundamentos de mérito suscitados pelo grupo Henss/Isoplus e pela Brugg, nos termos dos quais estes recorrentes contestam

os acórdãos recorridos que lhes dizem respeito, sobre determinados aspectos relativos à imputabilidade da infracção de que são acusados na decisão impugnada e confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância.

1. Quanto ao fundamento relativo à violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, por terem sido tomadas em consideração determinadas empresas no grupo Henss/Isoplus e pelo facto de a infracção ter sido imputada a este grupo enquanto «empresa» na acepção desta disposição

104 Com o quinto fundamento, o grupo Henss/Isoplus censura ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter considerado, nos n.ºs 54 a 68 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, que foi correctamente que, na decisão controvertida, a Comissão tomou em consideração determinadas empresas no grupo Henss/Isoplus e imputou a infracção a este último.

105 O referido recorrente sustenta, em primeiro lugar, que, no n.º 66 desse acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao rejeitar o seu argumento segundo o qual uma empresa, na acepção das disposições do Tratado em matéria de concorrência, deve necessariamente ser dotada de personalidade jurídica.

106 Ora, tal não é o caso para o grupo Henss/Isoplus, admitindo que ele constitui uma entidade económica, nem para W. Henss, enquanto pessoa que controla, segundo o mesmo acórdão recorrido, as diferentes empresas pertencentes ao referido grupo.

- 107 O grupo Henss/Isoplus alega que a sua tese pode assentar no artigo 1.º do Protocolo n.º 22 do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, de 2 de Maio de 1992 (JO 1994, L 1, p. 3), do qual decorre que o conceito de «empresa» na acepção das disposições do Tratado em matéria de concorrência designa qualquer entidade jurídica («Rechtssubjekt», na versão alemã) que exerce actividades de carácter comercial ou económico.
- 108 Isso é em particular confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às disposições do Tratado CECA em matéria de concorrência (acórdãos de 13 de Julho de 1962, Klöckner-Werke e Hoesch/Alta Autoridade, 17/61 e 20/61, Recueil, p. 617, Colect. 1962-1964, p. 131, e Mannesmann/Alta Autoridade, 19/61, Recueil, p. 675, Colect. 1962-1964, p. 135).
- 109 Noutros acórdãos, designadamente os referidos pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 66 do referido acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça ainda não decidiu definitivamente a questão de princípio destinada a saber se a qualificação da empresa na acepção do direito da concorrência exige, em todas as circunstâncias, que a entidade em causa disponha de personalidade jurídica (acórdãos de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão, 48/69, Colect., p. 205; de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, Colect., p. 109; de 12 de Julho de 1984, Hydrotherm, 170/83, Recueil, p. 2999; e de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979).
- 110 Se é verdade, segundo o referido recorrente, que a infracção cometida por uma empresa com personalidade jurídica própria pode ser imputada à sociedade-mãe, uma sociedade *holding*, quando esta tenha o controlo e se trate, portanto, da mesma unidade económica (v., designadamente, acórdãos, já referidos, ICI/Comissão e Europemballage e Continental Can/Comissão), essa imputação exige contudo que a entidade de controlo tenha ela própria personalidade jurídica.

- 111 Ora, uma pessoa singular, como W. Henss, não pode, na sua mera qualidade de sócio ou detentor de acções, ser qualificado de «empresa» na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Esta jurisprudência não é, portanto, pertinente no caso vertente.
- 112 A este propósito, importa recordar que, segundo jurisprudência assente, no contexto do direito da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (v., designadamente, acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters e o., C-309/99, Colect., p. I-1577, n.º 46 e jurisprudência referida).
- 113 Resulta claramente desta jurisprudência que o conceito de empresa, na acepção das disposições do Tratado em matéria de concorrência, não exige que a unidade económica em causa seja dotada de personalidade jurídica. Também não se trata, como sustenta o grupo Henss/Isoplus, de uma interpretação que se limita aos casos que deram lugar aos acórdãos do Tribunal de Justiça, como os acórdãos, já referidos, Hydrotherm ou Höfner e Elser, mas de uma interpretação de alcance geral.
- 114 O argumento extraído da versão alemã do artigo 1.º do Protocolo n.º 22 do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, em especial, o conceito de «sujeito de direito» («Rechtssubjekt») que nele figura, não permite pôr em causa essa interpretação.

- 115 O conceito de «sujeito de direito» não exclui necessariamente as pessoas singulares. De qualquer modo, esse conceito não existe em todas as outras versões linguísticas que apenas contêm o conceito de «entidade».
- 116 O grupo Henss/Isoplus sustenta, em seguida, que empresas entre as quais não existe nenhum vínculo quer do ponto de vista do capital quer sob o ângulo do direito das sociedades e que, por isso, não dependem de uma empresa de controlo não podem constituir um grupo unicamente por causa da existência de eventuais vínculos entre as pessoas singulares que não são empresas.
- 117 A este propósito, importa lembrar que, segundo jurisprudência assente, o comportamento anticoncorrencial de uma empresa pode ser imputado a outra, quando aquela não determinou de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica no essencial as instruções que lhe são dadas por esta última, em particular tendo em conta os laços económicos e jurídicos que as unem (v., designadamente, acórdão de 16 de Novembro de 2000, Metsä-Serla e o./Comissão, C-294/98 P, Colect., p. I-10065, n.º 27).
- 118 É verdade que a circunstância de o capital social de duas sociedades comerciais distintas pertencer à mesma pessoa ou à mesma família não basta, enquanto tal, para provar a existência de uma unidade económica entre essas duas sociedades, que implique, por força do direito comunitário da concorrência, que os comportamentos de uma possam ser imputados à outra e que uma possa ser obrigada a pagar uma coima pela outra (v. acórdão de 2 de Outubro de 2003, Aristrain/Comissão, C-196/99 P, Colect., p. I-11005, n.º 99).

119 Todavia, no caso vertente, o Tribunal de Primeira Instância não inferiu a existência da unidade económica que constitui o grupo Henss/Isoplus unicamente porque as empresas em causa eram controladas do ponto de vista do seu capital social por uma única pessoa, no caso vertente, W. Henss.

120 Resulta, com efeito, dos n.ºs 56 a 64 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão que o Tribunal de Primeira Instância concluiu pela existência da referida unidade económica face a todos os elementos que demonstram que W. Henss controla as sociedades em causa, entre os quais, para além da detenção directa ou indirecta, por ele ou pela sua mulher, da totalidade ou quase totalidade das partes sociais, a ocupação por W. Henss de funções-chave nos órgãos de gestão dessas sociedades, bem como o facto de essa pessoa representar, nas reuniões do clube dos directores, tal como indicado no n.º 20 do presente acórdão, as diferentes empresas e de ser atribuída a estas últimas uma quota única no cartel.

121 O grupo Henss/Isoplus sustenta, por último, a título subsidiário, que as diferentes empresas agrupadas pela Comissão não pertencem à mesma entidade económica, uma vez que gozam de autonomia e não dependem de instruções externas. Com este argumento, este recorrente sustenta que as empresas em causa não estavam, de um modo ou de outro, sob o controlo, de facto, de W. Henss.

122 A este propósito, importa referir que considerações como as acolhidas pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 56 a 64 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, que visam provar a existência de uma unidade económica, assentam numa série de constatações de natureza factual que não são discutíveis no âmbito de um recurso de

uma decisão de primeira instância, excepto em caso de desvirtuação dos factos pertinentes e dos elementos de prova apresentados ao Tribunal de Primeira Instância, ou ainda quando a inexactidão material das constatações deste resultar de documentos juntos aos autos (v., neste sentido, designadamente, acórdãos, já referidos, Metsä-Serla e o./Comissão, n.º 37, e Mag Instrument/IHMI, n.ºs 39 e 76).

123 Quanto ao n.º 57 do referido acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância não declarou, como sustenta o grupo Henss/Isoplus, que, durante o período de referência, ou seja, a duração da infracção considerada pela Comissão, isto é, de Outubro de 1991 a Março/Abril de 1996, W. Henss era não só director mas igualmente accionista da Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH. Não existe, quanto a este ponto, contradição com os autos, pelo que o vício processual alegado a este propósito pelo referido recorrente, enquanto parte do seu sétimo fundamento, deve ser rejeitado.

124 Relativamente ao n.º 58 do mesmo acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância não afirmou nada que o recorrente não tivesse sustentado, isto é, que, no período de referência, W. Henss deteve a maioria das partes sociais da Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, através de mandatários, mas nunca exerceu as funções de director.

125 Há, pois, que concluir que a crítica específica dos referidos n.ºs 57 e 58 não demonstra de modo algum uma qualquer desvirtuação dos factos pertinentes ou dos

elementos de prova por parte do Tribunal de Primeira Instância, nem revela a existência de uma inexactidão material das conclusões deste último resultantes dos documentos juntos aos autos.

126 No que respeita à Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, o grupo Henss/Isoplus sustenta que W. Henss e o casal Papsdorf nunca foram directores e que as partes dessa sociedade foram além disso detidas, no período de referência, na proporção de um terço, pela Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, em seu próprio nome, de um terço, pelo casal Papsdorf, por intermédio desta última sociedade, actuando na qualidade de mandatário, e de um terço, por outras pessoas singulares, igualmente por intermédio do referido mandatário.

127 Estes factos são os mesmos que os admitidos pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 59 do referido acórdão recorrido, pelo que a desvirtuação dos factos pertinentes ou de um elemento de prova também não está demonstrada sobre esse aspecto. Aliás, não resulta dos documentos juntos ao processo nenhuma inexactidão material das conclusões do Tribunal de Primeira Instância.

128 O grupo Henss/Isoplus acrescenta que decorre desses factos que a sociedade Isoplus Fernwärmetechnik GmbH escapou à influência quer de W. Henss quer do casal Papsdorf.

129 Esta acusação não é admissível, dado que suscita a questão de saber se as condições da existência de uma unidade económica estavam efectivamente preenchidas no

caso presente. Com efeito, tal análise, que assenta numa apreciação dos factos, não pode ser, como tal, contestada no âmbito do presente recurso (v. acórdão Metsä-Serla e o./Comissão, já referido, n.º 30).

130 Nestas condições, não pode ser censurado ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter considerado, no termo de uma apreciação global e, em princípio, soberana de um conjunto de dados factuais, que as diferentes empresas que constituem o grupo Henss/Isoplus deviam, para este efeito, ser consideradas uma única entidade económica.

131 Por conseguinte, este fundamento deve ser rejeitado.

2. Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, pelo facto de ter sido imputada ao grupo Henss/Isoplus e à Brugg uma infracção às regras da concorrência devido à participação destas numa reunião com objecto anticoncorrencial

132 Através, respectivamente, do quarto e do quinto fundamento, o grupo Henss/Isoplus e a Brugg, cada um na parte que lhe diz respeito, acusam o Tribunal de Primeira Instância de ter declarado, nos n.ºs 223 a 227 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão e nos n.ºs 52 a 56 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão, que foi correctamente que, na decisão controvertida, a Comissão lhes imputou a infracção ou parte dela por terem participado em reuniões com objecto anticoncorrencial.

- 133 O grupo Henss/Isoplus contesta, designadamente, que a participação, antes de Outubro de 1994, de W. Henss em reuniões com objecto anticoncorrencial justificava a conclusão de que se devia considerar que este grupo tinha participado no cartel resultante das referidas reuniões, as quais diziam respeito ao período de Outubro de 1991 a Outubro de 1994.
- 134 A Brugg sustenta que é erradamente que o Tribunal de Primeira Instância inferiu da sua participação na reunião de 24 de Março de 1995, no decurso da qual foi evocado o boicote à Powerpipe, a prova da sua participação efectiva no referido boicote.
- 135 O grupo Henss/Isoplus baseia-se, por analogia, na jurisprudência segundo a qual a Comissão pode recusar o acesso a determinados documentos pelo facto de uma empresa em posição dominante poder adoptar medidas de retaliação contra uma empresa que tenha colaborado na instrução efectuada pela Comissão (acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, C-310/93 P, Colect., p. I-865, n.ºs 26 e 27, e do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, T-65/89, Colect., p. II-389, n.º 33).
- 136 Daí resulta que as empresas economicamente fracas, mesmo que não se distanciem publicamente do conteúdo de reuniões cujo objecto é manifestamente anticoncorrencial e para as quais foram convocadas por empresas em posição dominante ou economicamente mais poderosas do que elas, devem ser liberadas da sua responsabilidade pela participação num cartel ilegal, quando não põem em prática os resultados dessas reuniões.

137 No caso vertente, o grupo Henss/Isoplus não denunciou o conteúdo das reuniões a que assistiu, devido à participação no cartel, designadamente, da ABB, empresa em posição dominante, e da LR A/S, empresa bem mais poderosa do que ela.

138 Contudo, este grupo não pôs em prática os resultados das referidas reuniões, o que é demonstrado pela baixa contínua dos preços no mercado dos tubos com revestimento térmico, entre Outubro de 1991 e Outubro de 1994.

139 A Brugg alega que, enquanto simples revendedor dos produtos em causa, não podia aplicar uma acção de boicote.

140 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância observou erradamente, no n.º 62 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão, que, na medida em que a Powerpipe era uma concorrente directa da Brugg no mercado alemão, esta última tinha interesse em qualquer medida de boicote adoptada contra a Powerpipe pelos outros participantes do cartel.

141 Ora, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou estas acusações.

142 Com efeito, segundo jurisprudência assente, basta que a Comissão demonstre que a empresa em causa participou em reuniões onde foram concluídos acordos de natureza anticoncorrencial, sem a eles se ter oposto de forma manifesta, para provar

suficientemente a participação da referida empresa no cartel. Quando a participação nessas reuniões foi demonstrada, cabe a essa empresa apresentar indícios que possam provar que a sua participação nas referidas reuniões era destituída de qualquer espírito anticoncorrencial, demonstrando que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa óptica diferente da deles (v., designadamente, acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 81 e jurisprudência referida).

143 A este respeito, a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuidade da infracção e compromete a sua descoberta. Esta cumplicidade constitui um modo passivo de participação na infracção, que é, portanto, de natureza a fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito de um acordo único (v. acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 84).

144 Além disso, a circunstância de uma empresa não dar seguimento aos resultados de uma reunião com objecto anticoncorrencial não é susceptível de afastar a sua responsabilidade pela sua participação num cartel, a menos que se tenha distanciado publicamente do seu conteúdo (v. acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 85 e jurisprudência referida).

145 Para efeitos de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, basta que um acordo tenha por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência, independentemente dos seus efeitos concretos. Por conseguinte, no caso de surgirem acordos em reuniões de empresas concorrentes, há infracção ao disposto nesse artigo quando essas reuniões têm esse objecto e se destinam, assim, a organizar artificialmente o funcionamento do mercado. Nesse caso, a responsabilidade de uma determinada empresa na infracção fica validamente provada quando ela participou nessas reuniões tendo

conhecimento do seu objecto, ainda que não tenha, a seguir, posto em prática uma ou outra medida acordada nessas reuniões. A maior ou menor assiduidade da empresa nas reuniões e a execução mais ou menos completa das medidas acordadas têm consequências não sobre a existência da sua responsabilidade mas sobre a medida desta e, portanto, sobre o nível da sanção (v. acórdão de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão*, 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 e C-254/99 P, *Colect.*, p. I-8375, n.ºs 508 a 510).

146 Daí decorre que a circunstância, salientada pela Brugg, de não ter aplicado, e, aliás, não podia aplicar, a medida de boicote acordada na reunião de 24 de Março de 1995, não é de molde a afastar a sua responsabilidade resultante da sua participação nessa medida, a menos que ela se tivesse distanciado publicamente do seu conteúdo, o que não foi alegado pela referida recorrente.

147 É verdade, como sustenta a Brugg e contrariamente ao decidido pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 62 do acórdão recorrido *Brugg Rohrsysteme/Comissão*, que, a este respeito, é irrelevante que a recorrente tivesse interesse em qualquer medida de boicote contra uma das suas concorrentes directas adoptada pelos outros participantes no cartel (v., neste sentido, acórdão *Aalborg Portland e o./Comissão*, já referido, n.º 335).

148 Trata-se contudo de uma acusação contra um fundamento supérfluo deste acórdão, que não pode conduzir à sua anulação e que é, portanto, inoperante (v.,

designadamente, acórdão de 7 de Novembro de 2002, Hirschfeldt/AEE, C-184/01 P, Colect., p. I-10173, n.º 48 e jurisprudência referida).

149 No caso da Brugg, resulta, além disso, da decisão controvertida que, contrariamente ao que é afirmado por esta recorrente, a Comissão não qualificou como circunstância agravante a sua participação no boicote à Powerpipe, uma vez que a única circunstância agravante que foi considerada em relação a ela diz respeito à continuação da infracção após as averiguações.

150 Do mesmo modo, atenta a jurisprudência recordada nos n.ºs 142 a 145 do presente acórdão, a circunstância, referida pelo grupo Henss/Isoplus, de uma participação no cartel de empresas dominantes ou particularmente poderosas, susceptíveis de adoptar medidas de retaliação contra outros participantes, claramente menos poderosos, no caso de estes se distanciarem publicamente do conteúdo das reuniões cujo objecto é anticoncorrencial, não tem qualquer efeito sobre a existência da responsabilidade destas últimas empresas em razão da sua participação na medida anticoncorrencial, mas pode, eventualmente, ter consequências quanto à determinação do nível da sanção.

151 Como foi pertinentemente observado pela Comissão, a tese inversa é inaceitável, uma vez que dela decorreria uma diferenciação das condições de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, em função da dimensão das empresas, no sentido de que as empresas menos poderosas seriam favorecidas.

152 Atento o que vem dito, os fundamentos analisados devem ser rejeitados.

C — Quanto aos fundamentos de mérito, relativos à determinação do montante das coimas

153 Todas as recorrentes criticam os acórdãos recorridos na parte em que se referem ao cálculo dos montantes das coimas que lhes foram aplicadas.

154 Serão analisadas, em primeiro lugar, as acusações relativas à violação de determinados princípios, devido à aplicação das orientações a infracções como as do caso vertente, e, em segundo lugar, as relativas à legalidade do método de cálculo das coimas adoptado nas orientações ou aplicado na decisão controvertida.

1. Quanto aos fundamentos relativos à violação dos princípios da protecção da confiança legítima e da não retroactividade, devido à aplicação das orientações às infracções em causa

155 A maior parte das recorrentes censura o Tribunal de Primeira Instância por ter declarado que, ao aplicar as orientações aos casos vertentes na decisão controvertida, a Comissão não violou os princípios da protecção da confiança legítima e da não retroactividade.

a) Quanto aos fundamentos relativos à violação do princípio da protecção da confiança legítima

156 Com os seus fundamentos respectivos, a Dansk Rørindustri (segundo fundamento), a KE KELIT (primeiro fundamento), a LR A/S (segundo fundamento), a Brugg (primeiro e segundo fundamentos), a LR GmbH (primeiro fundamento, segunda parte) e a ABB (segundo fundamento) alegam, no essencial, que podiam basear uma confiança legítima na prática decisória anterior da Comissão em matéria de cálculo do montante das coimas, tal como existia na época em que as infracções foram cometidas.

157 Trata-se de uma prática coerente e de longa data, que consistia em calcular o montante das coimas com base no volume de negócios realizado com o produto em causa no mercado geograficamente pertinente (a seguir «volume de negócios pertinente»), montante que, além disso, não podia em caso algum exceder o montante máximo da coima a que se refere o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, isto é, 10% do volume de negócios mundial da empresa, incluídos todos os produtos (a seguir «volume de negócios global»).

158 Decorre igualmente dessa prática que o montante máximo da coima não pode ultrapassar 10% do volume de negócios pertinente.

159 Segundo as referidas recorrentes, a Comissão não podia, sem violar a confiança legítima que depositaram nessa prática anterior, aplicar-lhes o método de cálculo

adoptado nas orientações, as quais tinham sido adoptadas posteriormente quer às infracções quer às audições, última etapa do procedimento administrativo na Comissão, uma vez que este método é radicalmente novo.

160 A novidade deste método tem sobretudo a ver com o facto de tomar como ponto de partida do cálculo determinados montantes de base predefinidos que reflectem a gravidade da infracção e que não têm em si qualquer relação com o volume de negócios pertinente, podendo esse montante de base ser seguidamente ajustado para cima ou para baixo em função da duração da infracção e de eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes, e podendo, numa última fase, ainda ser reduzido ao abrigo de uma eventual cooperação com a Comissão no decurso do procedimento administrativo.

161 As mesmas recorrentes especificam que a Comissão não se podia afastar arbitrariamente da sua prática decisória anterior ou então, no mínimo, teria de as avisar em tempo útil dessa alteração ou fundamentar especialmente a aplicação desse novo método.

162 Sustentam, além disso, que a confiança que podiam extrair da prática decisória anterior da Comissão, em matéria de cálculo das coimas, era tanto mais legítima quanto a sua decisão de cooperar com a Comissão se tinha necessariamente baseado nessa prática e, em especial, nos benefícios que, atendendo a esta última, esperavam poder retirar da sua cooperação.

163 A confiança legítima baseada na comunicação sobre a cooperação é extensiva, segundo os próprios termos desta comunicação, ao cálculo do montante da coima que serve de base de cálculo, montante a que é seguidamente aplicada a percentagem de redução, concedida em razão da cooperação.

164 Os fundamentos da Dansk Rørindustri e da KE KELIT relativos à violação do princípio da protecção da confiança legítima devem, desde já, ser julgados inadmissíveis.

165 Com efeito, segundo jurisprudência assente, permitir a uma parte invocar, pela primeira vez, perante o Tribunal de Justiça um fundamento que ela não apresentou ao Tribunal de Primeira Instância equivaleria a permitir-lhe submeter ao Tribunal de Justiça, cuja competência em matéria de recursos de decisões de primeira instância é limitada, um litígio com um objecto mais lato do que aquele sobre o qual o Tribunal de Primeira Instância se pronunciou. Assim, no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, a competência do Tribunal de Justiça está, portanto, limitada à apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância dos fundamentos perante este debatidos (v., designadamente, acórdão de 3 de Outubro de 2000, *Industrie des poudres sphériques/Conselho*, C-458/98 P, *Colect.*, p. I-8147, n.º 74).

166 Ora, há que concluir que, no Tribunal de Primeira Instância, a Dansk Rørindustri e a KE KELIT não suscitaram o fundamento relativo à violação do princípio da protecção da confiança legítima, resultante da aplicação das orientações.

167 Assim, no que concerne a estas recorrentes, trata-se de fundamentos novos e, portanto, inadmissíveis em sede de recurso de uma decisão de primeira instância.

168 Quanto ao mérito, a LR A/S, a Brugg, a LR GmbH e a ABB censuram ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter, respectivamente, nos n.ºs 241 a 248 do acórdão recorrido LR A/F 1998/Comissão, nos n.ºs 137 a 144 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão, nos n.ºs 248 a 257 do acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão e nos n.ºs 122 a 136 do acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão, violado o princípio da protecção da confiança legítima, ao julgar improcedentes os fundamentos que elas tinham apresentado no Tribunal de Primeira Instância com base nesse princípio.

169 A este propósito, importa observar que o Tribunal de Primeira Instância lembrou correctamente que o facto de a Comissão ter aplicado, no passado, coimas de um determinado nível a determinados tipos de infracções não a pode privar da possibilidade de elevar esse nível dentro dos limites indicados no Regulamento n.º 17, se tal for necessário para assegurar a aplicação da política comunitária da concorrência, mas que, pelo contrário, a aplicação eficaz das regras comunitárias da concorrência exige que a Comissão possa, em qualquer momento, adaptar o nível das coimas às necessidades dessa política (acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion française e o./Comissão*, 100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 109, e acórdão *Aristrain/Comissão*, já referido, n.º 81).

170 Com efeito, o papel de vigilância que os artigos 85.º, n.º 1, do Tratado e 86.º do Tratado CE (actual artigo 82.º CE) conferem à Comissão não compreende unicamente a tarefa de instruir e de reprimir as infracções individuais, incluindo também o dever de prosseguir uma política geral destinada a aplicar em matéria de concorrência os princípios estabelecidos no Tratado e a orientar nesse sentido o comportamento das empresas (v. acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*, já referido, n.º 105).

171 Ora, como observou pertinentemente o Tribunal de Primeira Instância, os operadores não podem depositar uma confiança legítima na manutenção de uma

situação existente, que pode ser alterada pela Comissão no âmbito do seu poder de apreciação (acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, *Delacre e o./Comissão*, C-350/88, *Colect.*, p. I-395, n.º 33 e jurisprudência referida).

172 Este princípio aplica-se claramente no quadro da política de concorrência, que é caracterizada por um amplo poder de apreciação da Comissão, designadamente, no que respeita à determinação do montante das coimas.

173 Bem andou igualmente o Tribunal de Primeira Instância ao concluir que as empresas implicadas num procedimento administrativo que pode dar lugar a uma coima não podem fundar uma confiança legítima no facto de que a Comissão não ultrapassará o nível das coimas praticado anteriormente, pelo que, no caso vertente, as recorrentes não podiam, designadamente, fundar uma confiança legítima no nível das coimas que comporta a Decisão 94/601/CE da Comissão, de 13 de Julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (Processo IV/C/33.833 — *Cartão*) (JO L 243, p. 1). Tal como notou a Comissão, daí decorre que a confiança legítima também não pode assentar num método de cálculo das coimas.

174 Várias recorrentes sustentam que esta jurisprudência é posta em causa pelo acórdão de 12 de Novembro de 1987, *Ferriere San Carlo/Comissão* (344/85, *Colect.*, p. 4435, n.ºs 12 e 13). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, no essencial, que, uma vez que o operador em causa não tinha sido individualmente avisado, em tempo útil,

da supressão de uma prática seguida há dois anos pela Comissão, que consistia em tolerar certas ultrapassagens de quotas, a coima aplicada por esta instituição por essa ultrapassagem tinha violado a confiança legítima que o operador em causa poderia colocar na manutenção dessa prática.

175 Ora, como observou a Comissão, o ensinamento eventual que se pode extrair do referido acórdão não pode, de qualquer modo, ser invocado no contexto específico dos poderes de fiscalização que ela detém no domínio da concorrência, aos quais se aplicam os princípios recordados nos n.ºs 169 e 170 do presente acórdão.

176 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância observou correctamente que a prática decisória anterior da Comissão não se baseava exclusivamente no volume de negócios pertinente e que, portanto, nenhuma confiança legítima podia assentar em tal prática.

177 A este propósito, importa lembrar que só o Tribunal de Primeira Instância é competente para verificar e apreciar os factos pertinentes bem como para apreciar os elementos de prova. A apreciação desses factos e desses elementos de prova não constitui portanto, ressalvando o caso da sua desvirtuação, uma questão de direito submetida, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância (v., designadamente, acórdão *Mag Instrument/IHMI*, já referido, n.º 39).

178 A LR A/S, a Brugg, a LR GmbH e a ABB não contestam a existência das decisões a que se refere o Tribunal de Primeira Instância, mas sustentam tratar-se de casos isolados. A tal propósito, mencionam várias decisões e tomadas de posição da

Comissão, das quais resulta que, pelo contrário, uma prática decisória suficientemente coerente e clara estava bem assente no que respeita ao cálculo do montante das coimas em função de uma percentagem do volume de negócios pertinente.

179 Ora, este argumento, ainda que seja exacto, não permite demonstrar uma qualquer desvirtuação dos factos ou dos elementos de prova apresentados no Tribunal de Primeira Instância. Na realidade, trata-se de uma crítica de uma apreciação factual e, portanto, soberana deste última. Este argumento não pode, portanto, proceder em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

180 Quanto à afirmação das referidas recorrentes, de que resulta da prática decisória anterior da Comissão que o montante máximo da coima não pode ultrapassar o limite de 10% do volume de negócios pertinente, trata-se igualmente de uma questão de natureza factual que o Tribunal de Justiça não pode decidir em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

181 Importa contudo notar, como aliás faz a Comissão, que esse limite não decorre, em caso algum, do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, porquanto o limite previsto nesta disposição diz respeito ao volume de negócios global e não ao volume de negócios pertinente das empresas (v., neste sentido, acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão, já referido, já referido, n.º 119).

182 Além disso, as mesmas recorrentes sustentam que podiam fundar uma confiança legítima na prática decisória anterior da Comissão em matéria de cálculo das

coimas, na medida em que a sua decisão de cooperar com a referida instituição assentava necessariamente nessa prática e, em especial, nos benefícios que esperavam retirar da sua cooperação atendendo a essa prática.

183 Afirmam, por analogia, designadamente com o acórdão de 28 de Abril de 1988, Mulder (120/86, Colect., p. 2321, n.º 24), que a Comissão incitou essa cooperação através da publicação da comunicação sobre a cooperação e, no caso em apreço, beneficiou dela, pelo que se teria comprometido a não alterar intempestivamente a base com que essa referida cooperação tinha sido oferecida.

184 Sustentam que, embora a Comissão estivesse no direito de alterar como entendesse o cálculo do montante das coimas, a confiança legítima que os operadores podem esperar retirar da comunicação sobre a cooperação, isto é, o direito de beneficiar de uma redução da coima, corre o risco de não passar de mera ilusão.

185 Os operadores devem, portanto, poder apreciar os benefícios de uma eventual cooperação e devem poder calcular antecipadamente o montante absoluto da coima devida, consoante decidam ou não cooperar.

186 A este propósito, importa declarar, como fez o Tribunal de Primeira Instância no n.º 143 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão e nos n.ºs 127 e 128 do

acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão, que não se pode inferir da comunicação sobre a cooperação que esta comunicação podia fundar uma confiança legítima num método de cálculo ou num nível do montante das coimas.

187 Resulta com efeito do capítulo E, ponto 3, da comunicação sobre a cooperação que a Comissão está consciente de que a presente comunicação cria expectativas legítimas em que as empresas se baseiam para informarem a Comissão da existência de um cartel. O capítulo A, ponto 5, desta comunicação enuncia que a cooperação de uma empresa com a referida instituição é um dos vários elementos a tomar em conta para a fixação do montante de uma coima.

188 Decorre da leitura conjugada destes pontos que a confiança legítima que os operadores podem extrair da referida comunicação se limita à certeza de poderem beneficiar de uma determinada percentagem de redução, mas que esta não é extensiva ao método de cálculo das coimas nem, por maioria de razão ainda, a um nível determinado da coima, que pode ser calculado no momento em que o operador decide concretizar a sua intenção de cooperar com a Comissão.

189 Além disso, a LR A/S e a LR GmbH censuram ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter considerado, nos n.ºs 244 a 246 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão e nos n.ºs 255 a 257 do acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão, que a Comissão não estava obrigada a seguir a sua prática em matéria de redução da coima em razão da cooperação dessas recorrentes, como essa prática existia à época em

que a referida cooperação se materializou, isto é, a prática anunciada no projecto de comunicação sobre a cooperação e que era suposta corresponder à já adoptada na Decisão 94/601. Estas recorrentes censuram, além disso, ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter declarado nos referidos números que a Comissão devia aplicar a comunicação sobre a cooperação, sendo certo que esta foi adoptada após a materialização da cooperação e é menos favorável às duas recorrentes do que a referida prática.

190 Estas recorrentes entendem, no essencial, que podiam fundar uma confiança legítima nessa prática da Comissão e que esta não podia, portanto, aplicar a versão definitiva da comunicação sobre a cooperação que lhes é menos favorável.

191 Ora, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância julgou improcedente este fundamento, pelo facto de os operadores económicos não poderem depositar uma confiança legítima na manutenção de tal prática, uma vez que, no domínio da fixação do montante das coimas, a Comissão dispõe de amplo poder de apreciação que lhe permite elevar a qualquer momento o nível geral das coimas, nos limites indicados no Regulamento n.º 17, se isso for necessário para assegurar a aplicação da política comunitária da concorrência, como foi lembrado nos n.ºs 169 e 170 do presente acórdão.

192 Daí decorre, tal como o Tribunal de Primeira Instância decidiu correctamente, que unicamente o facto de a Comissão ter atribuído, na sua prática decisória anterior, uma determinada taxa de redução para um comportamento determinado não implica que ela seja obrigada a conceder a mesma redução proporcional quando da apreciação de um comportamento semelhante no âmbito de um procedimento administrativo ulterior.

193 O Tribunal de Primeira Instância acrescentou, igualmente com justeza, que a LR A/S e a LR GmbH de modo algum podiam acreditar, no momento em que contactaram a Comissão, que esta aplicaria, aos seus casos, o método anunciado no seu projecto de comunicação sobre a cooperação, uma vez que resulta claramente desse texto que se tratava de um projecto.

194 Por fim, o Tribunal de Primeira Instância não pode ser criticado por ter considerado, no n.º 245 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, que a comunicação sobre a cooperação podia fundar uma confiança legítima, obrigando a Comissão a aplicá-la a partir dessa altura.

195 O capítulo E, ponto 3, da referida comunicação menciona com efeito, expressamente, que «[a] Comissão está consciente de que a presente comunicação cria expectativas legítimas em que as empresas se basearão para informarem a Comissão da existência de um acordo, decisão ou prática concertada».

196 O n.º 245 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão deve ser compreendido no sentido de que os operadores económicos podiam depositar uma confiança legítima na aplicação da comunicação sobre a cooperação, quando não tinham razão para depositar uma confiança legítima na alegada prática anterior da Comissão.

197 Resulta do exposto que os fundamentos examinados devem ser rejeitados na sua totalidade.

b) Quanto aos fundamentos relativos à violação do princípio da não retroactividade

198 Com os fundamentos respectivos, a Dansk Rørindustri (segundo fundamento), o grupo Henss/Isoplus (primeiro fundamento, quarta parte), a KE KELIT (terceiro fundamento), a LR A/S (segundo fundamento), a Brugg (primeiro fundamento) e a LR GmbH (primeiro fundamento) censuram ao Tribunal de Primeira Instância, cada um na parte que lhe diz respeito, o facto de ter declarado, nos n.ºs 162 a 182 do acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão, nos n.ºs 487 a 496 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, nos n.ºs 108 a 130 do acórdão recorrido KE KELIT/Comissão, nos n.ºs 217 a 238 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, nos n.ºs 106 a 129 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão e nos n.ºs 215 a 238 do acórdão recorrido Lögstör Rør/Comissão, que, ao aplicar no caso o método de cálculo do montante das coimas previsto nas orientações, a Comissão não violou o princípio da não retroactividade.

199 A título preliminar, importa analisar o fundamento suscitado pela LR A/S na parte em que censura, designadamente, ao Tribunal de Primeira Instância o facto de não ter criticado a decisão controvertida relativamente à questão da violação de que esta está ferida devido à aplicação alegadamente retroactiva da comunicação sobre a cooperação.

200 Importa declarar que este fundamento não foi suscitado no Tribunal de Primeira Instância. Trata-se, pois, segundo a jurisprudência referida no n.º 165 do presente acórdão, de um fundamento novo e, portanto, inadmissível em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

- 201 Nos diferentes acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou estas acusações com base num raciocínio substancialmente idêntico. Pode ser resumido como se segue.
- 202 O Tribunal de Primeira Instância referiu, antes de mais e correctamente, que o princípio da não retroactividade das leis penais, consagrado no artigo 7.º da CEDH como direito fundamental, constitui um princípio geral de direito comunitário cujo respeito se impõe quando são aplicadas coimas por infracção às regras da concorrência, e que este princípio exige que as sanções proferidas correspondam às que tinham sido fixadas à época em que a infracção foi cometida.
- 203 O Tribunal de Primeira Instância considerou, seguidamente, que as orientações se mantêm no quadro jurídico que rege a determinação do montante das coimas, como definido, anteriormente às infracções, no artigo 15.º do Regulamento n.º 17.
- 204 Com efeito, o método de cálculo das coimas previsto nas orientações continua a assentar nos princípios que esta disposição prescreve, ao passo que o cálculo é sempre efectuado com base na gravidade e na duração da infracção e que a coima não pode ultrapassar o montante máximo de 10% do volume de negócios global.
- 205 As orientações não alteram, portanto, o quadro jurídico das sanções, sendo este unicamente definido pelo Regulamento n.º 17. A prática decisória anterior da Comissão não faz parte desse quadro jurídico.

206 Por fim, segundo o Tribunal de Primeira Instância, não há agravamento retroactivo das coimas, embora as orientações possam, em determinados casos, provocar um aumento destas. Isto decorre da margem de apreciação devolvida à Comissão na fixação do montante das coimas, em conformidade com o Regulamento n.º 17. Esta instituição pode, assim, em qualquer momento, aumentar o nível das coimas segundo as necessidades da sua política de concorrência, desde que se mantenha dentro dos limites indicados no Regulamento n.º 17, como resulta da jurisprudência referida no n.º 169 do presente acórdão.

207 Declare-se, a este propósito, que esta análise se baseia essencialmente na premissa segundo a qual as orientações não fazem parte do quadro jurídico que determina o montante das coimas, uma vez que esse quadro é constituído exclusivamente pelo artigo 15.º do Regulamento n.º 17, pelo que a aplicação das orientações a infracções cometidas antes da sua adopção não pode entrar em conflito com o princípio da não retroactividade.

208 Tal premissa é inexacta.

209 O Tribunal de Justiça já declarou, pronunciando-se a propósito de medidas de ordem interna adoptadas pela Administração, que, mesmo que não possam ser qualificadas como norma jurídica que, de qualquer forma, a Administração está obrigada a observar, elas enunciam no entanto uma norma de conduta indicativa da prática a seguir; à qual a Administração não se pode furtar, num caso específico, sem apresentar razões compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento. Assim, essas medidas constituem um acto de carácter geral cuja ilegalidade pode ser invocada pelos funcionários e agentes interessados como fundamento de um recurso interposto contra decisões individuais adoptadas com base nelas (v. acórdão de 15 de Janeiro de 2002, *Libéros/Comissão*, C-171/00 P, *Colect.*, p. I-451, n.º 35).

- 210 Esta jurisprudência aplica-se por maioria de razão a regras de conduta destinadas a produzir efeitos externos, como é o caso das orientações destinadas a operadores económicos.
- 211 Ao adoptar tais regras de conduta e ao anunciar, através da sua publicação, que as aplicará no futuro aos casos a que essas regras dizem respeito, a instituição em causa autolimita-se no exercício do seu poder de apreciação e não pode renunciar a essas regras sob pena de poder ser sancionada, eventualmente, por violação dos princípios gerais do direito, tais como os da igualdade de tratamento ou da protecção da confiança legítima. Por conseguinte, não se pode excluir que, sob determinadas condições e em função do seu conteúdo, tais regras de conduta que têm um alcance geral possam produzir efeitos jurídicos.
- 212 Além disso, como observou, no essencial, o advogado-geral no n.º 59 das suas conclusões, a jurisprudência recordada no n.º 209 do presente acórdão relativa aos efeitos jurídicos dessas regras de conduta confirma a justeza da conclusão a que chegou o Tribunal de Primeira Instância no n.º 420 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão e no n.º 276 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, segundo a qual as orientações, embora não constituam o fundamento jurídico da decisão controvertida, baseando-se esta última nos artigos 3.º e 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, podem contudo constituir objecto de excepção de ilegalidade nos termos do artigo 184.º do Tratado.
- 213 É aliás correctamente que, no n.º 418 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão e no n.º 274 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância observou que, embora as orientações não constituam o fundamento

jurídico da decisão controvertida, determinam, de maneira geral e abstracta, a metodologia que a Comissão impôs a si própria para efeitos da fixação do montante das coimas aplicadas por esta decisão e asseguram, por conseguinte, a segurança jurídica das empresas.

- 214 Da mesma forma que a admissibilidade da excepção de ilegalidade suscitada contra regras de conduta como as orientações não está subordinada à exigência de que estas constituam a base jurídica do acto cuja ilegalidade é invocada, a pertinência das orientações no que respeita ao princípio da não retroactividade também não pressupõe que estas constituam o fundamento jurídico para a imposição das coimas em causa.
- 215 Neste contexto, importa lembrar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao artigo 7.º, n.º 1, da CEDH, evocada, de resto, por várias recorrentes (v., designadamente, TEDH, acórdãos S. W. e C. R. c. Reino Unido de 22 de Novembro de 1995, série A, n.ºs 335-B e 335-C, §§ 34 a 36 e §§ 32 a 34; *Cantoni c. França* de 15 de Novembro de 1996, *Colectânea dos acórdãos e decisões*, 1996-V, §§ 29 a 32, e *Coëme e o. c. Bélgica* de 22 de Junho de 2000, *Colectânea dos acórdãos e decisões*, 2000-VII, § 145).
- 216 Resulta com efeito dessa jurisprudência que o conceito de «direito», na acepção do referido artigo 7.º, n.º 1, corresponde ao de «lei» utilizado noutros dispositivos da CEDH e abrange o direito quer de origem legislativa quer jurisprudencial.

217 Esta disposição, que consagra designadamente o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), embora não possa ser interpretada no sentido de proscrever a clarificação gradual das regras da responsabilidade penal, pode, segundo a referida jurisprudência, opor-se à aplicação retroactiva de uma nova interpretação de uma norma que estabelece uma infracção.

218 É, em especial, esse o caso, segundo a referida jurisprudência, se se tratar de uma interpretação jurisprudencial cujo resultado não era razoavelmente previsível no momento em que a infracção foi cometida, atenta, designadamente, a interpretação então acolhida na jurisprudência relativa à disposição legal em causa.

219 Resulta dessa jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que o alcance do conceito de previsibilidade depende em larga medida do conteúdo do texto em questão, do domínio que abrange, bem como do número e da qualidade dos seus destinatários. A previsibilidade da lei não se opõe a que a pessoa em causa recorra a aconselhamento especializado a fim de avaliar, com um grau razoável nas circunstâncias do caso, as consequências que podem resultar de um determinado acto. É, em especial, o que acontece com os profissionais habituados a ter de demonstrar grande prudência no exercício da sua profissão. Por conseguinte, pode esperar-se que eles avaliem com particular cuidado os riscos que a mesma comporta (v. acórdão *Cantoni c. França*, já referido, § 35).

220 Estes princípios encontram, aliás, reflexo na jurisprudência assente do Tribunal de Justiça segundo a qual a obrigação de o juiz nacional fazer referência ao conteúdo da

directiva, ao interpretar as normas pertinentes do seu direito nacional, é limitada pelos princípios gerais do direito que fazem parte do direito comunitário, designadamente, pelos princípios da segurança jurídica e da não retroactividade (v. acórdão de 8 de Outubro de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, *Colect.*, p. 3969, n.º 13).

221 Segundo esta jurisprudência, tal interpretação não pode, com efeito, levar a que uma obrigação prevista numa directiva não transposta seja oponível a um particular nem, por maioria de razão, levar a determinar ou a agravar, com base na directiva e na falta de uma lei adoptada para a sua aplicação, a responsabilidade penal daqueles que actuem em violação das suas disposições comunitárias (v., designadamente, acórdãos *Kolpinghuis Nijmegen*, já referido, n.º 14, e de 26 de Setembro de 1996, *Arcaro*, C-168/95, *Colect.*, p. I-4705, n.º 42).

222 À semelhança desta jurisprudência relativa a novos desenvolvimentos jurisprudenciais, a modificação de uma política repressiva, neste caso, a política geral de concorrência da Comissão em matéria de coimas, em especial se for levada a cabo mediante a adopção de regras de conduta como as orientações, pode ter efeitos no que respeita ao princípio da não retroactividade.

223 Com efeito, à luz designadamente dos seus efeitos jurídicos e do seu alcance geral, como foi indicado no n.º 211 do presente acórdão, tais regras de conduta estão, em princípio, abrangidas pelo conceito de «direito» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da CEDH.

224 Como foi referido no n.º 219 do presente acórdão, com o objectivo de controlar o respeito do princípio da não retroactividade, há que verificar se a modificação em causa era razoavelmente previsível quando foram cometidas as infracções em causa.

225 A este propósito, observe-se que, como notaram várias recorrentes, a principal inovação das orientações consiste em tomar como ponto de partida do cálculo um montante de base, determinado a partir de margens previstas para este efeito pelas referidas orientações, reflectindo essas margens diferentes graus de gravidade das infracções, mas que, enquanto tais, não têm relação com o volume de negócios pertinente. Este método assenta, essencialmente, numa tarificação, ainda que relativa e flexível, das coimas.

226 Há, portanto, que examinar se este novo método de cálculo das coimas, admitindo que teve um efeito agravante quanto ao nível das coimas infligidas, era razoavelmente previsível quando foram cometidas as infracções em causa.

227 Como já foi recordado no n.º 169 do presente acórdão, quanto aos fundamentos relativos à violação do princípio da protecção da confiança legítima, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o facto de a Comissão ter aplicado, no passado, coimas de um certo nível a diferentes tipos de infracções não a pode privar da possibilidade de aumentar esse nível dentro dos limites indicados no

Regulamento n.º 17, se isso se revelar necessário para assegurar que seja posta em prática a política comunitária de concorrência, mas, pelo contrário, a aplicação eficaz das regras comunitárias da concorrência exige que a Comissão possa, em qualquer momento, adaptar o nível das coimas às necessidades dessa política.

228 Daí decorre que, como já foi decidido no n.º 173 do presente acórdão, as empresas implicadas num procedimento administrativo que possa dar lugar a uma coima não podem fundar uma confiança legítima no facto de que a Comissão não ultrapassará o nível das coimas praticado anteriormente, nem num método de cálculo destas últimas.

229 Por conseguinte, as referidas empresas devem contar com a possibilidade de que, a todo o momento, a Comissão pode decidir aumentar o nível do montante das coimas em relação ao aplicado no passado.

230 Isto é válido não só quando a Comissão procede a um aumento do nível do montante das coimas, fixando coimas em decisões individuais, mas também se este aumento for operado pela aplicação, a casos concretos, de regras de conduta que tenham um alcance geral, como é o caso das orientações.

231 Daí deve concluir-se que, à luz, designadamente, da jurisprudência referida no n.º 219 do presente acórdão, as orientações e, em especial, o novo método de cálculo

das coimas que as mesmas comportam, admitindo que tenha tido um efeito agravante quanto ao nível das coimas infligidas, eram razoavelmente previsíveis para empresas como as recorrentes, à época em que foram cometidas as infracções em causa.

232 Assim, na decisão controvertida, ao aplicar as orientações a infracções cometidas antes da adopção dessas orientações, a Comissão não violou o princípio da não retroactividade.

233 À luz do que antecede, há que rejeitar todos os fundamentos examinados.

2. Quanto aos fundamentos relativos à legalidade do método de cálculo do montante das coimas, conforme consagrado nas orientações ou aplicado na decisão controvertida

234 Através dos respectivos fundamentos, a Dansk Rørindustri (primeiro fundamento), o grupo Henss/Isoplus (primeiro e terceiro fundamentos), a KE KELIT (primeiro e segundo fundamentos), a LR A/S (primeiro e terceiro fundamentos), a Brugg (quarto fundamento), a LR GmbH (segundo fundamento) e a ABB (terceiro fundamento) censuram ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter julgado improcedentes os seus fundamentos destinados a demonstrar que determinados aspectos do método de cálculo do montante da coima, consagrado nas orientações ou conforme aplicado na decisão controvertida, são contrários ao artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e a determinados princípios gerais, em especial, os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, ou até aos direitos de defesa.

235 A este propósito, o grupo Henss/Isoplus e a LR GmbH, a título principal, e a LR A/S, a título subsidiário, contestam a legalidade das orientações, pelo facto de a ilegalidade do método de cálculo seguido no caso vertente ser inerente a essas orientações.

236 A admissibilidade da excepção de ilegalidade suscitada para o efeito pelos referidos recorrentes e admitida pelo Tribunal de Primeira Instância não pode ser contestada.

237 À luz dos efeitos jurídicos que podem produzir regras de conduta como as orientações e quando estas comportem disposições de alcance geral em relação às quais é indiscutível que foram aplicadas pela Comissão na decisão controvertida, tal como foi observado nos n.ºs 209 a 214 do presente acórdão, há que concluir, com efeito, que existe um nexo directo entre essa decisão e as orientações.

a) Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, quando da determinação, na decisão controvertida, do montante das coimas segundo o método de cálculo previsto nas orientações

238 A Dansk Rørindustri, o grupo Henss/Isoplus, a LR A/S, a LR GmbH e a ABB sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao declarar que o método de cálculo do montante das coimas, tal como aplicado na decisão controvertida, não viola o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

239 O grupo Henss/Isoplus, a LR A/S e a LR GmbH inferem daí que a Comissão não era competente para adoptar as orientações.

240 A título preliminar, importa recordar, em primeiro lugar, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para a determinação dos montantes das coimas, há que atender à duração e a todos os elementos susceptíveis de entrar na apreciação da gravidade das infracções (v. acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão, já referido, n.º 129).

241 A gravidade das infracções deve ser estabelecida em função de um grande número de elementos, como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem que tenha sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração (v., designadamente, acórdão *Limburgse Vinyl Maatschappij* e o./Comissão, já referido, n.º 465).

242 Entre os elementos que podem entrar na apreciação da gravidade das infracções figuram o comportamento de cada uma das empresas, o papel desempenhado por cada uma delas na determinação das práticas concertadas, o benefício que puderam retirar dessas práticas, a sua dimensão e o valor das mercadorias em causa, bem como o risco que infracções deste tipo representam para os objectivos da Comunidade (v. acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão, já referido, n.º 129).

243 Daí resulta, por um lado, que é permitido, com vista à determinação da coima, atender quer ao volume de negócios global da empresa, que constitui uma indicação, ainda que aproximativa e imperfeita, da dimensão desta e do seu poder económico,

quer à parte desse volume que provém das mercadorias objecto da infracção e que, portanto, pode dar uma indicação da amplitude desta. Daí resulta, por outro lado, que não se pode atribuir nem a um nem a outro desses volumes uma importância desproporcionada relativamente aos outros elementos de apreciação e, por conseguinte, que a fixação de uma coima adequada não pode ser o resultado de um simples cálculo baseado no volume de negócios global. É particularmente assim quando as mercadorias em causa representam apenas uma pequena fracção desse volume (v. acórdãos *Musique Diffusion française e o./Comissão*, já referido, n.º 121, e de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão*, 322/81, *Recueil*, p. 3461, n.º 111).

244 Em segundo lugar, há que recordar que, no âmbito do presente recurso, a fiscalização do Tribunal de Justiça tem por objecto, por um lado, examinar em que medida o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração, de modo juridicamente correcto, todos os factores essenciais para apreciar a gravidade de um determinado comportamento à luz dos artigos 85.º do Tratado e 15.º do Regulamento n.º 17 e, por outro, verificar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu de modo juridicamente satisfatório a todos os argumentos invocados pela recorrente, tendentes à supressão ou à redução da coima (v., designadamente, acórdãos *Baustahlgewebe/Comissão*, já referido, n.º 128, e de 29 de Abril de 2004, *British Sugar/Comissão*, C-359/01 P, *Colect.*, p. I-4933, n.º 47).

245 Pelo contrário, quanto ao alegado carácter desproporcionado da coima, há que recordar que não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, por motivos de equidade, substituir pela sua própria apreciação a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas, devido à violação, por estas, do direito comunitário (v., designadamente, acórdãos, já referidos, *Baustahlgewebe/Comissão*, n.º 129, e *British Sugar/Comissão*, n.º 48).

246 Daí resulta que este fundamento deve ser julgado inadmissível, na medida em que tem por objecto um reexame global das coimas (v. acórdãos, já referidos, *Baustahlgewebe/Comissão*, n.º 129, e *British Sugar/Comissão*, n.º 49).

247 A *Dansk Rørindustri*, o grupo *Henss/Isoplus*, a *LR A/S*, a *LR GmbH* e a *ABB* sustentam, em primeiro lugar, que o método de cálculo, tal como é aplicado no caso concreto, uma vez que consiste em tomar como ponto de partida os montantes de base definidos nas orientações que não são determinados em função do volume de negócios pertinente, é contrário ao artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça.

248 Trata-se de um método de cálculo automático que não tem em conta, ou se o faz é de modo insuficiente, o volume de negócios pertinente e a exigência de uma modulação individual das coimas para cada empresa em causa.

249 O grupo *Henss/Isoplus*, a *LR A/S* e a *LR GmbH* sustentam através desse fundamento que, ao adoptar esse método de cálculo nas orientações, a Comissão ultrapassou os limites do seu poder discricionário atribuído pelo Regulamento n.º 17, pelo que as referidas orientações são ilegais por incompetência desta instituição.

250 Ora, resulta da análise aprofundada do conteúdo das orientações, conforme efectuada, designadamente, nos n.ºs 223 a 232 do acórdão recorrido *LR AF 1998/Comissão*, que, conforme enuncia aliás o ponto 1, primeiro parágrafo, destas, o montante de base para o cálculo das coimas é determinado em função da gravidade

e da duração da infracção, únicos critérios acolhidos no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e, portanto, em conformidade com o quadro jurídico das sanções, como definidas nessa disposição.

251 Como resulta designadamente dos n.ºs 225 a 230 do referido acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância baseou essa conclusão na seguinte análise das orientações:

«225 Segundo as orientações, a Comissão toma como ponto de partida, no cálculo das coimas, um montante determinado em função da gravidade da infracção [...]. A avaliação da gravidade da infracção deve ter em consideração o carácter da própria infracção, o seu impacto concreto no mercado quando este for quantificável e a dimensão do mercado geográfico de referência (ponto 1, A, primeiro parágrafo). Neste âmbito, as infracções são classificadas em três categorias, isto é, as 'infracções pouco graves', para as quais o montante das coimas considerado está compreendido entre 1 000 ecus e 1 milhão de ecus, as 'infracções graves', para as quais o montante das coimas considerado pode variar entre 1 milhão de ecus e 20 milhões de ecus, e as 'infracções muito graves', para as quais o montante das coimas considerado ultrapassa os 20 milhões de ecus (ponto 1, A, segundo parágrafo, primeiro a terceiro travessões). No interior de cada uma destas categorias, e nomeadamente no âmbito das categorias denominadas graves e muito graves, a escala das sanções previstas permite diferenciar o tratamento a aplicar às empresas em função da natureza das infracções cometidas (ponto 1, A, terceiro parágrafo). É, por outro lado, necessário tomar em consideração a capacidade económica efectiva dos autores da infracção de causarem um prejuízo importante aos outros operadores, nomeadamente aos consumidores, e determinar um montante que assegure que a coima apresenta um carácter suficientemente dissuasivo (ponto 1, A, quarto parágrafo).

226 Em seguida, pode igualmente considerar-se o facto de as empresas de grandes dimensões disporem geralmente dos conhecimentos e das infra-

-estruturas jurídico-económicas que lhes permitem melhor apreciar o carácter de infracção do seu comportamento e respectivas consequências do ponto de vista do direito da concorrência (ponto 1, A, quinto parágrafo).

227 No interior de cada uma das categorias acima referidas, pode ser conveniente ponderar, em certos casos, os montantes determinados a fim de ter em conta o peso específico e, portanto, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa na concorrência, nomeadamente se existir uma disparidade considerável em termos de dimensão das empresas que cometeram uma infracção da mesma natureza, e adaptar, por conseguinte, o ponto de partida geral segundo o carácter específico de cada empresa [...] (ponto 1, A, sexto parágrafo).

228 Quanto ao factor relativo à duração da infracção, as orientações estabelecem uma distinção entre as infracções de curta duração (em geral, inferiores a um ano), para as quais o montante considerado em relação à gravidade não deve ser aumentado, as infracções de média duração (em geral, de um a cinco anos), em relação às quais esse montante pode ser aumentado até 50%, e as infracções de longa duração (em geral, mais de cinco anos), em relação às quais esse montante pode ser aumentado em cada ano em 10% (ponto 1, B, primeiro parágrafo, primeiro a terceiro travessões).

229 Em seguida, as orientações citam, a título de exemplo, uma lista de circunstâncias agravantes e atenuantes que podem ser tomadas em consideração para aumentar ou diminuir o montante de base, referindo-se a seguir à comunicação [sobre a cooperação].

230 Como nota geral, indica-se que o resultado final do cálculo da coima, segundo este método (montante de base corrigido por percentagens de majoração e de diminuição), nunca poderá ultrapassar 10% do volume de negócios mundial das empresas, nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 [ponto 5, alínea a)]. Além disso, as orientações prevêm que é conveniente, segundo as circunstâncias, após ter efectuado os cálculos acima referidos, tomar em consideração certos dados objectivos, tais como o contexto económico específico, a vantagem económica ou financeira eventualmente obtida pelos autores da infracção, as características específicas das empresas em causa, bem como a sua capacidade contributiva real num contexto social determinado, para adaptar, *in fine*, o montante das coimas previsto [ponto 5, alínea b)].»

252 O Tribunal pôde daí inferir, sem cometer um erro de direito, que a Comissão, ao anunciar nas suas orientações o método que tencionava utilizar no cálculo das coimas aplicadas nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, se manteve dentro do quadro legal imposto por essa disposição e não ultrapassou de modo algum o poder discricionário que lhe foi atribuído pelo legislador, como é referido no n.º 432 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão e no n.º 277 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão.

253 Foi portanto correctamente que, quanto a este ponto, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou as excepções de ilegalidade suscitadas contra as orientações e relativas à incompetência da Comissão para as adoptar.

254 Esta conclusão não é posta em causa pela primeira acusação formulada pelas recorrentes, isto é, que, ao expor nas suas orientações um método de cálculo do montante das coimas que não se baseia no volume de negócios das empresas em causa, a Comissão se afastou da interpretação jurisprudencial do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

255 Como declarou o Tribunal de Primeira Instância, designadamente no n.º 442 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão e no n.º 278 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, a Comissão não é obrigada, quando determina o montante das coimas em função da gravidade e da duração da infracção em questão, a efectuar o cálculo da coima a partir de montantes baseados no volume de negócios das empresas envolvidas.

256 Como expôs o Tribunal de Primeira Instância, designadamente nos n.ºs 443 e 444 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, bem como nos n.ºs 280 e 281 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, esta conclusão assenta claramente nos princípios que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça recordada nos n.ºs 240 a 243 do presente acórdão, decorrem do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

257 Resulta com efeito desses princípios que, sob reserva do respeito do limite superior previsto nesta disposição e que se reporta ao volume de negócios global (v. acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*, já referido, n.º 119), é permitido à Comissão ter em conta o volume de negócios da empresa em causa, a fim de apreciar a gravidade da infracção quando da determinação do montante da coima, mas não deve ser atribuída uma importância desproporcionada a esse volume em relação aos outros elementos de apreciação.

258 Importa a este propósito acrescentar, como o Tribunal de Primeira Instância também observou com justeza, designadamente, no n.º 447 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão e no n.º 283 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, que, embora as orientações não prevejam que o montante das coimas seja calculado em função do volume de negócios global ou do volume de negócios pertinente, elas não se opõem a que esses volumes de negócios sejam tomados em consideração na determinação do montante da coima, a fim de respeitar os princípios gerais do direito comunitário e quando as circunstâncias o exigiam.

259 A este propósito, o Tribunal de Primeira Instância declarou, designadamente nos n.ºs 284 e 285 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão:

«284 Com efeito, afigura-se que, na aplicação das orientações, o volume de negócios das empresas envolvidas pode entrar em linha de conta para efeitos da tomada em consideração da capacidade económica efectiva dos autores da infracção em causarem um prejuízo importante aos outros operadores e da necessidade de assegurar à coima um carácter suficientemente dissuasivo ou para efeitos da tomada em consideração do facto de as empresas de grandes dimensões disporem geralmente de infra-estruturas jurídico-económicas suficientes que lhes permitem melhor apreciar o carácter de infracção do seu comportamento e as respectivas consequências do ponto de vista do direito da concorrência (v. n.º 226, *supra*). O volume de negócios das empresas em causa pode igualmente entrar em linha de conta para efeitos da determinação do peso específico e, portanto, do impacto real do comportamento ilícito de cada empresa na concorrência, nomeadamente, se existir uma disparidade considerável em termos de dimensão das empresas que cometeram uma infracção da mesma natureza (v. n.º 227, *supra*). Do mesmo modo, o volume de negócios das empresas pode dar uma indicação da vantagem económica ou financeira eventualmente obtida pelos autores da infracção ou de outras características específicas destes que é conveniente, consoante as circunstâncias, tomar em consideração (v. n.º 230, *supra*).

285 Além disso, as orientações dispõem que o princípio da igualdade da sanção para um mesmo comportamento pode implicar, quando as circunstâncias o exigirem, a aplicação de montantes diferenciados às empresas em causa, sem que esta diferenciação se baseie num cálculo aritmético (ponto 1, A, sétimo parágrafo).»

260 Pelo contrário, o método de cálculo preconizado nas orientações, uma vez que, quando da apreciação da gravidade da infracção, prevê a tomada em consideração de

um grande número de elementos para fixar o montante da coima, entre os quais figuram, designadamente, os lucros proporcionados pela infracção ou a necessidade de assegurar o efeito dissuasivo das coimas, parece corresponder melhor aos princípios prescritos no Regulamento n.º 17, como interpretados pelo Tribunal de Justiça, designadamente, no acórdão *Musique Diffusion française e o./Comissão*, já referido, do que a alegada prática anterior da Comissão invocada pelos recorrentes, na qual o volume de negócios pertinente desempenhou um papel preponderante e relativamente automático.

261 Os recorrentes não podem, portanto, defender que o método de cálculo das orientações, porquanto consiste em tomar como ponto de partida montantes de base que não são determinados em função do volume de negócios pertinente, é contrário ao artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, como interpretado pelo Tribunal de Justiça.

262 Como observou o advogado-geral no n.º 73 das suas conclusões, a própria decisão controvertida demonstra, além disso, que o método das orientações permite tomar em consideração o volume de negócios, uma vez que, nesta decisão, a Comissão dividiu os recorrentes em quatro grupos, em função da sua dimensão e, por conseguinte, diferenciou substancialmente os montantes de base.

263 A este propósito, o Tribunal de Primeira Instância observou nos n.ºs 295 a 297 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão:

«295 Em seguida, há que observar que a Comissão, a fim de ter em consideração a disparidade na dimensão das empresas que participaram na infracção,

dividiu as empresas em quatro categorias segundo a sua importância no mercado da Comunidade, com os ajustamentos adequados para ter em conta a necessidade de garantir uma dissuasão efectiva ([ponto] 166, segundo a quarto parágrafos, [dos fundamentos] da decisão). Resulta dos [pontos] 168 a 183 [dos mesmos fundamentos] que foram aplicadas às quatro categorias, por ordem de importância, para o cálculo das coimas, pontos de partida específicos de 20 milhões, 10 milhões, 5 milhões e 1 milhão de ecus.

296 No que diz respeito à determinação dos pontos de partida para cada uma das categorias, a Comissão explicou, após uma questão colocada pelo Tribunal, que esses montantes reflectem a importância de cada empresa no sector das condutas com revestimento térmico, tendo em conta a sua dimensão e o seu peso económico em relação à ABB e no contexto do cartel. Para esse efeito, a Comissão teve em conta não apenas os respectivos volumes de negócios no mercado em causa mas também a importância relativa que os membros do cartel atribuíam a cada um deles, como resulta das quotas acordadas no cartel, que figuram no anexo 60 da comunicação de acusações, e os resultados obtidos e previstos em 1995, que figuram nos anexos 169 a 171 da comunicação de acusações.

297 Além disso, a Comissão aumentou ainda mais o ponto de partida para o cálculo da coima a aplicar à ABB, até 50 milhões de ecus, para ter em conta a sua posição como um dos principais conglomerados industriais europeus ([ponto] 168 [dos fundamentos] da decisão).»

264 Há que concluir que, embora as orientações prevejam um montante de base concebível que ultrapassa 20 milhões de EUR para infracções muito graves, como a

do caso vertente, esse montante foi significativamente ajustado, na decisão controvertida, para todas as empresas em causa, segundo a diligência da Comissão recordada pelo Tribunal de Primeira Instância, como referido no número anterior do presente acórdão.

265 Com efeito, na decisão controvertida, o ponto de partida foi fixado em 10 milhões de EUR para a LR A/S, empresa da segunda categoria, em 5 milhões de EUR para a Dansk Rørindustri, o grupo Henss/Isoplus e a LR GmbH, empresas da terceira categoria, e em 1 milhão de EUR para a Brugg, empresa da quarta categoria. No que respeita à ABB, foi fixado um ponto de partida específico em 50 milhões de EUR.

266 Decorre da análise do conteúdo das orientações feita pelo Tribunal de Primeira Instância, tal como referido no n.º 251 do presente acórdão, que, contrariamente ao sustentado pelas recorrentes, não se trata de um método de cálculo aritmético que não permite uma modulação individual das coimas para cada empresa envolvida em função da gravidade relativa da sua participação na infração.

267 Como notou o advogado-geral no n.º 75 das suas conclusões, essa análise demonstra, pelo contrário, que as orientações contêm diferentes elementos de flexibilidade que permitem à Comissão exercer o seu poder discricionário em conformidade com o disposto no artigo 15.º do Regulamento n.º 17, como interpretado pelo Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência foi recordada, a este propósito, nos n.ºs 240 a 243 do presente acórdão.

- 268 Como foi declarado no n.º 264 do presente acórdão, o método das orientações conforme aplicado na decisão controvertida comporta, aliás, ajustamentos significativos do montante das coimas em função das particularidades de cada operador, designadamente no que respeita aos montantes de base.
- 269 Na medida em que os fundamentos das recorrentes devem ser entendidos como críticas ao Tribunal de Primeira Instância por este não ter censurado a decisão controvertida pela insuficiente tomada em consideração do seu volume de negócios pertinente, há que os rejeitar.
- 270 Com efeito, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da qual decorre que o volume de negócios é apenas um dos factores que a Comissão pode tomar em consideração aquando do cálculo do montante das coimas, como foi indicado no n.º 243 do presente acórdão, e dado que é pacífico que, na decisão controvertida, o referido volume de negócios foi de facto tomado em consideração, há que concluir que os acórdãos recorridos não revelam um erro de direito sobre este ponto.
- 271 Na medida em que, com esses fundamentos, os recorrentes pretendem censurar ao Tribunal de Primeira Instância determinados erros relativos ao apuramento ou à apreciação dos factos, basta indicar que não ficou provada qualquer desvirtuação dos factos e que nenhuma inexactidão material daquilo que foi apurado pelo Tribunal de Primeira Instância resulta dos documentos juntos aos autos.
- 272 A Dansk Rørindustri, o grupo Henss/Isoplus, a LR A/S e a LR GmbH alegam em seguida que, uma vez que os montantes de base não são determinados em função do volume de negócios pertinente de cada empresa, mas em montantes absolutos que

se revelam particularmente elevados no que respeita às pequenas e médias empresas, o limite de 10% do volume de negócios global, previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, foi já ultrapassado nesta fase inicial do cálculo para as empresas da dimensão delas, pelo que, definitivamente, nessa situação, o montante final da coima aplicada é calculado de maneira aritmética com base unicamente no volume de negócios global.

273 Isto tem como resultado que, nesta hipótese, os ajustamentos em função da duração da infracção ou em razão de eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes, quando sejam feitos sobre um montante que se situa além do nível do limite de 10% do volume de negócios global, não se podem repercutir no montante final da coima e, portanto, não são tomados em consideração ou apenas o são de modo abstracto ou teórico.

274 Ora, o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 exige que estes elementos sejam efectivamente tidos em conta quando do cálculo da coima e se repercutam de modo concreto no montante final desta.

275 O grupo Henss/Isoplus, a LR A/S e a LR GmbH sustentam, por fim, com este fundamento, que, ao adoptar tal método de cálculo nas orientações, a Comissão ultrapassou os limites do seu poder discricionário baseado no Regulamento n.º 17, pelo que as orientações são ilegais em razão de incompetência da referida instituição.

- 276 A este propósito, importa constatar que o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância, designadamente nos n.ºs 287 a 290 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, que levou à rejeição dessa argumentação, não está ferido de qualquer erro de direito.
- 277 Com efeito, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância julgou, no essencial, que o limite superior do montante da coima, previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, deve ser entendido no sentido de que o montante da coima finalmente aplicada a uma empresa não pode ultrapassar esse limite e que as orientações vão no mesmo sentido, como resulta do ponto 5, alínea a), destas últimas.
- 278 Como o Tribunal de Primeira Instância decidiu com justeza, o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 não proíbe, pois, à Comissão referir-se, para o seu cálculo, a um montante intermédio que ultrapasse esse mesmo limite. Também não se opõe a que operações de cálculo intermédias que têm em consideração a gravidade e a duração da infracção sejam efectuadas sobre um montante superior ao referido limite.
- 279 Se se verificar que, no termo do cálculo, o montante final da coima deve ser reduzido até ao montante que ultrapassa o referido limite superior, o facto de determinados factores como a gravidade e a duração da infracção não se repercutirem de modo efectivo no montante da coima aplicada é uma mera consequência da aplicação deste limite superior ao referido montante final.
- 280 Como sustentou a Comissão, o referido limite superior destina-se a evitar que se apliquem coimas cujo pagamento se prevê que as empresas, atendendo à sua

dimensão, determinada pelo volume de negócios global, ainda que de modo aproximativo e imperfeito, não estarão em condições de satisfazer (v., neste sentido, acórdão *Musique Diffusion française e o./ Comissão*, já referido, n.^{os} 119 e 121).

281 Trata-se, pois, de um limite, uniformemente aplicável a todas as empresas e articulado em função da dimensão de cada uma, visando evitar coimas de um nível excessivo e desproporcionado.

282 Este limite superior tem assim um objectivo distinto e autónomo relativamente ao dos critérios de gravidade e de duração da infracção.

283 Tem como única consequência possível o facto de o montante da coima calculado com base nestes critérios ser reduzido até ao nível máximo autorizado. A sua aplicação implica que a empresa em causa não pague a coima que, em princípio, seria devida segundo uma apreciação baseada nos referidos critérios.

284 Isto é tanto mais assim se, como no caso concreto, para a *Dansk Rørindustri*, o grupo *Henss/Isoplus*, a *LR A/S* e a *LR GmbH*, os ajustamentos em causa forem de molde a aumentar mais o montante da coima.

- 285 Com efeito, há que constatar que, para esses recorrentes, nenhuma circunstância atenuante foi acolhida pela Comissão e que o montante de base só pode ser ajustado para cima em razão dos factores considerados pela Comissão, isto é, devido à duração da infracção e a determinadas circunstâncias agravantes.
- 286 Daí resulta que a aplicação do limite superior teve por efeito que os referidos recorrentes não sofreram acréscimos que seriam devidos, em princípio, em razão dos referidos factores agravantes.
- 287 Contrariamente ao que a Dansk Rørindustri e a LR A/S sustentaram, a aplicação do limite superior, previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, não implica, portanto, que o montante da coima tenha sido calculado tendo unicamente como base o volume de negócios global da empresa.
- 288 A circunstância de o montante final da coima ser igual ao referido limite superior não significa que tenha sido calculado tendo como único fundamento este limite, mas que o referido montante, que deveria ser fixado, em princípio, atendendo à gravidade e à duração da infracção, foi reduzido até ao nível do referido limite.
- 289 A LR A/S não pode, portanto, censurar ao Tribunal de Primeira Instância o facto de se ter contradito ao declarar, por um lado, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a apreciação da gravidade da infracção quando da determinação do montante da coima não pode resultar de um único factor e, por outro, que, na decisão controvertida, os montantes das coimas puderam ser fixados ao nível do referido limite superior.

290 O grupo Henss/Isoplus sustenta, referindo-se ao ponto 2, quinto travessão, das orientações, que estas introduziram uma nova circunstância agravante, relativa aos ganhos ilícitos que a empresa pôde realizar graças à infracção.

291 A referida circunstância não está abrangida pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Além disso, existe o risco de o lucro da empresa ser duplamente tomado em consideração, uma vez que já é considerado na determinação da gravidade da infracção. As orientações são, portanto, sobre este ponto, ilegais devido à incompetência da Comissão para as adoptar.

292 Ora, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância considerou, nos n.ºs 454 a 456 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o lucro que as empresas puderam extrair das suas práticas faz parte dos elementos que podem entrar na apreciação da gravidade da infracção e que a tomada em consideração desse elemento visa assegurar o carácter dissuasivo da coima (v. acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão, já referido, n.º 129).

293 Trata-se, portanto, claramente de um elemento que pode ser tomado em consideração, em conformidade com o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, independentemente da sua menção explícita nas orientações.

294 Estas últimas prevêem que há que ter em conta, enquanto circunstância agravante, a necessidade de aumentar a sanção a fim de ultrapassar os ganhos ilícitos realizados

graças à infracção, quando essa estimativa é objectivamente possível. Como sustentou a Comissão, daí decorre que essa circunstância agravante visa aumentar o montante de base se uma estimativa objectiva de tais ganhos ilícitos permitir concluir que o nível do montante de base é insuficiente para neutralizar o lucro que uma empresa obtém com a infracção.

295 Nestas condições, as orientações não comportam o risco inerente de que o lucro seja tomado em consideração duas vezes.

296 Daí resulta que os fundamentos suscitados devem ser rejeitados.

b) Quanto aos fundamentos relativos à violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, quando da determinação, na decisão controvertida, do montante das coimas segundo o método de cálculo previsto nas orientações

297 A Dansk Rørindustri, o grupo Henss/Isoplus, a KE KELIT, a LR A/S, a Brugg e a LR GmbH censuram ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter julgado improcedentes os seus fundamentos relativos à violação dos princípios da proporcionalidade e, eventualmente, da igualdade de tratamento, quando da determinação, na decisão controvertida, do montante das coimas segundo o método de cálculo previsto nas orientações.

298 No essencial, as referidas recorrentes sustentam que, segundo o método previsto nas orientações, os montantes de base não são determinados em função do volume de

negócios pertinente, mas em termos de montantes fixos estabelecidos a níveis particularmente elevados para empresas da sua dimensão, isto é, as pequenas e médias empresas, denominadas, na decisão controvertida, empresas da segunda e da terceira categoria.

299 Daí resulta que, no que se refere a essas empresas, o limite superior de 10% do volume de negócios global previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 já foi largamente ultrapassado nessa fase inicial do cálculo, pelo que, abstraindo de uma eventual redução devida à comunicação sobre a cooperação, as coimas que lhes foram aplicadas são efectivamente fixadas ao nível do referido limite superior e correspondem, portanto, ao montante máximo da coima.

300 Este nível do montante das coimas aplicadas às recorrentes em questão comporta uma desigualdade de tratamento e uma violação do princípio da proporcionalidade que são particularmente manifestas se for comparado com o nível do montante da coima aplicada à ABB, única empresa multinacional activa no sector do aquecimento urbano e líder incontestado do cartel, uma vez que este último montante representa apenas uma diminuta percentagem do volume de negócios global da ABB antes da redução devida à comunicação sobre a cooperação, isto é, 0,36%.

301 Importa desde já rejeitar como inadmissível o fundamento suscitado pela LR A/S, que visa demonstrar a violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, violação essa que decorre do facto de ter sido aplicado a esta

recorrente o montante máximo da coima, apesar das circunstâncias atenuantes seguintes, que ela considera incontestadas:

- não é líder do cartel;
- sofreu uma pressão considerável por parte da ABB, empresa bem mais poderosa do que ela. A infracção imputada à LR A/S é, além disso, bem menos grave do que a imputada à ABB;
- a LR A/S, tendo realizado apenas 36,8% do seu volume de negócios no mercado do produto pertinente, não é uma empresa especializada num único produto;
- o cartel foi inicialmente limitado à Dinamarca e apenas adquiriu dimensão comunitária durante um período relativamente curto;
- não se provou o lucro que a LR A/S obteve com as infracções;
- existem outras circunstâncias atenuantes.

302 Este fundamento, assim formulado, tem por objecto um reexame geral da coima aplicada à LR A/S e, nessa medida, segundo jurisprudência recordada nos n.ºs 245 e 246 do presente acórdão, é inadmissível em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

303 Importa igualmente recordar que, no âmbito do presente recurso, a fiscalização do Tribunal de Justiça tem por objecto, por um lado, examinar em que medida o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração, de modo juridicamente correcto, todos os factores essenciais para apreciar a gravidade de um comportamento determinado, à luz dos artigos 85.º do Tratado e 15.º do Regulamento n.º 17 e, por outro lado, verificar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu de modo juridicamente satisfatório a todos os argumentos invocados pela recorrente no sentido da supressão ou da redução da coima, como foi já indicado no n.º 244 do presente acórdão.

304 Ora, nos n.ºs 198 a 210 do acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão, nos n.ºs 292 a 301 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão e nos n.ºs 299 a 305 do acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância pôde declarar, sem cometer erro que possa ser censurado em sede de recurso de uma decisão de primeira instância, que não se pode considerar que o nível do montante da coima aplicado às recorrentes que fazem parte da segunda e da terceira categoria comporta uma desigualdade de tratamento atendendo designadamente ao nível do montante da coima aplicada à ABB.

305 O Tribunal de Primeira Instância chegou a esta conclusão após um exame minucioso do método de cálculo do montante das coimas conforme seguido na decisão controvertida.

306 A este propósito, o Tribunal de Primeira Instância observou que os montantes das coimas foram estabelecidos com fundamento em montantes de base determinados,

eles próprios, a partir do montante previsível de 20 milhões de EUR indicado nas orientações para as infracções muito graves e ao qual foram depois feitos ajustamentos para todas as empresas em causa, em função, designadamente, da respectiva dimensão e da gravidade relativa da sua participação na infracção.

307 Assim, o montante de base foi fixado em 5 milhões de EUR para a Dansk Rørindustri, a LR A/S e a LR GmbH. O Tribunal de Primeira Instância realçou que o montante de base considerado para a ABB ascendeu a 50 milhões de EUR, a fim de ter em conta a posição desta última como um dos principais grupos europeus no sector em causa.

308 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância observou que o montante de base considerado para a ABB, após ter sido aumentado por causa da duração da infracção, foi ainda acrescido de 50%, atendendo às circunstâncias agravantes, designadamente, a de ter sido líder do cartel.

309 Aliás, verifica-se que as percentagens consideradas a este propósito para a Dansk Rørindustri, a LR A/S e a LR GmbH foram fixadas a níveis consideravelmente inferiores, atentos os papéis respectivos e menos importantes que estas empresas tiveram no cartel, como resulta, designadamente, do n.º 306 do acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão.

310 No n.º 210 do acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão, no n.º 298 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão e no n.º 304 do acórdão recorrido Lögstör

Rør/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância concluiu sem cometer erro de direito que, tendo em conta todos os factores pertinentes tomados em consideração, a diferença entre o ponto de partida fixado para a Dansk Rørindustri, a LR A/S e a LR GmbH, por um lado, e o ponto de partida fixado para a ABB, por outro, está objectivamente justificada.

311 A justeza desta conclusão é, aliás, reforçada pelas múltiplas ponderações que a decisão controvertida comporta relativamente à duração da infracção e às circunstâncias agravantes e que são fortemente diferenciadas em função da gravidade da participação de cada empresa envolvida na infracção em causa.

312 Como declarou correctamente o Tribunal de Primeira Instância, designadamente, no n.º 442 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão e no n.º 278 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, decorre dos princípios lembrados nos n.ºs 240 a 243 do presente acórdão que a Comissão não é obrigada, ao proceder à determinação do montante das coimas em função da gravidade e da duração da infracção em questão, a assegurar, no caso de serem impostas coimas a várias empresas implicadas numa mesma infracção, que os montantes finais das coimas a que o seu cálculo conduziu relativamente às empresas envolvidas traduzam qualquer diferenciação entre elas quanto ao seu volume de negócios global ou quanto ao seu volume de negócios pertinente.

313 Foi, portanto, com justeza que o Tribunal de Primeira Instância julgou improcedente a excepção de ilegalidade suscitada pelo grupo Henss/Isoplus, na medida em que esta se baseia na ilegalidade das orientações em razão da violação do princípio da igualdade de tratamento, devido ao facto de o método de cálculo que as orientações comportam não se basear no volume de negócios das empresas em questão.

- 314 O fundamento suscitado quanto a este ponto pelo grupo Henss/Isoplus não pode, pois, ser acolhido.
- 315 Foi também correctamente que o Tribunal de Primeira Instância inferiu dos princípios recordados nos n.ºs 240 a 243 do presente acórdão que não pode ser censurado à Comissão o facto de ter imposto um ponto de partida que conduziu a um montante final de coima superior, em percentagem do volume de negócios global, ao da coima aplicada à ABB.
- 316 É aliás essencialmente com base no mesmo raciocínio que o que foi resumido nos n.ºs 306 a 310 do presente acórdão que o Tribunal de Primeira Instância, nos n.ºs 303 e 304 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, rejeitou o argumento segundo o qual a Comissão não teve suficientemente em conta o volume de negócios pertinente da LR A/S, o que levou a aplicar a esta sociedade uma coima discriminatória relativamente às aplicadas às empresas da terceira categoria.
- 317 O fundamento suscitado sobre este ponto pela LR A/S, na parte em que é admissível, não pode, portanto, proceder.
- 318 O fundamento relativo a uma alegada discriminação no que respeita às empresas da quarta categoria e suscitado pela referida recorrente não é admissível no âmbito do presente recurso, uma vez que resulta da petição desta sociedade apresentada no Tribunal de Primeira Instância que esse fundamento não foi aí suscitado.

319 Com base no mesmo raciocínio desenvolvido nos n.ºs 306 a 310 do presente acórdão, o Tribunal de Primeira Instância pôde igualmente afirmar, sem cometer qualquer erro de direito, que as coimas assim aplicadas não são desproporcionadas.

320 Uma vez que, na sua apreciação do carácter proporcionado do montante das coimas, o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração, de modo juridicamente correcto, todos os factores essenciais para apreciar a gravidade de um determinado comportamento à luz dos artigos 85.º do Tratado e 15.º do Regulamento n.º 17 e que, por outro lado, não está demonstrado que o Tribunal de Primeira Instância não respondeu de modo juridicamente suficiente a todos os argumentos invocados pelas recorrentes no sentido da supressão ou da redução da coima, os argumentos adiantados por estas visando demonstrar que um ou outro factor foi tomado em consideração de modo insuficiente pelo Tribunal de Primeira Instância são inadmissíveis no âmbito de um recurso de uma decisão de primeira instância.

321 A Dansk Rørindustri e a LR GmbH censuram o Tribunal de Primeira Instância por este não ter criticado a decisão controvertida pelo facto de a aplicação do limite superior previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 ao montante final da coima ter resultado, para determinadas empresas entre as quais as recorrentes, em ajustamentos no montante de base, favoráveis a estas empresas em termos absolutos ou relativos, que não se repercutiram nesse montante final, uma vez que se processaram sobre um montante que ultrapassou o limite superior, quando, para outras empresas implicadas no mesmo cartel, esses ajustamentos se reflectiram efectivamente no montante final da coima que lhes foi aplicada. Este resultado é contrário ao princípio da igualdade de tratamento.

322 A este propósito, a LR GmbH critica o facto de a duração relativamente menor da infracção que lhe foi imputada, em comparação com a de outras empresas como a ABB, não se ter repercutido no montante final da sua coima, quando, para outras

empresas como a Brugg e a KE KELIT, foi isso que aconteceu, pelo que o montante final das suas coimas não teve de ser reduzido ao nível do limite superior previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. A Dansk Rørindustri critica, em especial, o Tribunal de Primeira Instância por a redução da duração da infracção considerada não se ter reflectido no montante final da sua coima.

323 Ora, como decorre dos n.ºs 278 a 283 do presente acórdão, tal resultado não pode ser criticado à luz do princípio da igualdade de tratamento, pois ele é a simples consequência da aplicação do referido limite superior ao montante final da coima, uma vez que, para essas recorrentes, o limite superior em causa foi ultrapassado.

324 Há que apreciar, além disso, três acusações específicas relativas à violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

325 Antes de mais, no âmbito do seu primeiro fundamento, a LR A/S critica o Tribunal de Primeira Instância por, no n.º 308 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, ter julgado improcedente o seu argumento segundo o qual a coima é desproporcionada, na medida em que a Comissão não teve em conta a capacidade desta recorrente para pagar a coima e fixou assim o seu montante num nível que ameaça a sua sobrevivência.

326 Ora, este fundamento não pode ser acolhido.

327 Com efeito, é correctamente que, no referido número, o Tribunal de Primeira Instância declarou que a Comissão não é obrigada, ao proceder à determinação do montante da coima, a ter em conta a situação financeira deficitária de uma empresa, dado que o reconhecimento de tal obrigação implicaria dar uma vantagem concorrencial injustificada às empresas menos adaptadas às condições do mercado (v., neste sentido, acórdão de 8 de Novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.ºs 54 e 55).

328 Em seguida, no seu segundo fundamento, a KE KELIT critica o Tribunal de Primeira Instância por este ter declarado nos n.ºs 167, 169 e 170 do acórdão recorrido KE KELIT/Comissão que a Comissão não podia ser censurada por ter aumentado 10% a coima que lhe foi aplicada, atendendo à duração da infracção de que é acusada, isto é, de aproximadamente quinze meses, quando, se essa duração tivesse sido de doze meses, não teria sofrido qualquer aumento.

329 Tratando-se de uma infracção de duração média, na acepção do ponto 1, B, primeiro parágrafo, segundo travessão, das orientações — isto é, uma infracção de um a cinco anos, para a qual o aumento máximo pode atingir 50% —, o aumento, devido pelos três meses que ultrapassam o período de um ano para o qual nenhum montante adicional está previsto, tal como resulta do ponto 1, B, primeiro parágrafo, primeiro travessão, das mesmas orientações, deveria ter sido calculado de modo linear para cada mês de ultrapassagem. O aumento devido seria, pois, de 1,042% por mês, 50% repartidos por quarenta e oito meses, ou seja, de 3,126% para os três meses de ultrapassagem.

330 Esta aproximação linear impõe-se por força do princípio da igualdade de tratamento segundo o qual as diferenças, quanto à duração da infracção, entre as empresas que participam no cartel devem ser reflectidas no montante da coima.

331 Além disso, o próprio Tribunal de Primeira Instância procedeu assim nos n.ºs 214 a 216 do acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão, na medida em que reduziu a coima em 1% por mês para os meses em relação aos quais, em seu entender, a infracção não tinha ficado demonstrada.

332 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância violou o princípio da igualdade de tratamento ao não adoptar esta mesma abordagem relativamente à KE KELIT (v., neste sentido, acórdão de 16 de Novembro de 2000, Weig/Comissão, C-280/98 P, Colect., p. I-9757, n.º 63).

333 Este fundamento improcede.

334 Nos n.ºs 167 a 171 do acórdão recorrido KE KELIT/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância declarou, no essencial, que a duração da infracção imputada à KE KELIT não era desproporcionada, uma vez que, na decisão controvertida, a Comissão não se baseou nessa abordagem linear.

335 Resulta dos n.ºs 170 e 178 dos fundamentos da decisão controvertida, para os quais remete o Tribunal de Primeira Instância no n.º 170 do referido acórdão recorrido,

que a Comissão tomou em consideração, para todas as empresas, em primeiro lugar, o facto de os acordos, à partida, serem incompletos e terem um efeito limitado fora do mercado dinamarquês, em segundo lugar, de estes terem sido suspensos entre o final de 1993 e o início de 1994 e, em terceiro lugar, de só terem atingido a sua forma mais acabada com o cartel à escala comunitária constituído em 1994 e 1995.

³³⁶ Atendendo ao amplo poder de apreciação da Comissão quanto à determinação do montante da coima, o Tribunal de Primeira Instância podia deduzir, sem cometer um erro de direito, que o aumento resultante da duração da infracção imputada à KE KELIT não violava o princípio da igualdade de tratamento.

³³⁷ No que respeita ao argumento suscitado pela KE KELIT e extraído do acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão, é certo que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o exercício de uma competência de plena jurisdição não pode implicar, no momento da fixação do montante das coimas, uma discriminação entre as empresas que participaram num acordo contrário ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e que, se o Tribunal de Primeira Instância entender afastar-se especificamente, quanto a uma dessas empresas, do método de cálculo seguido pela Comissão, que não pôs em causa, é necessário que explique isso no acórdão recorrido (v., designadamente, acórdão de 18 de Setembro de 2003, Volkswagen/Comissão, C-338/00 P, Colect., p. I-9189, n.º 146).

³³⁸ Contudo, este princípio não é aplicável ao caso vertente, uma vez que é pacífico que o montante da coima aplicada à KE KELIT não foi determinado pelo Tribunal de Primeira Instância no âmbito do exercício da sua plena jurisdição, mas pela Comissão, na decisão controvertida.

- 339 Além disso, resulta de uma leitura conjugada dos n.ºs 55 e 215 do acórdão recorrido Dansk Rørindustri/Comissão que o Tribunal de Primeira Instância não entendeu afastar-se do método de cálculo seguido pela Comissão, mas, pelo contrário, quis assegurar-se de que os três factores tomados em consideração por esta na apreciação da duração da infracção, indicados no n.º 335 do presente acórdão, se reflectem no período considerado para a Dansk Rørindustri.
- 340 Além disso, não está demonstrado que a situação da KE KELIT seja comparável com a da Dansk Rørindustri, uma vez que se trata, para a primeira empresa, de uma infracção de duração média na acepção do ponto 1, B, das orientações, isto é, de um a cinco anos, ao passo que à segunda empresa é imputada uma infracção de longa duração na acepção dessa mesma disposição, isto é, superior a cinco anos.
- 341 Por fim, com o quarto fundamento, a Brugg critica os n.ºs 149 a 157 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão.
- 342 Em seu entender, uma relação, em si adequada, de cinco para um foi considerada pela Comissão como ponto de partida específico do cálculo da coima, respectivamente, para as empresas da terceira e da quarta categoria.
- 343 Contudo, uma vez que o montante de base adoptado para as empresas da terceira categoria já ultrapassa o limite superior de 10% previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, essa relação foi abandonada devido à redução desse montante para o nível do limite superior.

344 Há, pois, no entender dessa recorrente, que diminuir igualmente o montante de base considerado para as empresas da quarta categoria, a fim de restabelecer, nessa fase do cálculo, a relação de cinco para um.

345 Este fundamento deve ser rejeitado.

346 Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou correctamente este fundamento, enunciado no n.º 155 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/ /Comissão, por entender que não pode ser considerada uma discriminação a circunstância segundo a qual o ponto de partida tido em conta para as empresas da terceira categoria conduziu a montantes que deviam ser reduzidos, a fim de tomar em consideração o limite de 10% do volume de negócios previsto no artigo 15.º do Regulamento n.º 17, quando essa redução não foi necessária para as empresas da quarta categoria. Esta diferença de tratamento é, com efeito, apenas a consequência directa do limite máximo a que estão sujeitas as coimas no referido regulamento, cuja legalidade não foi posta em causa e que só se aplica, manifestamente, nos casos em que o montante da coima considerada tenha ultrapassado 10% do volume de negócios da empresa em causa, como foi mencionado nos n.ºs 278 a 283 do presente acórdão.

347 Resulta do que precede que os fundamentos invocados pelas recorrentes, de violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, devem ser rejeitados na sua totalidade.

c) Quanto aos fundamentos do grupo Henss/Isoplus relativos à violação dos direitos de defesa na apreciação das circunstâncias agravantes

348 Na terceira parte do seu primeiro fundamento, o grupo Henss/Isoplus acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter cometido um erro de direito ao rejeitar, nos n.ºs 474 a 481 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, a exceção de ilegalidade suscitada contra as orientações e, em especial, o n.º 2, segundo travessão, destas que prevê um aumento do montante de base «em função de circunstâncias agravantes [...] como por exemplo [...] [a] recusa de qualquer cooperação, ou [de] tentativas de obstrução durante o desenrolar da investigação».

349 Segundo este recorrente, as orientações comportam, quanto a este aspecto, uma violação dos direitos de defesa e, portanto, devem ser declaradas inaplicáveis em relação a ele, uma vez que esta circunstância agravante se aplica quando uma empresa exerce os seus direitos de defesa, designadamente se se recusa, em conformidade com a jurisprudência, a fornecer informações na aceção do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, porque estas contribuem para a sua própria incriminação.

350 Esta acusação não pode ser acolhida.

351 Com efeito, como o Tribunal de Primeira Instância recordou com razão no n.º 475 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, o comportamento da empresa no decurso do procedimento administrativo pode fazer parte dos elementos que há que ter em consideração para fixar o montante da coima (v., designadamente, acórdão de 16 de Novembro de 2000, Finnboard/Comissão, C-298/98 P, Colect., p. I-10157, n.º 56).

352 Como resulta do n.º 478 do referido acórdão recorrido, o n.º 2, segundo travessão, das orientações deve ser entendido no sentido de que a uma empresa que, contestando a posição da Comissão, não prestar mais colaboração do que aquela a que está obrigada nos termos do Regulamento n.º 17 não será, por esse motivo, aplicado um aumento da coima (v. acórdão Finnboard/Comissão, já referido, n.º 58).

353 Por conseguinte, a circunstância agravante que constitui a recusa de qualquer colaboração, ou até tentativas de obstrução durante a investigação, não pode ser aplicada quando são simplesmente exercidos os direitos de defesa.

354 Além disso, na segunda parte do seu terceiro fundamento, o grupo Henss/Isoplus censura ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter cometido um erro de direito ao declarar, nos n.ºs 555 a 565 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, que o seu direito fundamental de se defender não foi violado por a Comissão ter considerado circunstância agravante o facto de ele ter tentado enganar a referida instituição sobre as relações efectivas entre as empresas desse grupo.

355 Segundo o referido recorrente, o Tribunal de Primeira Instância considerou erradamente que a Comissão o podia criticar por ter contestado a existência de relações reguladas pelo direito das sociedades e por não ter revelado as relações de confiança estritamente confidenciais entre diferentes sociedades.

356 Ao actuar deste modo, o grupo Henss/Isoplus limitou-se a exercer os seus direitos de defesa, pelo que esses factos não podiam ser apreciados pela Comissão enquanto circunstâncias agravantes contra ele.

- 357 Este argumento resulta de uma leitura errada dos n.ºs 556 a 560 do referido acórdão recorrido.
- 358 Com efeito, nesses números, o Tribunal de Primeira Instância declarou que, no procedimento administrativo, o referido grupo não se limitou a contestar a apreciação dos factos e a posição jurídica da Comissão, mas forneceu a esta informações incompletas e parcialmente inexactas.
- 359 O Tribunal de Primeira Instância chegou a esta conclusão no termo de uma apreciação, em princípio, soberana dos elementos probatórios que lhe foram apresentados e, em especial, tendo em conta um exame das respostas aos pedidos de informações bem como das observações sobre a comunicação das acusações apresentadas pelo grupo Henss/Isoplus.
- 360 Além disso, contrariamente ao que sugere o referido recorrente, o n.º 557 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão não implica que o Tribunal de Primeira Instância tenha concluído que o pedido de informações dirigido ao recorrente ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 comportava uma questão que incidia especificamente sobre as relações de confiança entre as empresas do referido grupo, relações que a Comissão não devia e não podia, aliás, conhecer.
- 361 Pelo contrário, o Tribunal de Primeira Instância concluiu somente que, em resposta a uma questão mais geral, solicitando ao recorrente em causa que especificasse todos os elementos relativos às reuniões que teve com as sociedades concorrentes, designadamente, no que respeita aos participantes nessas reuniões, aos seus nomes, à empresa e à função, o referido recorrente forneceu determinadas informações incompletas e parcialmente inexactas.

362 Não existe, pois, manifestamente, sobre este aspecto, nenhuma contradição entre esta conclusão e os autos. O vício processual alegado a este respeito pelo grupo Henss/Isoplus enquanto parte do seu sétimo fundamento deve, portanto, ser rejeitado.

363 À luz do que vem dito, devem ser rejeitados os fundamentos suscitados pelo grupo Henss/Isoplus, relativos à violação dos direitos de defesa na apreciação das circunstâncias agravantes.

d) Quanto ao fundamento da LR A/S relativo à não tomada em consideração das circunstâncias atenuantes

364 No seu terceiro fundamento, a LR A/S acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter declarado, nos n.ºs 336 a 346 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, que a Comissão pôde legitimamente considerar que a recorrente não devia beneficiar de nenhuma circunstância atenuante.

365 Quanto a este aspecto, a LR A/S sustenta, em primeiro lugar, que deveria ter beneficiado de uma redução da coima, devido às seguintes circunstâncias atenuantes:

- a sua situação subalterna relativamente à ABB, o operador mais poderoso e o único grupo multinacional no sector do aquecimento urbano assim como líder do cartel;

— a pressão económica que a ABB exerceu sobre a LR A/S quer para participar no acordo quer para executar as decisões adoptadas pelo cartel;

— o facto de as infracções imputadas à ABB serem bem mais graves do que as imputadas à LR A/S.

366 Ora, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância declarou, designadamente, no n.º 338 do referido acórdão recorrido, que a dimensão média desta recorrente não pode constituir uma circunstância atenuante.

367 No que respeita mais particularmente à sua posição relativamente à ABB, a LR A/S alega que, contrariamente ao que declarou o Tribunal de Primeira Instância no n.º 339 do mesmo acórdão recorrido, o imperativo de determinar o montante da coima que lhe foi aplicada com base em todos os factores individuais pertinentes necessitava que as pressões exercidas pela ABB sobre as outras empresas que participaram no cartel, como a LR A/S, se traduzissem num ajustamento para baixo da sua própria coima e não unicamente num ajustamento para cima da coima da ABB.

368 Este último ajustamento não garante, aliás, que a coima reflecta eventuais diferenças entre a situação da LR A/S e a das outras empresas que não sofreram ou sofreram em menor medida tais pressões e leva a uma discriminação sistemática desta recorrente relativamente a essas empresas.

369 Ora, não pode ser censurado ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter rejeitado a referida acusação, uma vez que a LR A/S podia ter denunciado as pressões de que foi objecto às autoridades competentes e apresentado à Comissão uma denúncia nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, em vez de participar no cartel.

370 Com efeito, a existência de tais pressões em nada altera a realidade e a gravidade da infracção cometida pela referida recorrente.

371 Por último, a LR A/S contesta o n.º 345 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão, onde o Tribunal de Primeira Instância declarou que a introdução por esta recorrente de um programa de conformidade não podia ser qualificada de circunstância atenuante que conduzisse a uma redução da coima. O Tribunal de Primeira Instância desrespeitou assim uma prática consolidada.

372 Este argumento não pode ser acolhido.

373 Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito ao declarar, no número em causa do referido acórdão, que, embora seja importante que a LR A/S tivesse adoptado medidas para impedir que membros do seu pessoal cometessem futuramente novas infracções ao direito comunitário da concorrência, esse facto em nada altera a realidade da infracção que foi constatada no caso vertente. O Tribunal de Primeira Instância decidiu correctamente que, em si, esta circunstância não obrigava a Comissão a reduzir, enquanto circunstância atenuante, o montante da coima desta recorrente.

374 À luz do que vem dito, há que rejeitar o fundamento examinado.

e) Quanto aos fundamentos do grupo Henss/Isoplus e da LR A/S relativos à não tomada em consideração ou à insuficiente tomada em consideração da sua cooperação no procedimento administrativo

375 Na primeira parte do seu terceiro fundamento, o grupo Henss/Isoplus acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter considerado, nos n.ºs 607 a 623 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, que foi correctamente que a Comissão lhe recusou o benefício de uma redução do montante da coima nos termos da comunicação sobre a cooperação e que, portanto, a referida instituição não violou, quanto a este aspecto, o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

376 A este propósito, o grupo Henss/Isoplus censura o Tribunal de Primeira Instância, em primeiro lugar, por ter considerado, nos n.ºs 609 e 610 do referido acórdão recorrido, que foi correctamente que a Comissão lhe recusou o benefício de uma redução nos termos do ponto 3, sexto travessão, das orientações, uma vez que essa redução pressupõe que se trata de uma infracção que não está abrangida pelo domínio de aplicação da comunicação sobre a cooperação, quando um acordo comparável com o em causa está claramente abrangido pelo referido domínio, conforme descrito no capítulo A, ponto 1, dessa comunicação.

377 O teor desse capítulo A, ponto 1, não indica que a referida comunicação se aplica unicamente a tais infracções.

378 Também não decorre da comunicação sobre a cooperação que a Comissão só podia ter em conta confissões ou uma cooperação parciais com base nessa comunicação. Uma interpretação tão restrita seria, de qualquer modo, contrária ao artigo 6.º da CEDH e ao princípio da presunção de inocência enquanto princípio geral de direito comunitário.

379 A argumentação do grupo Henss/Isoplus sobre este ponto resulta de uma leitura errada dos n.ºs 609 e 610 do referido acórdão recorrido.

380 Com efeito, com base numa interpretação do ponto 3, sexto travessão, das orientações, que não revela, além disso, nenhum erro de direito, o Tribunal de Primeira Instância limitou-se a constatar que a circunstância atenuante específica aí visada só se aplica às infracções não abrangidas pelo âmbito de aplicação da comunicação sobre a cooperação.

381 Ora, é incontestável, como afirma o Tribunal de Primeira Instância, que, no caso vertente, se trata de um cartel e, por conseguinte, de uma infracção abrangida pelo âmbito de aplicação da referida comunicação.

382 Por conseguinte, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância concluiu que a Comissão não pode ser acusada de não ter tomado em consideração a cooperação deste recorrente enquanto circunstância atenuante.

383 O grupo Henss/Isoplus sustenta, em seguida, que a última frase do n.º 615 do referido acórdão recorrido está inquinada de vício processual, na medida em que os autos indicam que, na sua resposta à comunicação das acusações, todas as sociedades pertencentes a este grupo reconheceram ter participado no cartel à escala comunitária, entre finais de 1994 e inícios de 1996.

384 Com esta acusação, o referido recorrente censura essencialmente ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter considerado que a contestação, pelas sociedades em causa do referido grupo, nas suas observações sobre a comunicação das acusações, da sua participação no cartel não era limitada ao período anterior a Outubro de 1994, mas era válida para toda a duração da infracção considerada.

385 Ora, a argumentação desenvolvida a este propósito pelo grupo Henss/Isoplus no Tribunal de Justiça não permite de modo algum demonstrar que, quanto a este aspecto, o Tribunal de Primeira Instância não respeitou o alcance da resposta à comunicação das acusações, interpretando-a como se, nesse documento, as sociedades em causa deste grupo contestassem a sua participação no cartel por toda a duração deste.

386 Não resulta, portanto, dos documentos juntos aos autos que as conclusões do Tribunal de Primeira Instância estão, quanto a este ponto, feridas de inexactidão material.

387 O grupo Henss/Isoplus alega, por fim, que, contrariamente ao que decidiu o Tribunal de Primeira Instância, a Comissão estava obrigada, por força do capítulo D da comunicação sobre a cooperação, a conceder-lhe uma redução significativa do montante da coima.

388 Diferentemente dos capítulos B e C desta comunicação, a obtenção de uma redução por força do referido capítulo D não exige uma cooperação permanente e total, ficando dependente unicamente da condição de prestação, antes do envio de uma comunicação das acusações, de determinadas informações ou de determinados documentos ou outros elementos probatórios que contribuam para confirmar a realidade da infracção cometida.

389 Ora, quer o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 617 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, quer a Comissão, na audição e nos pontos 110 e 180 dos fundamentos da decisão controvertida, reconheceram que a cooperação e as confissões dos recorrentes, embora parciais, preenchiam em princípio as condições de aplicação do capítulo D, ponto 2, primeiro travessão, da comunicação sobre a cooperação.

390 No entender do grupo Henss/Isoplus, o benefício dessa redução não lhe podia ser recusado devido à existência de circunstâncias agravantes ou pelo facto de, no exercício dos seus direitos de defesa, não ter revelado à Comissão determinadas circunstâncias, ter-lhe fornecido informações erróneas ou ter contestado determinados factos.

391 Esta acusação deve ser rejeitada.

392 É certo que, como refere esse recorrente, resulta do n.º 617 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão que o Tribunal de Primeira Instância lhe reconheceu uma cooperação, ainda que não determinante, e confissões, ainda que parciais.

393 Contudo, foi com razão e sem cometer um erro de direito que possa ser censurado em sede de recurso de uma decisão de primeira instância que o Tribunal de Primeira Instância declarou que essas informações fornecidas pelo referido recorrente, que podiam, em princípio, inserir-se em situações que permitiam uma redução do montante da coima ao abrigo do capítulo D, ponto 2, da comunicação sobre a cooperação, não deveriam necessariamente levar a Comissão a reconhecer a esse recorrente uma redução nos termos desta comunicação.

394 Com efeito, a Comissão dispõe de um poder de apreciação a este propósito, como resulta da redacção do próprio ponto 2 e, em especial, da parte introdutória «Esta situação pode verificar-se, nomeadamente [...]».

395 Além disso e sobretudo, uma redução com base na comunicação sobre a cooperação só pode ser justificada se as informações prestadas e, mais genericamente, o comportamento da empresa em causa pudessem, a este propósito, ser entendidas como uma verdadeira cooperação sua.

- 396 Tal como resulta do próprio conceito de cooperação, conforme utilizado no texto da comunicação sobre a cooperação, designadamente, na introdução e no capítulo D, ponto 1, desta comunicação, é, com efeito, unicamente quando o comportamento da empresa em causa traduz tal espírito de cooperação que pode ser concedida uma redução com base nessa comunicação.
- 397 Ora, como o Tribunal de Primeira Instância afirmou nos n.ºs 618 e 622 do referido acórdão recorrido, no caso vertente, o grupo Henss/Isoplus, ao ter fornecido informações incompletas e, parcialmente, inexactas, não pode invocar tal comportamento.
- 398 Contrariamente ao que sustenta o referido recorrente, o Tribunal de Primeira Instância não desrespeitou um alegado princípio do direito penal, segundo o qual qualquer confissão, ainda que parcial, deve imperativamente dar lugar à redução da coima, nem, aliás, os direitos de defesa ou o princípio *non bis in idem*.
- 399 No que respeita à redução do montante da coima, cujo objectivo consiste em recompensar uma empresa pela colaboração no procedimento administrativo que permitiu à Comissão constatar mais facilmente uma infracção e, eventualmente, pôr-lhe termo, é absurdo, como sustenta a referida instituição, obrigá-la a conceder tal redução se a contribuição em causa não permitiu alcançar esse objectivo, tendo, pelo contrário, impedido mesmo esse objectivo.

400 Como foi já declarado nos n.ºs 358 a 362 do presente acórdão, o grupo Henss/Isoplus não pode, numa situação como a do caso vertente, considerar que os seus direitos de defesa foram violados.

401 Com efeito, o referido recorrente não foi obrigado a colaborar nem a confessar o que quer que seja. Além disso, os direitos de defesa não implicam um direito de poder comunicar informações incompletas e parcialmente inexactas.

402 Uma violação do princípio *non bis in idem*, se fosse baseada na circunstância de que o comportamento em causa foi já tomado em consideração enquanto circunstância agravante, também não pode ser acolhida.

403 O facto de não se recompensar uma empresa pela colaboração que não permitiu à Comissão constatar mais facilmente uma infracção e, eventualmente, pôr-lhe termo, não pode ser qualificado de sanção que acresce à penalização que constituiria o reconhecimento de uma circunstância agravante.

404 No seu quarto fundamento, a LR A/S alega que os n.ºs 359 a 370 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão estão feridos de erro de direito na medida em que o

Tribunal de Primeira Instância aprovou o nível da redução do montante da coima concedida pela Comissão, a título de colaboração desta recorrente no procedimento administrativo, isto é, 30%, quando, segundo essa recorrente, ela tinha direito, devido a essa colaboração, a uma redução mais elevada.

405 Em primeiro lugar, como foi já declarado nos n.^{os} 191 a 196 do presente acórdão em resposta ao segundo fundamento da mesma recorrente, esta última não podia depositar uma confiança legítima na alegada prática decisória da Comissão, tal como ela existia quando a sua colaboração se materializou e que, no caso vertente, teria sido mais vantajosa do que a comunicação sobre a cooperação.

406 Por conseguinte, deve ser rejeitado o quarto fundamento suscitado pela LR A/S, na medida em que visa contestar os n.^{os} 361 a 366 do referido acórdão recorrido, baseando-se nessa alegação.

407 A referida recorrente sustenta, em segundo lugar, que lhe deveria ter sido concedida uma redução mais elevada, por ter sido a primeira empresa a colaborar com a Comissão, o que levou as outras empresas a fazerem o mesmo.

408 A este propósito, basta constatar que, nos n.^{os} 363 a 365 do referido acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou, no termo de uma apreciação soberana dos elementos de natureza factual, que o montante da redução concedida à

LR A/S pela sua colaboração era adequado, sobretudo porque decorre da decisão controvertida que a Comissão não estava disposta a conceder uma redução de 50% do montante da coima às empresas que não lhe tivessem comunicado informações antes da recepção de um pedido de informações e porque é indiscutível que a mesma recorrente só comunicou documentos à referida instituição após ter recebido desta tal pedido.

409 Em terceiro lugar, a LR A/S acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter rejeitado, no n.º 368 do mesmo acórdão, o seu argumento segundo o qual tinha direito a uma isenção da coima pelo período posterior às averiguações, uma vez que tinha sido a primeira empresa a ter revelado que o cartel tinha continuado depois das averiguações da Comissão.

410 O fundamento apresentado pelo Tribunal de Primeira Instância no referido n.º 368, segundo o qual a infracção, e portanto a redução, deve ser considerada no seu conjunto aquando da apreciação da colaboração, não é determinante e não se opõe à concessão dessa redução mais elevada.

411 A este propósito, o Tribunal de Primeira Instância considerou sem cometer erro de direito que possa ser censurado em sede de recurso de uma decisão de primeira instância que o facto de o cartel ter prosseguido, designadamente, após as averiguações realizadas, constitui um aspecto indissociável da infracção e que esta só pôde ser considerada globalmente, quando da aplicação da comunicação sobre a cooperação.

412 No que respeita ao montante da redução, contestado pela LR A/S, o raciocínio adoptado pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 368 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão e baseado na comunicação sobre a cooperação não está inquinado de qualquer erro de direito no que respeita à interpretação da referida comunicação. Esta acusação não pode, portanto, ser acolhida.

413 A LR A/S alega, em quarto lugar, que, ao declarar, nos n.ºs 240 a 245 do acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão, que a ABB devia poder beneficiar de uma redução do montante da coima superior a 30% devido ao facto de esta recorrente, ao contrário designadamente dela, não ter contestado a materialidade dos principais factos após a recepção da comunicação das acusações, o Tribunal de Primeira Instância penalizou a LR A/S pelo simples exercício dos seus direitos de defesa. O Tribunal de Primeira Instância violou, assim, princípios fundamentais, conforme enunciados, designadamente, no artigo 6.º da CEDH e, além disso, reservou-lhe um tratamento discriminatório.

414 Ora, resulta do n.º 243 do acórdão recorrido ABB Asea Brown Boveri/Comissão que o Tribunal de Primeira Instância, referindo-se aos n.ºs 26, segundo parágrafo, e 27, quinto parágrafo, dos fundamentos da decisão controvertida, constatou que, contrariamente à ABB, a LR A/S sustentou que, antes de 1994, não havia cartel fora do mercado dinamarquês e que, além disso, não tinha havido um cartel continuado. Além disso, negou ter participado em acções visando eliminar a Powerpipe ou ter aplicado essas sanções.

415 Nestas condições, não pode ser imputado ao Tribunal de Primeira Instância qualquer tratamento discriminatório da LR A/S relativamente à ABB.

416 Contrariamente ao que sustenta a LR A/S, esta não é penalizada relativamente à ABB só porque ela exerceu os seus direitos de defesa.

417 Com efeito, no caso vertente, contrariamente às outras empresas como a LR A/S, a ABB optou por renunciar ao direito de contestar os principais factos descritos pela Comissão bem como as conclusões desta e, a este propósito, cooperou plenamente com esta instituição, a fim de poder beneficiar de uma redução suplementar do montante da coima.

418 Trata-se, portanto, de uma opção livremente feita pela ABB e em razão da qual a Comissão concedeu a esta sociedade um tratamento favorável.

419 Ora, esta possibilidade existia também para a LR A/S. Daí não decorre que, ao não ter concedido uma redução suplementar à LR A/S pelo facto de esta ter decidido não seguir essa via, esta empresa foi coagida a testemunhar sob a ameaça de uma sanção, em violação do artigo 6.º da CEDH, ou foi penalizada em razão do mero exercício dos seus direitos de defesa.

420 Atento o exposto, o quarto fundamento suscitado pela LR A/S deve ser rejeitado na sua totalidade.

D — Quanto aos fundamentos relativos ao direito de ser ouvido e ao dever de fundamentação

1. Quanto aos fundamentos relativos à violação do direito de ser ouvido

421 Nos respectivos fundamentos, a Dansk Rørindustri (terceiro fundamento), o grupo Henss/Isoplus (dois primeiros fundamentos), a KE KELIT (quarto fundamento), a Brugg (terceiro fundamento) e a LR GmbH (quarto fundamento) censuram ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter julgado improcedentes os seus fundamentos relativos à violação do direito de serem ouvidas pelo facto de, no decurso do procedimento administrativo e, em especial, em resposta à comunicação das acusações, não terem podido apresentar o seu ponto de vista quanto à questão da aplicação alegadamente retroactiva das orientações no caso vertente, na medida em que a Comissão não indicou, em nenhum momento do procedimento administrativo, a sua intenção de as aplicar.

422 Desde já, há que constatar, como sustentou com razão a Comissão, que o fundamento adiantado pela Dansk Rørindustri para este efeito não foi suscitado perante o Tribunal de Primeira Instância e constitui, portanto, um fundamento novo e, conseqüentemente, inadmissível em sede de recurso de uma decisão de primeira instância.

423 Na réplica, esta sustentou, no essencial, que não se trata de um fundamento novo, uma vez que este podia ser deduzido implicitamente dos fundamentos e argumentos por ela desenvolvidos perante o Tribunal de Primeira Instância a propósito da fixação da coima.

424 Contudo, resulta dos autos que, nem na petição nem na réplica apresentadas no Tribunal de Primeira Instância, a referida recorrente suscitou o fundamento relativo ao direito de ser ouvida em apoio de um dos outros por ela suscitados em primeira instância.

425 A este propósito, há pois que concluir que o presente recurso não indica e não permite, aliás, identificar os pontos ou a parte do acórdão recorrido em causa que são criticados.

426 Ora, importa recordar que, segundo jurisprudência assente, resulta dos artigos 168.º-A do Tratado CE (actual artigo 225.º CE), 51.º, primeiro parágrafo, do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça e 112.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça que um recurso de uma decisão da primeira instância deve indicar de modo preciso os elementos contestados do acórdão cuja anulação é pedida, bem como os argumentos jurídicos em que se apoia especificamente esse pedido, sob pena de inadmissibilidade do recurso da decisão de primeira instância ou do fundamento em causa (v., designadamente, acórdão *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão*, já referido, n.º 497 e jurisprudência referida).

427 No que respeita aos fundamentos adiantados quanto a este ponto pelo grupo *Henss/Isoplus*, pela *KE KELIT*, pela *Brugg* e pela *LR GmbH*, exceptuando alguns aspectos

específicos destas recorrentes que, na medida em que são criticados no presente recurso, serão analisados em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou-os essencialmente pelas mesmas razões, nos n.ºs 310 a 322 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, nos n.ºs 75 a 89 do acórdão recorrido KE KELIT/Comissão, nos n.ºs 82 a 98 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão e nos n.ºs 192 a 206 do acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão.

428 Nos referidos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância lembrou em primeiro lugar e com razão que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, quando a Comissão indica expressamente, na sua comunicação das acusações, que vai apreciar se deve aplicar coimas às empresas em causa e enuncia os principais elementos de facto e de direito que podem dar origem a uma coima, tais como a gravidade e a duração da suposta infracção e o facto de esta ter sido cometida «de forma intencional ou por negligência», ela cumpre a sua obrigação de respeitar o direito de as empresas serem ouvidas. O Tribunal de Primeira Instância declarou, igualmente com razão, que, desta forma, ela fornece-lhes todos os elementos necessários para se defenderem não só contra a constatação da infracção mas também contra o facto de lhes ser aplicada uma coima (v., neste sentido, designadamente, acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido, n.º 21).

429 Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância constatou que, para cada um dos referidos recorrentes, o exame da comunicação das acusações revelou que a mesma contém os elementos de facto e de direito em que a Comissão tinha a intenção de se basear para calcular o montante da coima a aplicar às empresas em causa, e daí concluiu que, a este propósito, o direito de estes recorrentes serem ouvidos foi devidamente respeitado.

430 Relativamente a uma apreciação de elementos de prova, isto é, a comunicação das acusações de cada uma das recorrentes, a fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito do recurso de uma decisão de primeira instância limita-se unicamente aos casos de desvirtuação desses elementos (v., designadamente, acórdão Mag Instrument/IHMI, já referido, n.º 39).

431 Ora, os argumentos do grupo Henss/Isoplus, da KE KELIT, da Brugg e da LR GmbH não se destinam a demonstrar essa desvirtuação, pelo que esta parte dos acórdãos recorridos em causa não pode ser criticada.

432 Os referidos recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao declarar que a comunicação das acusações de cada um dos recorrentes em causa continha elementos suficientes para permitir que o direito de ser ouvido fosse respeitado e que daí decorria que, no caso em apreço, o respeito deste direito não exigia mais, e que, portanto, a Comissão não estava obrigada, no decurso do procedimento administrativo, a comunicar aos referidos recorrentes a sua intenção de aplicar um novo método de cálculo das coimas.

433 No essencial, os mesmos recorrentes alegam que, no caso vertente, a intenção de aplicar as orientações devia ser mencionada no decurso do procedimento administrativo, uma vez que estas regras comportam uma reforma fundamental do método de cálculo das coimas e que se trata, além disso, de uma aplicação retroactiva. Nestas condições, esta informação constitui um elemento necessário à defesa destes recorrentes quanto à questão do cálculo do montante das coimas.

434 A este propósito, foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância lembrou que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, fornecer indicações relativas ao nível das coimas perspectivadas, enquanto as empresas não tiverem podido apresentar as suas observações sobre as acusações que lhes são imputadas, equivale a antecipar de modo inapropriado a decisão da Comissão (v. acórdãos, já referidos, *Musique Diffusion française e o./Comissão*, n.º 21, e *Michelin/Comissão*, n.º 19).

435 O Tribunal de Primeira Instância acrescentou, igualmente com razão, que, segundo essa mesma jurisprudência, a Comissão não era obrigada a indicar, na comunicação das acusações, a possibilidade de uma eventual mudança da sua política no que diz respeito ao nível do montante das coimas, possibilidade que depende de considerações gerais da política de concorrência, sem relação directa com as circunstâncias particulares dos processos em causa (v. acórdão *Musique Diffusion française* e o./Comissão, já referido, n.º 22).

436 É certo que as orientações comportam um novo método de cálculo do montante das coimas, que consagra uma reforma importante na matéria, designadamente, quanto à tarificação, ainda que relativa e flexível, dos montantes de base que elas prevêem enquanto pontos de partida desse cálculo.

437 Todavia, assim como decorre da rejeição das acusações relativas à suposta ilegalidade das orientações, como foi declarado nos n.ºs 250 a 253 do presente acórdão, este novo método continua a assentar nos critérios imperativos da gravidade e da duração da infracção previstos no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, na medida em que consiste, essencialmente, em especificar o modo como a Comissão tem a intenção de utilizar esses critérios para a determinação do montante das coimas.

438 É verdade que as orientações comportam precisões importantes a este propósito e que pode ser desejável que a Comissão forneça às empresas tais precisões, na medida em que isso não implique que ela antecipa de modo inapropriado a sua decisão.

439 Não é menos certo que, como o Tribunal de Primeira Instância considerou com razão, o direito de ser ouvido, tratando-se do cálculo do montante das coimas, não abrange o modo como a Comissão tem a intenção de utilizar os critérios imperativos da gravidade e da duração da infracção para a determinação do montante das coimas.

440 Quanto ao argumento dos recorrentes segundo o qual eles tinham o direito de ser ouvidos quanto à intenção de a Comissão aplicar retroactivamente as orientações, há que concluir que, como foi declarado no n.º 231 do presente acórdão, o novo método de cálculo que estas últimas comportam era razoavelmente previsível para as empresas em causa à época em que foram cometidas as infracções em questão. Nestas condições, os recorrentes não podem invocar o direito de serem ouvidos quanto à aplicação retroactiva das orientações. Esta acusação deve, portanto, igualmente ser rejeitada.

441 Importa seguidamente analisar alguns argumentos específicos adiantados por alguns recorrentes em apoio dos seus fundamentos relativos à violação do direito de serem ouvidos.

442 O grupo Henss/Isoplus acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter indicado, no n.º 312 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, que, no que respeita à determinação do montante das coimas, as empresas beneficiam de uma garantia suplementar quanto aos seus direitos de defesa, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância se pronuncia com competência de plena jurisdição e pode, designadamente, suprimir ou reduzir a coima, ao abrigo do artigo 17.º do Regulamento n.º 17.

443 Este recorrente considera que, por força do referido regulamento, tem direito a duas instâncias de plena jurisdição, isto é, a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância, e não pode, portanto, ser privado de um grau de instância, em violação do direito de ser ouvido a propósito do cálculo da coima. A violação dos direitos de defesa ocorrida na fase do procedimento administrativo não pode ser sanada aquando do processo perante o Tribunal de Primeira Instância.

444 Esta acusação improcede.

445 Como observou a Comissão, no n.º 312 do acórdão recorrido HFB e o./Comissão, o Tribunal de Primeira Instância declarou, unicamente e com razão, que a sua competência de plena jurisdição em matéria de coimas constitui uma garantia suplementar. Não declarou nem sugeriu, como sustenta o grupo Henss/Isoplus, que se trata de uma substituição do grau de instância que constitui o procedimento administrativo perante a Comissão, que permite ao Tribunal de Primeira Instância regularizar qualquer violação dos direitos de defesa ocorrida durante esse procedimento.

446 Por outro lado, o mesmo recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao rejeitar o seu fundamento relativo à violação do direito de ser ouvido, uma vez que, em especial, a circunstância agravante prevista no ponto 2, segundo travessão, das orientações — isto é, a recusa de qualquer colaboração, ou mesmo tentativas de obstrução no decurso da investigação — lhe foi imputada sem que fosse informado da intenção de a Comissão assim proceder e, por conseguinte, sem que tenha sido ouvido a esse propósito.

- 447 A este respeito, basta constatar que este argumento não pode ser acolhido, uma vez que resulta dos autos que esta circunstância não podia manifestamente ser objecto da comunicação das acusações, pois manifestou-se claramente nessa fase do procedimento administrativo, isto é, na resposta à referida comunicação apresentada pelo grupo Henss/Isoplus, e continuou posteriormente.
- 448 A Brugg censura ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter rejeitado, no n.º 97 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão, o seu argumento segundo o qual, na audição, a Comissão lhe deu a entender que a coima seria determinada com base no seu volume de negócios pertinente. Como o Tribunal de Primeira Instância declarou no mesmo número, a Comissão, na audição, pediu expressamente à Brugg que confirmasse o referido volume de negócios. A Comissão não assinalou, em momento algum, que basearia a sua decisão nas orientações.
- 449 A este propósito, basta constatar que, com esta acusação, a referida recorrente pretende pôr em causa, através de uma simples afirmação, a apreciação dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância, que não constitui, excepto no caso de desvirtuação dos elementos de prova, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça.
- 450 Ora, uma vez que a mesma recorrente não invoca nenhum argumento que possa demonstrar uma desvirtuação dos elementos de prova em causa, conforme apreciados nos n.ºs 94 a 97 do acórdão recorrido Brugg Rohrsysteme/Comissão, esta acusação deve ser rejeitada.

2. Quanto aos fundamentos relativos à violação do dever de fundamentação a respeito do cálculo das coimas

451 Com os seus fundamentos respectivos, a KE KELIT (quinto fundamento), a LR A/S (segundo fundamento) e a LR GmbH (terceiro fundamento) acusam o Tribunal de Primeira Instância de ter declarado, respectivamente, nos n.ºs 205 do acórdão recorrido KE KELIT/Comissão, no n.º 390 do acórdão recorrido LR AF 1998/Comissão e no n.º 374 do acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão, que, na decisão controvertida, a Comissão não era obrigada a explicitar se e por que motivos aplicava, no caso concreto, as orientações.

452 A KE KELIT e a LR GmbH alegam que, atendendo à importância das alterações efectuadas pelas orientações quanto ao método de cálculo do montante das coimas, as razões desta modificação e da aplicação retroactiva das orientações, no caso vertente, deveriam ter sido especificamente explicitadas na decisão controvertida. A LR A/S sustenta que esta decisão deveria ter sido fundamentada quanto à aplicação retroactiva das orientações e da comunicação sobre a cooperação.

453 A este respeito, há que recordar a título preliminar que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a questão do alcance do dever de fundamentação constitui uma questão de direito que está sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de decisão da primeira instância, uma vez que a fiscalização da legalidade de uma decisão que é exercida nesse âmbito deve necessariamente ter em conta os factos em que o Tribunal de Primeira Instância se baseou para chegar à conclusão de que a fundamentação era suficiente ou insuficiente (v., neste sentido, acórdão de 20 de Novembro de 1997, Comissão/V, C-188/96 P, Colect., p. I-6561, n.º 24).

454 No que respeita à acusação das referidas recorrentes, segundo a qual a decisão controvertida deveria ter sido fundamentada quanto à aplicação retroactiva das orientações, importa lembrar que, no n.º 231 do presente acórdão, foi declarado que o novo método de cálculo contido nas orientações era razoavelmente previsível para as empresas em causa, à época em que as respectivas infracções foram cometidas. Nestas condições, a aplicação retroactiva das orientações não requer uma fundamentação específica. Esta acusação deve, pois, ser igualmente rejeitada.

455 No que se refere ao fundamento da LR A/S relativo à violação do dever de fundamentação quanto à aplicação retroactiva da comunicação sobre a cooperação, este deve ser igualmente rejeitado.

456 Pelas mesmas razões que as enunciadas nos n.ºs 227 a 231 do presente acórdão, a comunicação sobre a cooperação, mesmo admitindo que tenha tido um efeito agravante quanto ao nível das coimas aplicadas, era razoavelmente previsível para empresas como a referida recorrente, à época em que as infracções em causa foram cometidas, pelo que a aplicação desta comunicação a infracções cometidas antes da sua adopção não violou o princípio da não retroactividade.

457 Por conseguinte, a decisão controvertida não devia ser fundamentada quanto à aplicação retroactiva da comunicação sobre a cooperação.

458 Nos três acórdãos recorridos KE KELIT/Comissão, LR AF 1998/Comissão e Lögstör Rör/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância afirma que não pode ser censurado à Comissão o facto de não ter explicitado o quadro jurídico aplicável ao caso vertente, em especial, a aplicação das orientações.

459 Resulta também dos acórdãos recorridos, designadamente do n.º 209 do acórdão LR AF 1998/Comissão, que, em momento nenhum do procedimento administrativo, a Comissão anunciou que tinha a intenção de aplicar as orientações.

460 Uma leitura da decisão controvertida revela que esta não comporta nenhuma menção explícita das orientações.

461 Há que recordar que estas últimas constituem regras de conduta de alcance geral que a Comissão está, em princípio, obrigada a aplicar. Daí decorre que a legalidade de uma decisão que aplica as orientações, como a decisão controvertida, pode ser apreciada à luz destas, conforme foi declarado no n.º 211 do presente acórdão.

462 Segundo jurisprudência assente, o dever de fundamentar uma decisão individual tem por finalidade permitir ao Tribunal de Justiça o exercício da fiscalização da

legalidade da decisão e fornecer ao interessado indicações suficientes para saber se a decisão está efectivamente fundamentada ou se, eventualmente, enferma de um vício que permita contestar a sua validade (v., designadamente, acórdão de 2 de Outubro de 2003, Corus UK/Comissão, C-199/99 P, Colect., p. I-11177, n.º 145).

463 A fundamentação deve pois, em princípio, ser comunicada ao interessado, ao mesmo tempo que a decisão de acusação. A falta de fundamentação não pode ser sanada pelo facto de o interessado tomar conhecimento dos fundamentos da decisão no decurso do processo no Tribunal de Justiça (acórdão de 26 de Novembro de 1981, Michel/Parlamento, 195/80, Recueil, p. 2861, n.º 22).

464 Daí decorre que deve ser apurado se, no momento da adopção da decisão controvertida, as empresas sabiam com um grau de certeza razoável que o cálculo do montante das coimas efectuado a esse propósito se tinha baseado no novo método de cálculo previsto pelas orientações, a fim de poderem contestar, eventualmente, a legalidade dessa decisão à luz dessas orientações.

465 Nos acórdãos recorridos, o Tribunal de Primeira Instância declarou, com razão, que a exigência da fundamentação depende, designadamente, do contexto e de todas as normas que regulam a matéria em causa. Daí inferiu que a Comissão não estava obrigada a explicitar se e por que motivos aplicou, no caso vertente, as orientações, quando a introdução destas enuncia que «a nova metodologia aplicável ao montante das coimas pautar-se-á doravante pelo esquema a seguir apresentado». A Comissão comprometeu-se, assim, a aplicar as referidas orientações na determinação do montante das coimas por violação das regras de concorrência.

466 Importa, no entanto, declarar que a passagem da introdução das orientações citada no número anterior não estabelece claramente e sem ambiguidade que se destina a determinar o âmbito de aplicação temporal destas últimas, pelo que abrange infracções, como as do caso vertente, que se verificaram anteriormente à adopção dessas orientações.

467 Em todo o caso, o Tribunal de Primeira Instância observou, no n.º 375 do acórdão recorrido Lögstör Rör/Comissão, que, de qualquer modo, nos fundamentos da decisão controvertida relativos à aplicação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, designadamente nos n.ºs 163 a 168 daqueles, a Comissão retomou expressamente considerações sobre o cálculo do montante da coima, análogas às contidas nos considerandos das orientações.

468 Um exame de todos os fundamentos da decisão controvertida relativos ao cálculo do montante da coima, isto é, os n.ºs 168 a 183 destes, confirma que a referida decisão devia razoavelmente ser entendida pelas empresas em questão no sentido de que comporta em relação a elas a aplicação das orientações e do novo método de cálculo por estas previsto.

469 Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância pôde concluir que a decisão controvertida estava suficientemente fundamentada.

470 Por conseguinte, os fundamentos suscitados pela KE KELIT, pela LR A/S e pela LR GmbH, relativos à violação do dever de fundamentação no que respeita ao cálculo das coimas, devem ser rejeitados.

VII — Quanto às despesas

471 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, aplicável ao recurso de decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da Dansk Rørindustri, do grupo Henss/Isoplus, da KE KELIT, da LR A/S, da Brugg, da LR GmbH, bem como da ABB, e tendo estes sido vencidos, há que condená-los nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) decide:

1) Os processos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P são apensos para efeitos do acórdão.

2) É negado provimento aos presentes recursos.

- 3) **A Dansk Rørindustri A/S, a Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, a Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, a Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, a KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, a LR af 1998 A/S, a Brugg Rohrsysteme GmbH, a LR af 1998 (Deutschland) GmbH e a ABB Asea Brown Boveri Ltd são condenadas nas despesas.**

Assinaturas