

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)  
20 de Março de 2002 \*

No processo T-9/99,

**HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG**,  
estabelecida em Rosenheim (Alemanha),

**HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft**,  
estabelecida em Rosenheim,

**Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH**, estabelecida em Rosenheim,

**Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH**, estabelecida em Hohenberg (Áustria),

**Isoplus Fernwärmetechnik GmbH**, estabelecida em Sondershausen (Alemanha),

representadas por P. Krömer e F. Nusterer, advogados, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrentes,

\* Língua do processo: alemão.

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por W. Mölls e É. Gippini Fournier, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

que tem por objecto, a título principal, um pedido de anulação da 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), ou, a título subsidiário, um pedido de redução da coima aplicada por essa decisão às recorrentes,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quarta Secção),

composto por: P. Mengozzi, presidente, V. Tiili e R. M. Moura Ramos, juízes,

secretário: J. Palacio González, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 20 de Outubro de 2000,

profere o presente

## Acórdão <sup>1</sup>

### Factos na origem do litígio

- 1 As recorrentes são sociedades constituídas segundo o direito alemão e austríaco, operam no sector do aquecimento urbano, e a Comissão considera que pertencem ao «grupo Henss/Isoplus».

2  
a  
7 [...]

- 8 Em 21 de Outubro de 1998, a Comissão adoptou a Decisão 1999/60/CE 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), rectificada antes da sua publicação pela decisão de 6 de Novembro de 1998 [C(1998) 3415 final, a seguir «decisão» ou «decisão impugnada»], que declara a participação de diversas empresas, e, nomeadamente, de determinadas recorrentes, num conjunto de acordos e de 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»).

1 — Apenas são reproduzidos os pontos da fundamentação do presente acórdão cuja publicação o Tribunal considera útil. O enquadramento jurídico e factual do presente processo encontra-se exposto no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, LR AF 1998/Comissão (T-23/99, Colect., p. II-1705).

- 9 Nos termos da decisão, no final do ano de 1990, foi celebrado um acordo entre os quatro produtores dinamarqueses de condutas de aquecimento urbano, baseado no princípio de uma cooperação geral no mercado nacional. Esse acordo reuniu a ABB IC Møller A/S, a filial dinamarquesa do grupo helvético-sueco ABB Asea Brown Boveri Ltd (a seguir «ABB»), a Dansk Rørindustri A/S, também conhecida pela designação Starpipe (a seguir «Dansk Rørindustri»), a Løgstør Rør A/S (a seguir «Løgstør») e a Tarco Energi A/S (a seguir «Tarco») (a seguir, consideradas em conjunto, «produtores dinamarqueses»). Uma das primeiras medidas terá consistido em coordenar o aumento dos preços tanto no mercado dinamarquês como nos mercados de exportação. Para repartir o mercado dinamarquês, terão sido convencionadas quotas, posteriormente aplicadas e controladas por um «grupo de contacto» que reunia os responsáveis de vendas das empresas em causa. Para cada projecto comercial (a seguir «projecto»), a empresa à qual o grupo de contacto tinha atribuído o projecto terá informado os outros participantes do preço que tinha a intenção de propor, e estes últimos terão então feito uma proposta mais elevada de modo a proteger o fornecedor designado pelo cartel.
- 10 Nos termos da decisão, dois produtores alemães, o grupo Henss/Isoplus e a Pan-Isovit GmbH, começaram a participar nas reuniões regulares dos produtores dinamarqueses a partir do Outono de 1991. No âmbito dessas reuniões, ter-se-ão realizado negociações para a repartição do mercado alemão. Estas terão conduzido, em Agosto de 1993, a acordos fixando quotas de venda para cada empresa participante.
- 11 Também, segundo a decisão, foi celebrado um acordo entre todos estes produtores, em 1994, a fim de fixar quotas para todo o mercado europeu. Este cartel europeu terá tido uma estrutura com dois níveis. O «clubo dos directores», composto pelos presidentes ou directores-gerais das empresas participantes no cartel, terá atribuído quotas a cada empresa tanto para o conjunto do mercado como para cada um dos mercados nacionais, nomeadamente a Alemanha, a Áustria, a Dinamarca, a Finlândia, a Itália, os Países Baixos e a Suécia. Relativamente a certos mercados nacionais, foi criado um «grupo de contacto», composto por responsáveis locais de vendas, a quem foi atribuída a tarefa de administrar os acordos atribuindo os projectos e coordenando as apresentações de propostas nos concursos.

- 12 No respeitante ao mercado alemão, a decisão menciona que, após uma reunião dos seis principais produtores europeus (ABB, Dansk Rørindustri, o grupo Henss/Isoplus, a Løgstør, a Pan-Isovit e a Tarco) e da Brugg Rohrsysteme GmbH (a seguir «Brugg») em 18 de Agosto de 1994, realizou-se uma primeira reunião do grupo de contacto para a Alemanha em 7 de Outubro de 1994. As reuniões desse grupo terão continuado muito tempo após as verificações da Comissão, no fim de Junho de 1995, embora, a partir desse momento, se tenham efectuado fora da União Europeia, em Zurique. As reuniões em Zurique terão continuado até 25 de Março de 1996, ou seja, alguns dias depois de algumas dessas empresas terem recebido pedidos de informações por parte da Comissão.
- 13 Como elemento do cartel, a decisão cita, nomeadamente, a adopção e a execução de medidas concertadas destinadas a eliminar a única empresa importante que não fazia parte do cartel, a Powerpipe. A Comissão especifica que certos participantes no cartel terão recrutado «funcionários-chave» da Powerpipe e dado a entender a esta última que devia retirar-se do mercado alemão. Na sequência da atribuição à Powerpipe de um importante projecto alemão, em Março de 1995, foi efectuada uma reunião em Düsseldorf, na qual terão participado os seis produtores supra-referidos e a Brugg. Segundo a Comissão, foi decidido, nessa reunião, instituir o boicote colectivo dos clientes e dos fornecedores da Powerpipe. Esse boicote terá seguidamente sido posto em prática.
- 14 Na sua decisão, a Comissão expõe os fundamentos pelos quais não apenas 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, vistos conjuntamente, podem ser considerados um «acordo» proibido pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Além disso, a Comissão sublinha que os cartéis «dinamarquês» e «europeu» constituíam apenas a expressão de um único cartel que começou na Dinamarca, mas que teve, desde o início, o objectivo, a longo prazo, de alargar o controlo dos participantes a todo o mercado. Segundo a Comissão, o acordo duradouro entre produtores teve um efeito significativo sobre o comércio entre Estados-Membros.

15 Pelos fundamentos expostos, é o seguinte o dispositivo da decisão:

«Artigo 1.º

A ABB Asea Brown Boveri Ltd, a Brugg Rohrsysteme GmbH, a Dansk Rørindustri A/S, a Henss/Isoplus Group, a Ke-Kelit Kunststoffwerk GmbH, a Oy KWH Tech AB, a Løgstør Rør A/S, a Pan-Isovit GmbH, a Sigma Technologie Di Rivestimento S.r.l. e a Tarco Energi A/S 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 no sector dos tubos com revestimento térmico 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 [do grupo] Henss/Isoplus de aproximadamente Outubro de 1991 [a pelos menos Março ou Abril de 1996],

[...]

As características principais da infracção são as seguintes:

- 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 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 AB, 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:

[...]

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 (anteriormente Dipl.-Kfm Walter Henss GmbH Rosenheim),

— Isoplus Fernwärmtechnik GmbH; Sondershausen,

— Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH — stille Gesellschaft,



— Isoplus Fernwärmtechnik Ges. mbH, Hohenberg,

[...]

Artigo 5.º

São destinatárias da presente decisão:

[...]

d) O grupo Henss/Isoplus, representado por:

— HFB Holding für Fernwärmtechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,  
Aisingerstrasse 12, D-83026 Rosenheim,

— HFB Holding für Fernwärmtechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft, Aisingerstrasse 12, D-83026 Rosenheim,

— Isoplus Fernwärmtechnik GmbH, Aisingerstrasse 12, D-83026 Rosenheim,

- Isoplus Fernwärmtechnik Ges. mbH, Furthoferstrasse 1A, A-3192 Hohenberg,
  
- Isoplus Fernwärmtechnik Ges. mbH — stille Gesellschaft, Furthoferskasse 1A, A-3192 Hokenberg,
  
- Isoplus Fernwärmtechnik GmbH, Gluckaufstrasse 34, D-99706 Sondershausen,

[...]»

16  
a  
24

[...]

### **Relações entre as empresas consideradas pertencentes ao grupo Henss/Isoplus**

- 25 Entre as empresas que a Comissão considera pertencerem ao grupo Henss/Isoplus e que estão envolvidas no presente processo, a HFB Holding für Fernwärmtechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (a seguir «HFB KG») é uma sociedade em comandita de direito alemão, constituída em 15 de Janeiro de 1997. O seu sócio comanditado, responsável ilimitada e pessoalmente pelas dívidas da sociedade, é a HFB Holding für Fernwärmtechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft (a seguir «HFB GmbH»), uma sociedade de responsabilidade limitada, igualmente constituída em 15 de Janeiro de 1997. Os sócios

comanditários da HFB KG, responsáveis até ao limite de um certo montante, são o Sr. e a Sr.<sup>a</sup> Henss e o Sr. e a Sr.<sup>a</sup> Papsdorf. O Sr. Henss é o comanditário maioritário da HFB KG e possui igualmente a maioria das partes da HFB GmbH.

- 26 A recorrente Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (a seguir «Isoplus Rosenheim»), anteriormente Dipl.-Kfm. Walter Henss GmbH (a seguir «Henss Rosenheim») antes de 1 de Janeiro de 1997, é uma sociedade de direito alemão. Após a entrada na HFB KG das partes sociais que o Sr. e a Sr.<sup>a</sup> Henss possuíam na Isoplus Rosenheim e das partes sociais que o Sr. e a Sr.<sup>a</sup> Papsdorf possuíam na sociedade Dipl.-Kfm Walter Henss Fernwärmerohrleitungsbau GmbH, Berlin (a seguir «Henss Berlin»), a HFB KG detinha 100% das partes destas duas últimas sociedades e procedeu à absorção da Henss Berlin através da Isoplus Rosenheim em 3 de Dezembro de 1997.
- 27 A Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg (a seguir «Isoplus Hohenberg») é uma sociedade austríaca da qual o Sr. Henss possui, através de um mandatário, a maioria das partes sociais.
- 28 A Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (a seguir «Isoplus Sondershausen»), é uma sociedade alemã cuja totalidade das partes pertence, nominalmente, à Isoplus Hohenberg, que as possui, em certa medida, na qualidade de mandatária por conta de terceiros.
- 29 Há que sublinhar que, no mercado do aquecimento urbano, a Isoplus Rosenheim actua principalmente como sociedade de distribuição. A Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen são sociedades de produção. Quanto à HFB KG e à HFB GmbH, actuam apenas como sociedades de participação.

- 30 Na sua decisão, a Comissão considerou que as sociedades Isoplus Rosenheim, Henss Berlin, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen eram um grupo de facto, denominado «Henss/Isoplus». A Comissão enviou a comunicação de acusações a estas quatro empresas, declarando que estavam todas ligadas ao Sr. Henss, que tinha assistido à reunião do clube dos directores. Segundo a decisão, foi só depois do envio da comunicação de acusações que a Comissão teve conhecimento da existência de um contrato de entrada de capitais («Einbringungsvertrag») de 15 de Janeiro de 1997, inscrito no registo comercial, que revelou que, em Janeiro de 1997, os casais Henss e Papsdorf tinham colocado as suas participações na HFB KG.
- 31 Através do mesmo contrato de entrada de capitais, a Comissão tomou conhecimento que o Sr. Henss era também proprietário de uma sociedade em participação, a Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — Stille Gesellschaft (a seguir «Isoplus stille Gesellschaft», cujas acções estavam na posse de um mandatário.
- 32 No respeitante à Isoplus Hohenberg, a Comissão teve conhecimento, através do referido contrato de entrada de capitais, que o Sr. Henss tinha uma participação nesta sociedade, por intermédio de mandatários, embora os advogados das recorrentes, durante o procedimento administrativo, tenham negado esta circunstância. No presente processo, já não é contestado entre as partes que o Sr. Henss, efectivamente, possuiu a maioria do capital da Isoplus Hohenberg.
- 33 No respeitante à participação da Isoplus Hohenberg na Isoplus Sondershausen, a Comissão teve conhecimento, através do contrato de entrada de capitais, que um terço do capital social da Isoplus Sondershausen, que era detido pela Isoplus Hohenberg como mandatária do Sr. e da Sr.<sup>a</sup> Papsdorf, foi cedido à HFB KG. No presente processo, as recorrentes afirmam que outro terço do capital social da Isoplus Sondershausen foi também detido pela Isoplus Hohenberg como mandatária. As recorrentes admitem que esta informação não foi comunicada à Comissão durante o procedimento administrativo.

## Quanto aos pedidos de medidas de instrução

- 34 Nos termos do artigo 68.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, as recorrentes pedem que os Srs. Boysen, B. Hansen, N. Hansen, Hybschmann, Jespersen e Volandt sejam ouvidos, na qualidade de testemunhas, «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 CE, antes de Outubro de 1994». A este respeito, as recorrentes declaram estar prontas a prestar uma caução garantindo a cobertura das despesas efectuadas.
- 35 Além disso, as recorrentes pedem ao Tribunal que ordene à Comissão que apresente todo o processo de instrução relativo ao presente processo, incluindo os anexos, bem como o relatório do conselheiro-auditor relativo ao presente processo.
- 36 Em primeiro lugar, o Tribunal recorda que, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, do seu Regulamento de Processo, pode, oficiosamente ou a pedido das partes, ouvidas estas e o advogado-geral, submeter certos factos a prova testemunhal. Nos termos do último parágrafo da mesma disposição, o pedido formulado por uma parte, destinado à audição de uma testemunha, deve indicar com precisão os factos sobre que devem ser ouvidas e as razões que justificam a sua inquirição.
- 37 No caso em apreço, verifica-se que, embora as recorrentes tenham citado nos seus articulados, nomeadamente nos pontos 20, 40, 50, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 94, 96, 125 e 142 da petição inicial, certas pessoas que podem intervir como testemunhas no que diz respeito aos factos expostos em cada um dos pontos em questão, os nomes das seis pessoas cuja audição foi expressamente solicitada no Tribunal não figuram nesses pontos. Assim, o Tribunal declara que, em relação a estas seis pessoas, as recorrentes não precisaram os factos em relação aos quais devia ser ordenada a inquirição das testemunhas.

- 38 Por conseguinte, e sem que seja necessário examinar a oportunidade de inquirir as seis pessoas mencionadas, o Tribunal considera que não se deve dar provimento ao pedido de audição de testemunhas.
- 39 Em segundo lugar, no respeitante à apresentação do processo de instrução, o Tribunal salienta que a Comissão, durante o processo contencioso, apresentou, por sua própria iniciativa, por ofício de 26 de Julho de 1997, os processos administrativos em todos os processos em causa. As recorrentes foram informadas dessa apresentação e do facto de os processos poderem ser consultados na Secretaria. Nestas circunstâncias, já não há que dar provimento ao pedido de apresentação do processo de instrução feito pelas recorrentes.
- 40 Na medida em que as recorrentes solicitaram a apresentação do relatório do conselheiro-auditor, há que observar que este constitui, de qualquer modo, um documento puramente interno da Comissão, que tem apenas o valor de um parecer, e não tem como objecto formular acusações novas ou fornecer novos elementos de prova contra as empresas e não apresenta qualquer aspecto decisivo que o tribunal comunitário tenha de ter em conta para exercer a sua fiscalização (despacho do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1986, ICI/Comissão, 212/86 R, não publicado na Colectânea, n.ºs 5 a 8; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 1991, Petrofina/Comissão, T-2/89, Colect., p. II-1087, n.ºs 53 e 54, e de 10 de Março de 1992, Hüls/Comissão, T-9/89, Colect., p. II-499, n.ºs 86 e 87). Segundo jurisprudência constante, durante o processo no tribunal comunitário, os documentos internos da Comissão não são dados a conhecer às partes recorrentes, salvo se as circunstâncias excepcionais do caso de figura o exigirem, com base em indícios sérios que lhes cabe apresentar (despacho do Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 1986, BAT e Reynolds/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 1899, n.º 11; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Outubro de 1994, John Deere/Comissão, T-35/92, Colect., p. II-957, n.º 31; despacho do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Dezembro de 1997, NMH Stahlwerke e o./Comissão, T-134/94, T-136/94 a T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 e T-157/94, Colect., p. II-2293, n.º 35). Esta restrição ao acesso aos documentos internos é justificada pela necessidade de garantir o bom funcionamento da instituição em causa no domínio da repressão das infracções às

regras de concorrência do Tratado (despacho NMH Stahlwerke e o./Comissão, já referido, n.º 36). Dado que as recorrentes não demonstraram em que medida a apresentação do relatório do conselheiro-auditor poderia ter interesse no que se refere ao respeito do direito de defesa, há que indeferir o pedido também na medida em que este visa a apresentação do referido relatório.

- 41 Por estas razões, o Tribunal entende que não deve dar seguimento ao pedido de medidas de instrução apresentado pelas recorrentes.

#### Quanto ao pedido de anulação da decisão

- 42 Os fundamentos invocados pelas recorrentes podem ser agrupados segundo o seu objecto: em primeiro lugar, os fundamentos relativos ao grupo Henss/Isoplus; em segundo, os fundamentos relativos à HFB KG e à HFB GmbH; em terceiro, os fundamentos relativos à Isoplus stille Gesellschaft; e, em quarto lugar, os fundamentos invocados no que diz respeito a todas as recorrentes.

#### I — *Quanto aos fundamentos relativos ao grupo Henss/Isoplus*

- 43 No respeitante ao grupo Henss/Isoplus, as recorrentes invocam três fundamentos relativos, em primeiro lugar, à aplicação errada do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, em segundo lugar, à violação de formalidades essenciais e, em terceiro lugar, à violação do dever de fundamentação.

A — *Quanto ao primeiro fundamento, relativo à aplicação errada do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado aquando da identificação das recorrentes como «pertencentes ao grupo Henss/Isoplus»*

## 1. Argumentos das partes

- 44 As recorrentes afirmam que a Comissão aplicou de forma errada o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, na medida em que considerou que elas faziam parte do grupo Henss/Isoplus, o qual foi condenado, por ter participado numa prática anticoncorrencial, no pagamento de uma coima em relação à qual todas as recorrentes estão solidariamente obrigadas.
- 45 Segundo as recorrentes, uma empresa, na acepção dos artigos 85.º do Tratado e 86.º do Tratado CE (actual artigo 82.º CE), só pode ser constituída por pessoas singulares ou colectivas ou por sociedades que devem ser tratadas como se tivessem personalidade jurídica própria (as pessoas denominadas «quase-colectivas»). Ora, a Comissão presumiu que o grupo Henss/Isoplus não é dotado de personalidade ou quase-personalidade jurídica própria.
- 46 Por não terem uma sociedade-mãe ou uma sociedade financeira dotadas de personalidade jurídica, as recorrentes também não podem ser consideradas um grupo na acepção do direito das sociedades, nem um «grupo de facto», como a Comissão presume nos considerandos 15 e 157 da decisão, no sentido de empresas juridicamente autónomas cujo comportamento económico pode ser determinado por uma outra empresa.
- 47 Quanto às sociedades financeiras HFB GmbH e HFB KG, as recorrentes precisam, em primeiro lugar, que a primeira exerce exclusivamente as suas actividades como sócia comanditada da segunda. Quanto à segunda, embora



detivesse, no momento da adopção da decisão, 100% do capital social da Isoplus Rosenheim, apenas detém um terço do capital social da Isoplus Sondershausen. Além disso, nunca foi sócia, mesmo por intermédio de um mandatário, da Isoplus Hohenberg, contrariamente ao que é declarado no considerando 159 da decisão, e também não foi sócia oculta, mesmo que por intermédio de um mandatário, de uma sociedade em participação da qual a Isoplus Hohenberg fosse o «proprietário de exploração».

- 48 Ao afirmar que as empresas consideradas como fazendo parte do grupo Henss/Isoplus eram todas sujeitas ao mesmo controlo uniforme, exercido pelo Sr. Henss, a Comissão ignorou o facto de que o Sr. Henss, embora tivesse sido sócio maioritário na Henss Rosenheim (actualmente, Isoplus Rosenheim) e, por intermédio de sociedades fiduciárias, sócio maioritário na Isoplus Hohenberg, não foi sócio da Henss Berlin nem da Isoplus Sondershausen. Além disso, o Sr. Henss não pode ser qualificado, na qualidade de sócio, de empresa na acepção do artigo 85.º do Tratado.
- 49 No que diz respeito à Isoplus Sondershausen, o controlo desta pela Isoplus Hohenberg não pode ser considerado, tendo em conta a qualidade de mandatária desta última. Com efeito, a Isoplus Hohenberg só teria possuído, até 21 de Outubro de 1998, um terço do capital social da Isoplus Sondershausen por sua própria conta, tendo detido outro terço na qualidade de mandatária. Foi por razões abrangidas pelo segredo dos negócios que a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen não informaram a Comissão desta qualidade de mandatária da Isoplus Hohenberg. Por outro lado, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen abasteciam, em parte, os mesmos mercados, o que não é geralmente o caso num grupo.
- 50 O carácter de «grupo» também não pode ser deduzido, como pretende a Comissão, da menção de «firma Henss GmbH, grupo Isoplus», escrita numa nota do Sr. Henss de 21 de Abril de 1995 (documento complementar da comunicação de acusações n.º 17), dado que se trata de uma declaração em nome da Henss

Rosenheim, na qual a vírgula que precede os termos «grupo Isoplus» indica simplesmente que a empresa Henss Rosenheim pertencia ao grupo espontâneo no qual os outros participantes do cartel tinham agrupado as recorrentes devido aos contratos de agência comercial que uniam estas últimas. A existência de um mandatário ou de um porta-voz desse grupo espontâneo não é suficiente para fazer dele um grupo na acepção do direito das sociedades.

- 51 Além disso, a decisão não cita qualquer elemento com base no qual as recorrentes, na falta de um grupo, pelo menos de facto, seriam mutuamente responsáveis pelas práticas anticoncorrenciais cometidas por cada uma delas.
- 52 A recorrida observa que o conceito de grupo designa a entidade económica formada pelas quatro empresas participantes no cartel, ou seja, a Henss Rosenheim (actual Isoplus Rosenheim), a Henss Berlin, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen, que teriam sido sujeitas ao mesmo controlo uniforme, em especial no que diz respeito à participação no cartel. O Sr. Henss fora director-geral da Henss Berlin e da Henss Rosenheim e controlara esta última, bem como a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen através de participações directas ou indirectas. Além disso, nas reuniões do clube dos directores, em que as empresas do grupo receberam uma quota única, o Sr. Henss definiu e representou simultaneamente os interesses de cada uma das empresas do grupo.
- 53 Dado que todos os elementos pessoais, materiais e não materiais que, de um ponto de vista formal, estavam ligados às empresas pertencentes ao grupo Henss/Isoplus faziam parte de uma entidade mais importante cujos objectivos económicos teriam sido determinados de modo unitário, haveria, na acepção do direito da concorrência, uma única empresa sob a forma de «grupo». Esta conclusão não pode ser posta em causa pelo facto de a direcção desta entidade não ter sido assegurada por uma sociedade financeira. Também não é importante saber se a pessoa singular ou colectiva que assegura a direcção exerce igualmente uma actividade de empresa em seu próprio nome.

## 2. Apreciação do Tribunal

- 54 Ao proibir as empresas, nomeadamente, de celebrarem acordos ou de participarem em práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum, o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado dirige-se a entidades económicas constituídas cada uma numa organização unitária de elementos pessoais, materiais e incorpóreos, que prossegue, de forma duradoura, um objectivo económico determinado, organização esta que pode concorrer para a prática de uma das infracções previstas nesta disposição (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, Shell/Comissão, T-11/89, Colect., p. II-757, n.º 311, e de 14 de Maio de 1998, Mo och Domsjö/Comissão, T-352/94, Colect., p. II-1989, n.º 87).
- 55 No caso em apreço, há que referir que, na época da infracção, as sociedades Henss Berlin e Henss Rosenheim (a seguir, também, «sociedades Henss»), bem como as sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen (a seguir, também, «sociedades Isoplus») estavam, de uma ou de outra forma, sob o controlo do Sr. Henss.
- 56 Com efeito, é um facto que o Sr. Henss sempre deteve 90% do capital social da Henss Rosenheim, sendo o outro capital detido pela sua mulher, e foi o director-geral desta sociedade até à alteração da denominação para Isoplus Rosenheim, em 1 de Janeiro de 1997. Nessa época, o Sr. Henss e a sua mulher cederam as suas partes à HFB KG, da qual o Sr. Henss ficou, apesar disso, o accionista maioritário e que funciona ela própria como sociedade-mãe da Isoplus Rosenheim, possuindo a totalidade do capital social desta.
- 57 Quanto à Henss Berlin, é ponto assente que, quando da sua fundação em Agosto de 1990, o Sr. Henss adquiriu 90% do capital social. No momento da cessão da totalidade das partes da Henss Berlin à HFB KG, em 1 de Janeiro de 1997, essas

partes estavam nas mãos do Sr. Papsdorf, o director-geral da Isoplus Rosenheim, e da sua mulher. Embora o momento em que estes últimos adquiriram as partes do Sr. Henss não resulte dos autos, é um facto que o Sr. Henss foi, ele próprio, o director da Isoplus Rosenheim, a partir de Fevereiro de 1994. Além disso, afigura-se que, em Dezembro de 1990, no momento da celebração, pela Henss Berlin, de um contrato de representação comercial com a Isoplus Hohenberg, o Sr. Henss já representava a Henss Berlin como «único director».

- 58 No respeitante à Isoplus Hohenberg, as recorrentes já não contestam, na sua petição, que, pelo menos a partir de Outubro de 1991, a maioria das partes sociais da mesma eram detidas, através de um mandatário, pelo Sr. Henss.
- 59 No que se refere à Isoplus Sondershausen, afigura-se que a totalidade das acções é detida nominalmente pela Isoplus Hohenberg. Embora esta última só possua, por sua própria conta, um terço das acções, é um facto que outro terço das acções era detido por conta do Sr. Papsdorf, director-geral da Isoplus Rosenheim nessa época, e da sua mulher, tendo a sua participação sido cedida, através do contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, à HFB KG.
- 60 Em seguida, há que observar que o Sr. Henss representou, nas reuniões do clube dos directores, as sociedades Henss e Isoplus. Decorre das notas tomadas por certos participantes nas discussões sobre a repartição do mercado alemão que eram preconizadas partes de mercado para a entidade denominada «Isoplus» (v. anexos 39, 40, 44, 45 e 49 da comunicação de acusações), «Isoplus/Henss» (v. anexos 48 e 53 da comunicação de acusações), ou, simultaneamente, «Isoplus» e «Henss» (v. anexo 37 da comunicação de acusações). Além disso, é mencionado expressamente, no convite enviado pela ABB, enquanto presidente da associação profissional European District Heating Pipe Manufacturers Association (a seguir «EuHP»), para a reunião de 11 de Agosto de 1992 (anexo 38 da comunicação de acusações), que o Sr. Henss representava a «Isoplus». Por último, é um facto que, aquando da atribuição, pelo cartel, de quotas ao nível europeu, foi atribuída uma quota única às sociedades Henss e Isoplus.

- 61 Nestas circunstâncias, foi com razão que a Comissão considerou que as actividades no seio do cartel das sociedades de distribuição Henss Berlin e Henss Rosenheim (actual Isoplus Rosenheim) e das sociedades de produção Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen eram o comportamento de uma única entidade económica, sob um controlo único e prosseguindo, de forma duradoura, um objectivo económico comum.
- 62 Além disso, a existência de uma entidade económica única prosseguindo interesses comuns é confirmada por documentos internos das sociedades em questão. Assim, a acta de uma reunião do conselho fiscal das sociedades Isoplus, de 3 de Fevereiro de 1994 (documento complementar da comunicação de acusações n.º 21), menciona um «grupo Isoplus», cujo volume de negócios é composto, nomeadamente, pelos volumes de negócios da «Hohenberg» e da «Sondershausen», juntamente com os da «Henss». Do mesmo modo, resulta da nota do Sr. Henss, de 21 de Abril de 1995, que o mesmo aceitava participar num projecto de compra da Powerpipe em nome da «sociedade Henss GmbH, grupo Isoplus» (documento complementar da comunicação de acusações n.º 17).
- 63 Por outro lado, a versão das recorrentes, segundo a qual a associação das sociedades Henss com as sociedades Isoplus se explica pelo facto de as primeiras serem as representantes comerciais das segundas não pode ser aceite. Com efeito, a Henss Rosenheim actuava, durante todo o período em causa, também como representante comercial da filial alemã da ABB, ou seja, a ABB Isolrohr GmbH (a seguir «ABB Isolrohr»). Ora, dada a atribuição, a nível europeu, de uma quota única para as sociedades Henss e Isoplus, e visto o papel desempenhado pelo Sr. Henss, simultaneamente como representante de todas estas sociedades nas reuniões dos directores e como director ou sócio nessas sociedades, é manifesto que as sociedades Henss e Isoplus actuavam em conjunto no mercado como uma única entidade económica.
- 64 Quanto ao facto de os interesses da Henss Berlin serem defendidos pelo Sr. Henss do mesmo modo que os da Henss Rosenheim, há que observar ainda, no que diz respeito ao projecto de Leipzig-Lippendorf, que resulta da acta de uma reunião

do cartel de 10 de Janeiro de 1995, na qual o Sr. Henss estava presente (anexo 70 da comunicação de acusações), que foi decidido atribuir esse projecto à ABB Isolrohr, à Pan-Isovit e à «Henz», sem ser precisado se se tratava da Henss Berlin ou da Henss Rosenheim. Ora, é um facto que a proposta correspondente a este projecto foi seguidamente feita pela Henss Berlin e não pela Henss Rosenheim, embora o Sr. Henss não tivesse, nominalmente, a qualidade de accionista da primeira, mas efectivamente da segunda. Além disso, numa lista de projectos de 22 de Março de 1995, elaborada pela ABB, as três sociedades designadas como favoritas para o projecto de Leipzig-Lippendorf eram a ABB, a Pan-Isovit e a «Isoplus» (anexo 71 da comunicação de acusações), o que confirma ainda que se considerava que as sociedades Henss e Isoplus faziam parte da mesma entidade económica.

- 65 A circunstância de a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen actuarem no mesmo mercado não exclui que pertencem ao mesmo grupo económico. Há que salientar, por outro lado, que, durante o procedimento administrativo na Comissão, a Isoplus Sondershausen se manifestava ainda como filial, propriedade a 100% da Isoplus Hohenberg.
- 66 Contrariamente ao que alegam as recorrentes, não é necessário que a própria entidade económica considerada «grupo» seja dotada de personalidade jurídica. Com efeito, o conceito de empresa, colocado no contexto do direito da concorrência, deve ser interpretado no sentido de que designa uma unidade económica do ponto de vista do objecto do acordo em causa, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1984, Hydrotherm, 170/83, Recueil, p. 2999, n.º 11). Não existindo uma pessoa jurídica que, como dirigente, pudesse ser responsabilizada pela coordenação da acção do grupo, a quem fossem imputadas as infracções cometidas pelas suas diversas sociedades componentes, a Comissão tem o direito de considerar que as sociedades componentes são solidariamente responsáveis pela totalidade dos actos do grupo, a fim de evitar que a separação formal entre essas sociedades, resultante da sua personalidade jurídica diferente, possa opor-se à unidade do seu comportamento no mercado, para efeitos da aplicação das regras de concorrência (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão, 48/69, Colect., p. 205).

- 67 Dado que a Comissão considerou que o grupo Henss/Isoplus era a empresa que cometeu a infracção pela qual as sociedades componentes do grupo foram consideradas responsáveis, não é importante saber, no caso em apreço, se o Sr. Henss pode ser considerado pessoalmente uma empresa na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 68 Decorre de todas as considerações precedentes que o fundamento deve ser rejeitado.

*B — Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação de formalidades essenciais aquando da indicação do grupo Henss/Isoplus no dispositivo da decisão*

#### 1. Argumentos das partes

- 69 As recorrentes alegam que a Comissão violou formalidades essenciais, nomeadamente as previstas pelo Regulamento n.º 17, ao declarar que o «grupo Henss/Isoplus» era destinatário da decisão. Não havendo personalidade colectiva ou quase-personalidade colectiva, o grupo Henss/Isoplus não tem capacidade jurídica no âmbito de um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado regido pelo Regulamento n.º 17, em especial, para estar em juízo no Tribunal de Primeira Instância.
- 70 A este respeito, as recorrentes alegam que a Comissão refere, no artigo 1.º do dispositivo da decisão, que o «grupo Henss/Isoplus» infringiu as disposições do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. No artigo 2.º da decisão, a Comissão precisa em seguida que as empresas designadas no artigo 1.º porão imediatamente termo à infracção, se ainda não o tiverem feito. Além disso, o artigo 3.º da decisão dispõe

que «[s]ão aplicadas às empresas nomeadas no artigo 1.º, devido às respectivas infracções, as seguintes coimas», e especifica, na alínea d): «O grupo Henss/Isoplus, uma coima de 4 950 000 ecus, relativamente à qual são solidariamente responsáveis as seguintes empresas: [...]». Por último, no artigo 5.º, alínea d), da decisão, é referido, como destinatário da decisão, o «grupo Henss/Isoplus, representado por: [...]». Do ponto de vista do direito processual, a Comissão considerou, portanto, o grupo Henss/Isoplus um destinatário da decisão e não as empresas identificadas no artigo 5.º da decisão, que só foram designadas relativamente à sua obrigação solidária de pagamento da coima do grupo Henss/Isoplus.

- 71 As recorrentes observam que o presente recurso não pode ter o valor do reconhecimento pela sua parte de que a decisão é válida quanto a este aspecto, uma vez que interpuseram o presente recurso. Pelo contrário, entendem, ao fazê-lo, alegar cada uma os seus próprios direitos, bem como, a título cautelar, os direitos que a Comissão considera como sendo do grupo Henss/Isoplus. Assim, os seus pedidos são apresentados em seu próprio nome, bem como em nome do grupo Henss/Isoplus, no qual a Comissão as reuniu.
- 72 A recorrida afirma que as destinatárias da decisão são, na medida em que interessa ao presente caso, as empresas claramente identificadas no artigo 5.º do dispositivo da decisão. Aliás, as recorrentes teriam compreendido a decisão nesse sentido, tendo interposto o recurso em seu próprio nome e designando-se elas próprias destinatárias da decisão.
- 73 No respeitante à utilização das denominações «Henss/Isoplus» ou «grupo Henss/Isoplus» na decisão, haveria que diferenciar a identificação da empresa, eventualmente constituída sob a forma de um grupo, que cometeu uma infracção, e a identificação da pessoa singular ou colectiva, capaz de usufruir de direitos e estar sujeita a deveres, que é formalmente responsável por essa infracção. Mesmo que a formulação «grupo Henss/Isoplus, representado por [...]», que figura no



artigo 5.º, alínea d), da decisão, não seja particularmente feliz, não se pode deduzir da mesma que o grupo Henss/Isoplus é, enquanto tal, devedor da coima, dado que a disposição em causa se refere às mesmas sociedades identificadas pelo artigo 3.º, alínea d), da decisão como devedoras solidárias da coima.

- 74 Por último, a decisão foi notificada pelo ofício enviado separadamente a cada uma das cinco recorrentes e não ao «grupo Henss/Isoplus».

## 2. Apreciação do Tribunal

- 75 Foi afirmado, no n.º 66 *supra*, que, não havendo uma pessoa jurídica que, à frente do grupo Henss/Isoplus, pudesse, como responsável pela coordenação da acção do grupo, ser acusada das infracções cometidas pelas suas diversas sociedades componentes, a Comissão tem o direito de considerar que estas últimas são solidariamente responsáveis pela totalidade dos actos do grupo.
- 76 A este respeito, o artigo 1.º da decisão identifica o «grupo Henss/Isoplus» entre as empresas que cometeram a infracção descrita na mesma disposição. Do mesmo modo, o artigo 2.º da decisão remete para as «empresas designadas no artigo 1.º», para identificar as empresas que devem pôr termo à infracção, se ainda não o tiverem feito.
- 77 Em seguida, nos artigos 3.º e 5.º da decisão, a Comissão identificou as pessoas colectivas que devem responder pela infracção cometida pelo «grupo Henss/Isoplus», e que são, assim, solidariamente responsáveis pela coima aplicada ao referido grupo.

- 78 Ora, não havendo personalidade jurídica do grupo Henss/Isoplus, os artigos 3.º e 5.º da decisão não podem ser interpretados de outra forma senão designando as recorrentes como destinatárias da decisão enquanto componentes do grupo Henss/Isoplus. O facto de o grupo Henss/Isoplus ser identificado através das suas componentes implica que não pode sofrer de falta de protecção jurisdicional. Com efeito, está em condições de defender, eventualmente, os seus interesses através das suas componentes.
- 79 Além disso, o facto de as recorrentes terem sido as destinatárias da decisão como componentes do grupo Henss/Isoplus não suscita qualquer dúvida, uma vez que a decisão foi notificada separadamente a cada uma das recorrentes e não ao grupo Henss/Isoplus, único designado como autor da infracção no artigo 1.º da decisão.
- 80 Tendo em conta a sua qualidade de destinatárias da decisão enquanto componentes do grupo Henss/Isoplus, o fundamento invocado pelas recorrentes no que diz respeito à violação do Regulamento n.º 17 deve ser rejeitado.

*C — Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do dever de fundamentação*

1. Argumentos das partes

- 81 Segundo as recorrentes, a Comissão violou o dever de fundamentação imposto pelo artigo 190.º do Tratado CE (actual artigo 253.º CE), na medida em que a decisão não contém qualquer fundamentação justificando que o «grupo Henss/Isoplus» possa ser parte num processo nos termos do Regulamento n.º 17 e, por esse facto, ser destinatário de uma decisão em aplicação do referido regulamento. A afirmação da Comissão, no considerando 160 da decisão, segundo a qual

comunicação de acusações era dirigida ao grupo Henss/Isoplus e segundo a qual, não existindo uma sociedade financeira única, as quatro empresas de exploração designadas eram os representantes do grupo para efeitos de notificação e de execução, é insuficiente em relação à sua declaração no considerando 15 da decisão, segundo a qual o grupo Henss/Isoplus era um «grupo de facto», sem personalidade jurídica própria e sem capacidade judiciária.

- 82 A recorrida expõe que foi demonstrado nos considerandos 157 a 160 da decisão que as empresas reunidas sob a denominação «grupo Henss/Isoplus» se comportavam como um grupo de facto, de modo que as recorrentes devem ser solidariamente obrigadas ao pagamento da coima. Como o grupo Henss/Isoplus não foi parte no processo, não é necessária qualquer justificação a este respeito.

## 2. Apreciação do Tribunal

- 83 Há que observar que as recorrentes se apoiam numa interpretação da decisão segundo a qual esta considerou o grupo Henss/Isoplus a pessoa implicada no procedimento administrativo. Ora, esta interpretação foi rejeitada por ser errada, dado que, na decisão, foram identificadas, nos artigos 3.º e 5.º do dispositivo, as sociedades solidariamente responsáveis pela coima aplicada à infracção cometida pelo grupo Henss/Isoplus e, por esse facto, consideradas destinatárias da decisão enquanto componentes desse grupo (v. os n.ºs 75 a 80, *supra*).

- 84 No respeitante à infracção cometida pelo grupo Henss/Isoplus e ao facto de as recorrentes serem consideradas responsáveis pela execução da decisão, enquanto componentes do grupo Henss/Isoplus, há que recordar os considerandos 157 a 160 da decisão.

- 85 Em primeiro lugar, a Comissão mencionou, no considerando 157 da decisão, que «[a]s empresas Henss e Isoplus comportaram-se de facto como um grupo». Para apoiar esta conjectura, explicou que o Sr. Henss era o sócio maioritário da Isoplus Hohenberg, sociedade que detinha a totalidade do capital da Isoplus Sondershausen, e que foi accionista maioritário e director-geral da Henss Rosenheim e director-geral (mas não accionista) da Henss Berlin, empresas que actuavam como agentes comerciais da Isoplus na Alemanha. No mesmo ponto da sua decisão, a Comissão assinala que «é evidente que, uma vez que foi o Dr. W. Henss que assistiu a todas as reuniões do clube de directores, era ele que exercia as funções de gestão e de controlo da Isoplus e que as empresas Henss e Isoplus constituíam em conjunto um grupo de facto». Sempre segundo a Comissão, «era do conhecimento geral no sector que a Henss constituía o poder subjacente à Isoplus».
- 86 No considerando 158 da decisão, a Comissão expõe que, dado que, no momento do envio da comunicação de acusações, não existia, tanto quanto era do seu conhecimento, uma sociedade financeira a quem dirigir a comunicações de acusações, dirigiu-a ao grupo Henss/Isoplus, representado pelas suas quatro principais empresas na Comunidade, ou seja, a Isoplus Hohenberg, a Isoplus Sondershausen, a Henss Rosenheim e a Henss Berlin. Segundo a decisão, foi claramente indicado na comunicação de acusações «que o processo visava o grupo Henss/Isoplus e que, na ausência de uma única sociedade [sociedade financeira], as quatro empresas de exploração designadas eram os representantes do grupo para efeitos de notificação e de execução» (ponto 160, quarto parágrafo).
- 87 Por último, a Comissão invoca que, ao ter tido conhecimento, através de um contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, que foram criadas sociedades financeiras, a HFB GmbH e a HFB KG, a quem foram cedidas as participações detidas na Isoplus Rosenheim e na Isoplus Hohenberg, e que, além disso, foi criada uma sociedade em participação, a Isoplus stille Gesellschaft, dirigiu a decisão não apenas à Isoplus Hohenberg, à Isoplus Sondershausen e à Isoplus Rosenheim mas igualmente à HFB GmbH e à HFB KG, bem como à Isoplus stille Gesellschaft (considerando 160 da sua decisão).

- 88 Decorre do que precede que a Comissão expôs as razões pelas quais considerou que as empresas Henss e Isoplus constituíam um grupo de facto. Além disso, explicou que, na ausência de sociedade financeira que traduza a existência do referido grupo, este devia ser apreciado através das suas sociedades componentes, para efeitos de notificação e do pagamento da coima.
- 89 Deste modo, há que rejeitar o presente fundamento.

## II — *Quanto aos fundamentos relativos à HFB GmbH e à HFB KG*

- 90 No respeitante à HFB GmbH e à HFB KG, as recorrentes suscitam três fundamentos, relativos, o primeiro, à aplicação errada do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, o segundo, à violação do direito de defesa e, o terceiro, à violação do dever de fundamentação.

### A — Argumentos das partes

- 91 As recorrentes alegam que a Comissão condenou erradamente a HFB GmbH e a HFB KG no pagamento solidário da coima, com as outras recorrentes, no âmbito do grupo Henss/Isoplus.
- 92 As recorrentes observam que, segundo a decisão, a infracção cessou o mais tardar em Março ou Abril de 1996. Dado que a HFB GmbH e a HFB KG só foram

criadas em 15 de Janeiro de 1997 e, juridicamente, só existirem a partir da sua inscrição no registo comercial, isto é, respectivamente, em 10 e 27 de Fevereiro de 1997, não poderiam fazer parte dele. Por não existirem juridicamente antes de 1997, também não poderiam ser consideradas responsáveis por eventuais comportamentos anticoncorrenciais de outras empresas do grupo Henss/Isoplus. Com efeito, por força da presunção de inocência, só pode ser aplicada uma coima às empresas no âmbito de um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado, regido pelo Regulamento n.º 17, no caso de participação com culpa ou, pelo menos, com negligência.

- 93 Só no caso de uma empresa ser transformada ou absorvida por outra empresa é que esta última poderia, como sucessora nos direitos a título universal da primeira, ser considerada responsável pela infracção cometida pela antiga empresa, na condição de a entidade económica da empresa não ter sido alterada. A este respeito, as recorrentes recordam que a HFB KG adquiriu as suas participações na Isoplus Rosenheim e na Isoplus Sondershausen a pessoas singulares, ou seja, o Sr. e a Sr.ª Henss, em relação à Isoplus Rosenheim, e o Sr. e a Sr.ª Papsdorf, relativamente à Isoplus Sondershausen. Ora, uma empresa não pode ser considerada responsável como sucessora nos direitos de pessoas singulares, detentoras de partes da sociedade que cometeu a infracção e que, como simples portadores dessas partes, não constituem, elas próprias, empresas na acepção dos artigos 85.º e 86.º do Tratado.
- 94 Contrariamente ao que fez a Comissão, não pode ser invocada a existência de numerosas transformações do grupo Henss/Isoplus, sob a direcção do Sr. Henss. A razão pela qual a HFB GmbH e, por esse motivo, a HFB KG foram criadas foi facilitar uma eventual venda de diversas participações nas empresas de aquecimento urbano no seu conjunto. Com efeito, certos aumentos do capital social e diversas medidas de entrada de capitais foram exclusivamente fundamentadas por razões de balanço. Essas alterações de capital e essas medidas teriam ocorrido depois do termo da infracção e mesmo, para algumas, depois da adopção da decisão.
- 95 A recorrida observa que a HFB GmbH e a HFB KG podem ser consideradas co-responsáveis pelas infracções cometidas pelo grupo Henss/Isoplus, indepen-

dentemente do facto de essas empresas não terem elas próprias infringido as regras da concorrência e não terem assumido todos os direitos e obrigações de empresas que cometeram as infracções.

- 96 Com efeito, uma pessoa colectiva pode ser considerada responsável por infracções cometidas por uma sociedade de que assumiu o controlo, mesmo se as infracções tiverem sido cometidas antes desse controlo (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Cascades/Comissão, T-308/94, Colect., p. II-925). Como a Comissão podia considerar a HFB GmbH e a HFB KG co-responsáveis pelas infracções em causa, poderia incluí-las também entre as empresas obrigadas ao pagamento da coima (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Metsä-Serla e o./Comissão, T-339/94 a T-342/94, Colect., p. II-1727).
- 97 Ao imputar a responsabilidade pelas infracções cometidas à HFB GmbH e à HFB KG, a Comissão não teria de forma alguma infringido a presunção de inocência. No caso em apreço, as reestruturações através das quais a HFB GmbH e a HFB KG adquiriram determinadas participações do Sr. Henss e, assim, o controlo directo sobre a Isoplus Rosenheim teriam constituído alterações que ocorreram dentro de uma única empresa e controladas pela direcção unitária desta última.
- 98 A este respeito, é pouco importante que os sócios, enquanto tais, não tenham sido empresas. Segundo a Comissão, as empresas podem ser constituídas por diversos componentes, dos quais alguns exercem funções de exploração e outros funções de direcção. No caso vertente, esta última função teria sido e continua a ser assumida pelo Sr. Henss, que, no entanto, delegou uma parte à HFB KG, que ele próprio controla.
- 99 Neste contexto, a Comissão expõe que podia considerar o Sr. Henss pessoalmente responsável pelas infracções cometidas pela Isoplus Rosenheim, porque, durante o período em que as infracções foram cometidas, a política desta

sociedade não poderia ser definida independentemente dele, tanto mais que outras sociedades membros do grupo Henss/Isoplus participaram na infracção. Dado que o Sr. Henss controla a HFB GmbH graças à participação que possui no seu capital e que continua a exercer aí a função de director-geral, esta última sociedade e a HFB KG deveriam admitir que lhes é imputado o facto de o Sr. Henss ter conhecimento das infracções cometidas pela sociedade cedida. Além disso, o valor das partes adquiridas poderia ser alterado pela infracção.

- 100 Por último, há que ter em consideração, por um lado, o interesse legítimo da Comissão em poder servir-se, no quadro de uma eventual execução judicial, do património do grupo, independentemente das reestruturações tais como as ocorridas no caso em apreço e, por outro, as dificuldades que a Comissão pode ter em caso de execução judicial contra particulares. Uma reestruturação como a da constituição da HFB GmbH e da HFB KG, em que o Sr. Henss era ao mesmo tempo vendedor e comprador, não deveria levar a que a Comissão perdesse a possibilidade de intervir contra o novo detentor das participações em questão.

## B — Apreciação do Tribunal

- 101 Há que recordar que a Comissão reuniu as sociedades Henss e Isoplus no seio de um grupo de facto, que foi considerado como sendo a empresa que participou na infracção. Devido à falta de uma sociedade-mãe representando o grupo Henss/Isoplus ou de uma sociedade responsável pela coordenação da acção do grupo, a Comissão imputou a responsabilidade da infracção às sociedades componentes do grupo na data da adopção da decisão, entre as quais a HFB GmbH e a HFB KG.

- 102 Ora, há que referir que, não existindo a HFB GmbH e a HFB KG no momento em que a infracção foi cometida, a responsabilidade da infracção não pode, assim, ser-lhes imputada com base em qualquer função de iniciativa e de coordenação



exercida, no que diz respeito às actividades impugnadas, relativamente às outras sociedades pertencentes ao grupo Henss/Isoplus (v., a este respeito, acórdão Shell/Comissão, já referido, n.º 312).

- 103 Do mesmo modo, a responsabilidade pela infracção não pode ser imputada à HFB GmbH e à HFB KG apenas por pertencerem ao grupo Henss/Isoplus no momento da adopção da decisão. Com efeito, em princípio, cabe à pessoa singular ou colectiva que dirigia a empresa em causa no momento em que foi cometida a infracção responder por esta, mesmo que, na data da adopção da decisão que declara provada a infracção, a exploração da empresa tenha sido colocada sob a responsabilidade de outra pessoa (acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Cascades/Comissão, C-297/98 P, Colect., p. I-9693, n.º 78, e SCA Holding/Comissão, C-297/98 P, Colect., p. I-10101, n.º 27). No caso em apreço, pressupondo que a HFB GmbH e a HFB KG funcionam como sociedades financeiras responsáveis, no todo ou em parte, pelo grupo Henss/Isoplus, sendo essa situação posterior à infracção, não pode ser imputado a estas duas sociedades o comportamento infractor do grupo Henss/Isoplus, anterior à aquisição do todo ou de parte deste último.
- 104 Só assim não será se a ou as pessoas colectivas responsáveis pela exploração da empresa tiverem cessado a sua existência jurídica após o cometimento da infracção (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 145). Ora, é um facto que já existiam as sociedades em causa no momento em que a infracção foi cometida.
- 105 Resulta dos autos que a Comissão considera a HFB GmbH e a HFB KG solidariamente responsáveis pela infracção cometida pelo grupo Henss/Isoplus, nomeadamente devido ao facto de terem obtido do Sr. Henss o controlo exercido por este último sobre as empresas do grupo, em especial, o controlo directo sobre a Isoplus Rosenheim. A este respeito, basta observar que, na medida em que a Comissão, na decisão, não considerou o Sr. Henss pessoalmente responsável pela infracção cometida pelo grupo Henss/Isoplus, não pode ser imputada à HFB

GmbH e à HFB KG, a título de uma sucessão económica, uma responsabilidade que, deliberadamente, não foi declarada anteriormente.

- 106 É verdade que, em certas circunstâncias, pode ser imputada uma infracção às regras da concorrência ao sucessor económico da pessoa colectiva que é o autor dela, ainda que esta última não tenha cessado a sua existência na data de adopção da decisão que declara a referida infracção, a fim de que o efeito útil dessas regras não seja comprometido devido às mudanças introduzidas, nomeadamente, na forma jurídica das empresas em causa (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Março de 1999, NMH Stahlwerke/Comissão, T-134/94, Colect., p. II-239, n.º 127). Todavia, diferentemente do processo que deu origem ao acórdão NMH Stahlwerke/Comissão, já referido, no caso em apreço, as pessoas singulares e colectivas implicadas na infracção continuaram plenamente as suas actividades comerciais, ao passo que as sociedades HFB GmbH e HFB KG ainda não existiam no momento da infracção.
- 107 Além disso, não é possível, com base em informações que foram fornecidas ao Tribunal durante a fase escrita do processo e, ulteriormente, na audiência, concluir pela existência de manobras levadas a cabo com a finalidade específica de escapar a sanções aplicadas por violação das regras de concorrência (v. acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.º 146).
- 108 Por conseguinte, há que afirmar que a Comissão cometeu um erro de direito ao considerar a HFB KG e a HFB GmbH solidariamente responsáveis pela coima aplicada pela participação na infracção do grupo Henss/Isoplus. Assim, não há que decidir quanto aos segundo e terceiro fundamentos relativos à HFB GmbH e à HFB KG, baseados na violação do direito de defesa e no dever de fundamentação.
- 109 Os artigos 3.º, alínea d), e 5.º, alínea d), da decisão devem ser anulados na medida em que dizem respeito à HFB KG e à HFB GmbH.

III — *Quanto aos fundamentos relativos à Isoplus stille Gesellschaft*

## A — Argumentos das partes

- 110 As recorrentes e, em especial, a Isoplus Hohenberg censuram a Comissão por ter igualmente dirigido a decisão à Isoplus stille Gesellschaft, na qualidade de empresa do grupo Henss/Isoplus. Em conformidade com o direito austríaco, a Isoplus stille Gesellschaft, enquanto sociedade em participação, não seria uma pessoa colectiva nem uma sociedade comercial, mas simplesmente uma sociedade interna que, enquanto tal, não é susceptível de ser titular de direitos e de obrigações, podendo apenas o proprietário da exploração ser titular desses direitos e obrigações. Além disso, em Setembro de 1997, a sociedade Isoplus stille Gesellschaft teria sido dissolvida sem liquidação, tendo os seus activos entrado na sociedade fundadora, a Isoplus Hohenberg, sob a forma de um aumento de capital.
- 111 Neste âmbito, a Isoplus Hohenberg invoca, em primeiro lugar, um fundamento relativo à violação do artigo 85.º do Tratado, na medida em que a decisão é dirigida a uma sociedade em participação que, não tendo personalidade colectiva ou quase-colectiva, não é uma empresa na acepção dos artigos 85.º e 86.º do Tratado e não poderia, assim, ser destinatária de uma decisão da Comissão no âmbito de um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado.
- 112 A Isoplus Hohenberg invoca igualmente uma violação das formalidades essenciais na medida em que a Comissão, na sua decisão, aplicou uma coima a uma empresa que, enquanto sociedade em participação, não teria a capacidade de se defender em juízo na acepção do direito austríaco e não poderia, deste modo, interpor um recurso no Tribunal de Primeira Instância. Além disso, essa decisão também não poderia ser dirigida a uma empresa que, independentemente da sua qualificação jurídica, já não existia no momento da adopção da decisão, devido à sua dissolução.

- 113 Por outro lado, a Isoplus Hohenberg observa que não foi enviada qualquer comunicação de acusações à Isoplus stille Gesellschaft. Precisa a este respeito que, na audição de 24 e 25 de Novembro de 1997, não foi possível examinar a questão de saber se, nos termos do direito austríaco, uma sociedade em participação possui personalidade colectiva ou quase-colectiva e devido a esse facto lhe é concedida a capacidade de estar em juízo, nem a circunstância da dissolução da sociedade em participação, dado que, apesar de um pedido nesse sentido do seu advogado, o conselheiro-auditor não procedeu a uma audição separada quanto a esses aspectos. Na sua resposta de 30 de Março de 1998 ao pedido de informações de 24 de Fevereiro de 1998 (a seguir «carta de 30 de Março de 1998»), a recorrente, por conseguinte, não se referiu ao problema dessa sociedade em participação. Este problema só foi suscitado pela carta de 22 de Outubro de 1998 enviada à Comissão.
- 114 Por último, a Comissão teria violado o seu dever de fundamentação, dado que a decisão não contém as explicações demonstrando como é que uma sociedade em participação de direito austríaco pode ser destinatária de uma decisão da Comissão no âmbito de um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado.
- 115 A recorrida observa que a sociedade Isoplus stille Gesellschaft, como a própria Isoplus Hohenberg o refere, já tinha deixado de existir no momento da decisão. A decisão seria assim inoperante em relação a essa sociedade. Apesar disso, dessa circunstância não pode ser tirado nenhum fundamento contra a decisão. Além disso, seria possível chegar à mesma conclusão se a sociedade em participação ainda existisse no momento da adopção da decisão. Como a própria Isoplus Hohenberg reconhece, a referida sociedade não tem personalidade jurídica, de modo que a decisão não poderia produzir qualquer efeito jurídico a seu respeito, nem, por conseguinte, afectá-la de forma negativa.

## B — Apreciação do Tribunal

- 116 Há que observar que, tendo em conta o facto de a sociedade Isoplus stille Gesellschaft estar dissolvida no momento da adopção da decisão, esta última não

pôde produzir efeitos jurídicos em relação a esta sociedade. Por conseguinte, a decisão não produziu efeitos jurídicos na medida em que é dirigida à Isoplus stille Gesellschaft.

- 117 Dado que a Isoplus Hohenberg, que sempre foi titular de todos os direitos e obrigações que possam existir em relação à Isoplus stille Gesellschaft, é ela própria destinatária da decisão, a inclusão da Isoplus stille Gesellschaft entre os destinatários da decisão também não pôde produzir qualquer efeito jurídico em relação à Isoplus Hohenberg senão o resultante do facto de a decisão ter sido dirigida a esta última e de esta ter sido considerada solidariamente responsável pela coima aplicada ao grupo Henss/Isoplus.
- 118 Sendo a decisão inoperante na medida em que se dirige e se refere à Isoplus stille Gesellschaft, o recurso, na medida em que diz respeito a esta última, é desprovido de objecto e, portanto, não há que decidir a este respeito.

*IV — Quanto aos fundamentos invocados no que diz respeito a todas as recorrentes*

- 119 No que diz respeito a todas as recorrentes, foram invocados cinco fundamentos. O primeiro fundamento é relativo aos erros de facto e de direito na aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. O segundo fundamento é relativo à violação do direito de defesa. O terceiro fundamento é relativo à ilegalidade das linhas orientadoras para o cálculo das coimas aplicadas nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e do artigo 65.º, n.º 5, do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «novas orientações» ou «orientações»). O quarto fundamento é

relativo à violação das regras relativas às coimas em matéria de concorrência, dos princípios gerais e a erros de apreciação na determinação do montante da coima. O quinto fundamento é relativo à violação do dever de fundamentação.

*A — Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de facto e de direito na aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado*

1. Quanto à participação na infracção antes de Outubro de 1994

120  
a  
181 [...] ]

b) Quanto à apreciação jurídica

182 No respeitante à apreciação jurídica da Comissão sobre os factos verificados antes de Outubro de 1994, as recorrentes alegam, essencialmente, seis acusações. Em primeiro lugar, as recorrentes denunciam a qualificação da infracção como «conjunto de acordos e práticas concertadas». Em segundo lugar, as recorrentes contestam a qualificação como acordo dos comportamentos declarados. Em terceiro lugar, as recorrentes contestam o conceito de práticas concertadas de que se serviu a Comissão. Em quarto lugar, as recorrentes alegam que a Comissão apreciou erradamente as consequências jurídicas de uma participação numa reunião que teve um objectivo concorrencial. Em quinto lugar, as recorrentes sustentam que a Comissão cometeu um erro quanto ao ónus da prova relativo à participação num cartel global. Em sexto lugar, as recorrentes censuram a Comissão por não ter apreciado a responsabilidade individual das sociedades consideradas fazendo parte do grupo Henss/Isoplus.

i) Quanto à qualificação da infracção como «conjunto de acordos e práticas concertadas»

### Argumentos das partes

- 183 As recorrentes contestam a afirmação da Comissão, feita nos considerandos 131 e 132 da sua decisão, segundo a qual, num cartel complexo e duradouro, fundado numa série de práticas concertadas e de acordos que se inserem num comportamento adoptado pelas empresas em causa tendo em vista um objectivo comum, ou seja, impedir ou falsear a concorrência, teria o direito de concluir no sentido da existência de uma infracção única e contínua. Com efeito, a Comissão sustenta erradamente que não é necessário, nesse caso, que ela qualifique a infracção, integrando-a numa só das duas categorias, a saber, acordo ou prática concertada.
- 184 As recorrentes recordam que não é necessário, no caso de um acordo na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, nem do de um «gentlemen's agreement» que tenha por objecto restringir o jogo da concorrência, demonstrar a existência de uma restrição efectiva da concorrência. Ao invés, no que diz respeito às práticas concertadas, não havendo uma coordenação voluntária de comportamentos tendo por objecto restringir a concorrência, compete à Comissão provar que as práticas concertadas tiveram efectivamente por efeito restringir a concorrência. Tendo em conta a distinção entre os conceitos de acordo e de prática concertada, só seria possível, para a Comissão, considerar uma infracção única ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, quando as violações da referida disposição revestissem diferentes formas. Com efeito, o respeito do princípio da presunção de inocência exige que sejam especificados, numa decisão adoptada em aplicação do Regulamento n.º 17, todos os elementos materiais de uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 185 A recorrida observa que, no caso em apreço, os acordos e as práticas concertadas postos em prática durante o período em questão teriam feito parte de um sistema

de reuniões periódicas tendo em vista regular o mercado através da fixação de preços e de quotas. Tendo-se manifestado este comportamento, em parte, em acordos e, em parte, em práticas concertadas, a Comissão tinha fundamento para declarar, no artigo 1.º da decisão, a existência de um acordo e de uma prática concertada. Deste modo, não ignorou os conceitos de acordo e de prática concertada nem violou princípios gerais de direito.

### Apreciação do Tribunal

- 186 É jurisprudência constante que, no âmbito de uma infracção complexa, que envolveu vários produtores durante vários anos, que prosseguia um objectivo de regulação em comum do mercado, não se pode exigir que a Comissão qualifique precisamente a infracção, em relação a cada empresa e em cada momento, como acordo ou como prática concertada, uma vez que, de qualquer modo, ambas essas formas de infracção são visadas pelo artigo 85.º do Tratado. A Comissão tem assim o direito de qualificar essa infracção única como «acordo e prática concertada» ou, ainda, como acordo «e/ou» prática concertada, na medida em que essa infracção comporte elementos que devem ser qualificados como acordo e elementos que devem ser qualificados como prática concertada (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/89, Colect., p. II-1711, n.º 264). Com efeito, seria artificial subdividir um comportamento contínuo, caracterizado por uma única finalidade, vendo nele várias infracções distintas (acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, n.º 263).
- 187 Nessa situação, a dupla qualificação deve ser compreendida não como exigindo simultânea e cumulativamente a prova de que cada um desses elementos de facto apresenta os elementos constitutivos de um acordo e de uma prática concertada, mas como designando um todo complexo que contém elementos de facto dos quais alguns foram qualificados de acordo e outros de prática concertada na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, que não prevê qualificação específica para esse tipo de infracção complexa (acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, n.º 264).



- 188 Embora o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado faça a distinção entre o conceito de prática concertada e o de acordo entre empresas ou de decisão de associação de empresas, é com a preocupação de apreender, nas proibições dessa disposição, diferentes formas de coordenação e de conluio entre empresas (acórdão ICI/Comissão, já referido, n.º 64). No entanto, daqui não decorre que uma série de comportamentos com o mesmo objecto anticoncorrencial, dos quais cada um, considerado isoladamente, integra o conceito de acordo, de prática concertada ou de decisão de associação de empresas, não possam constituir manifestações diferentes de uma única infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Assim, uma série de comportamentos de diversas empresas pode constituir a expressão de uma infracção única e complexa que em parte integra o conceito de acordo e em parte o de prática concertada (acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.ºs 112 a 114).
- 189 Contrariamente ao que invocam as recorrentes, a Comissão tinha o direito de afirmar que, nesse caso, não é necessário qualificar a infracção, integrando-a numa única das duas categorias, a saber, acordo ou prática concertada.
- 190 Com efeito, a comparação entre os conceitos de acordo e de prática concertada, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, revela que, do ponto de vista subjectivo, abrangem ambas formas de conluio que partilham da mesma natureza e que só se distinguem pela sua intensidade e pelas formas como se manifestam. Daqui resulta que, embora estes conceitos incluam elementos constitutivos parcialmente distintos, não são reciprocamente incompatíveis. Portanto, a Comissão não é obrigada a qualificar cada um desses comportamentos efectivos como acordo ou como prática concertada, mas pode qualificar alguns desses comportamentos, a título principal, como acordos, e outros, a título subsidiário, como práticas concertadas (acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.ºs 131 e 132).
- 191 Esta interpretação não conduz a consequências inaceitáveis em matéria de prova. Por um lado, a Comissão continua a ter de provar que cada comportamento observado fica abrangido pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a título

de acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas. Por outro, as empresas que são acusadas de ter participado na infracção têm a possibilidade de contestar, relativamente a cada um desses comportamentos, a qualificação ou as qualificações acolhidas pela Comissão, alegando que esta não fez prova dos elementos constitutivos das diferentes formas de infracções alegadas (acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.ºs 134 e 136).

- 192 Conclui-se que a Comissão não cometeu um erro de direito ao qualificar a infracção em causa, no artigo 1.º do dispositivo da decisão, como «conjunto de acordos e práticas concertadas», sem a incluir apenas numa destas duas categorias.

ii) Quanto à qualificação como acordo dos comportamentos verificados

#### Argumentos das partes

- 193 As recorrentes alegam, quanto ao conceito de acordo na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, que resulta da sanção de nulidade prevista no artigo 85.º, n.º 2, do Tratado que esse acordo deve envolver um compromisso jurídico. Deste modo, o que é denominado *gentlemen's agreement* não se enquadra no conceito de acordo. Enquanto as empresas não estiverem de acordo entre si, o seu comportamento só pode ser qualificado de tentativa de acordo, o que, em direito comunitário da concorrência, não é passível de coima.

- 194 Segundo as recorrentes, não houve acordo durante o período em questão, dado que só no Outono de 1994 é que foi celebrado um acordo em matéria de preços e de quotas.

- 195 No que diz respeito ao regime de quotas que, segundo a Comissão, teria sido adoptado em Agosto ou em Setembro de 1993, a Comissão teria mesmo mencionado, no considerando 51 da sua decisão, a respeito dos objectivos convencionados para o mercado alemão em relação a 1994, que «parecia» ter-se verificado um consenso geral, o que mostra que esse consenso não existiu. Segundo as observações do mesmo considerando da decisão, a Tarco teria emitido reservas a respeito das quotas. No considerando 52 da decisão, a Comissão precisa, além disso, que esse acordo, de facto, nunca ocorreu. Independentemente de as recorrentes nunca terem celebrado esse acordo ou de nunca nele terem colaborado, os factos invocados pela Comissão podem, no máximo, ser qualificados de tentativa de acordo.
- 196 A Comissão sublinha, de forma errada, no considerando 137 da sua decisão, que os acordos «rudimentares, muitas vezes fragmentados e não vinculativos», celebrados fora da Dinamarca antes de 1994, teriam constituído, de qualquer forma, infracções ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, os acordos rudimentares seriam acordos que ainda não existiam, não tendo surgido uma vontade comum entre as empresas em causa. Por conseguinte, esses acordos fragmentados e rudimentares apenas constituem tentativas de acordo que não são passíveis de coima.
- 197 De qualquer forma, a Henss Rosenheim e, por essa razão, o grupo Henss/Isoplus não só não acataram os resultados das reuniões mencionadas na decisão como, manifestamente, não se solidarizaram com esses resultados. A intervenção do advogado da empresa e a apresentação de uma queixa no órgão jurisdicional arbitral pela Henss Rosenheim contra a ABB Isolrohr não podem ser interpretadas senão como o facto de se distanciarem francamente dos resultados dessas reuniões na aceção da jurisprudência.
- 198 A recorrida observa que é suficiente, para admitir a existência de um acordo, segundo a jurisprudência, que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de adoptar um determinado comportamento no mercado. Não é de modo algum necessário que as partes tenham criado um vínculo jurídico.

Neste contexto, o aumento dos preços decidido em Outubro ou em Dezembro de 1991, o regime de quotas adoptado em Agosto ou em Setembro de 1993, bem como a tabela adoptada em Maio e em Agosto de 1994 têm carácter de acordo.

### Apreciação do Tribunal

- 199 É jurisprudência constante que, para que haja acordo, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, basta que as empresas em causa tenham manifestado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma determinada maneira (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.º 112, e de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck/Comissão, 209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 86; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 1991, Rhône-Poulenc/Comissão, T-1/89, Colect., p. II-867, n.º 120).
- 200 É esse o caso quando, entre várias empresas, existe um *gentlemen's agreement* que representa a fiel expressão de uma vontade comum e que incide sobre uma restrição da concorrência (acórdão ACF Chemiefarma/Comissão, já referido, n.º 112, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, Tréfileurope/Comissão, T-141/89, Colect., p. II-791, n.º 96). Nestas condições, não é pertinente analisar se as empresas se consideraram obrigadas — jurídica, factual ou moralmente — a adoptar o comportamento acordado entre si (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Mayr-Melnhof/Comissão, T-347/94, Colect., p. II-1751, n.º 65).
- 201 Contrariamente ao que invocam as recorrentes, não se pode deduzir uma conclusão inversa da sanção de nulidade prevista pelo artigo 85.º, n.º 2, do Tratado, que é concebida para os casos em que uma obrigação jurídica está efectivamente em causa. Com efeito, o facto de esta sanção só ser aplicada, por natureza, aos acordos que tenham um carácter obrigatório não significa que os acordos desprovidos desse carácter devam escapar à proibição imposta pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 202 No caso em apreço, a Comissão considerou, no considerando 137 da decisão, que, relativamente aos acordos concluídos fora da Dinamarca antes de 1994, foi celebrado um acordo expresse, pelo menos, no que diz respeito ao aumento dos preços na Alemanha a partir de 1 de Janeiro de 1992, sobre a fixação dos preços e a partilha de projectos em Itália e sobre o regime de quotas em termos de partes de mercado em Agosto de 1993. No respeitante à participação das recorrentes no cartel antes de Outubro de 1994, é um facto que a Comissão considerou como acordo, em primeiro lugar, o aumento dos preços no mercado alemão para 1992, decidido em Outubro e em Dezembro de 1991, em segundo lugar, o regime de quotas adoptado em Agosto ou em Setembro de 1993 e, em terceiro lugar, a tabela de preços adoptada em Maio e em Agosto de 1994.
- 203 A este respeito, há que remeter para os n.ºs 137 a 181 *supra*, em que foi afirmado que a Comissão, com base no conjunto das provas que reuniu, pôde considerar que o grupo Henss/Isoplus era parte no acordo concluído, o mais tardar, em 10 de Dezembro de 1991, relativo ao aumento dos preços brutos na Alemanha, no acordo relativo à repartição do mercado alemão convencionado, o mais tardar, em Setembro de 1993, e no acordo relativo à tabela de preços, adoptado nas reuniões de Maio e de Agosto de 1994.
- 204 Quanto a este aspecto, a oposição da Henss Rosenheim aos aumentos dos preços de agência impostos pela ABB Isolrohr não pode ser considerada um distanciamento em relação aos outros participantes no cartel, dado que essa oposição dizia apenas respeito aos preços de agência aplicados no âmbito da representação comercial da Henss Rosenheim e não aos preços de venda fixados pelas empresas em causa para o mercado alemão.
- 205 No respeitante ao acordo relativo à repartição do mercado alemão, celebrado em Agosto de 1993, não se pode sustentar que a Comissão verificou a falta de uma vontade comum, ao referir, no considerando 51 da decisão, que «parece» ter-se chegado a um consenso geral sobre o regime de quotas. Aí, o verbo «parecer» não pode ser compreendido de outra forma senão como exprimindo a convicção da Comissão de que podia ser deduzido das circunstâncias do caso em apreço que se chegara a um consenso geral sobre um regime de quotas nesse momento. Do

mesmo modo, o facto de a Tarco ter expresso reservas quanto à sua parte de mercado não pôde impedir a Comissão de afirmar que tinha surgido um acordo de princípio. Com efeito, resulta da resposta da ABB que, no momento das negociações, em Abril e em Maio de 1993, a fim de obter um acordo em relação aos preços, a Tarco «recusou participar em qualquer acordo relativo aos preços sem acordo paralelo quanto às quotas de partes de mercado», devido ao facto de «a Tarco não obter encomendas quando não exercia uma concorrência agressiva através dos preços». Assim, como foi salientado no n.º 153 *supra*, a posição da Tarco traduziu-se num pedido de uma quota mais elevada que a de 17% prevista com base na auditoria, o que conduziu, numa proposta posterior, à atribuição de uma parte de mercado superior. Ora, não se pode deduzir dessa posição da Tarco que esta se opôs ao princípio de uma repartição do mercado alemão.

206 Contrariamente ao que invocam as recorrentes, os factos invocados pela Comissão não podem ser qualificados de simples tentativa de acordo. Com efeito, resulta da sucessão de reuniões no decurso das quais se efectuaram discussões relativas à repartição das partes de mercado que, pelo menos, num determinado momento, as empresas em causa expressaram a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma determinada maneira. Como já foi salientado, nos n.ºs 151 a 157 *supra*, deve ser afirmado que, mesmo se não existiu um acordo relativo a todos os elementos que eram objecto das negociações, existiu uma vontade comum de restringir a concorrência no mercado alemão através de partes de mercado fixadas para cada operador, a qual regeu as negociações, durante um certo período em 1993.

207 Neste contexto, a afirmação da Comissão, no considerando 137 da decisão, segundo a qual, «embora possa ser verdade que os acordos eram rudimentares, muitas vezes fragmentados e não vinculativos», não pode ser interpretada no sentido de que, no que diz respeito aos factos qualificados como acordo pela Comissão, não existiu, entre as empresas em causa, uma vontade comum de se comportarem no mercado de uma determinada maneira. Com efeito, a afirmação da Comissão, ao mesmo tempo que refere que os acordos não foram sempre celebrados em relação à totalidade dos elementos que eram objecto das negociações nem em relação a todos os pormenores preconizados e que tinham um carácter esporádico e não contínuo, não exclui de modo algum que as empresas em causa tivessem chegado a acordo sobre um ou vários elementos tendo por objectivo restringir a concorrência no mercado em causa.

208 Conclui-se que a censura feita pelas recorrentes deve ser rejeitada.

iii) Quanto ao conceito de práticas concertadas

Argumentos das partes

209 As recorrentes expõem que, no respeitante às práticas concertadas, não havendo uma coordenação voluntária de comportamentos tendo por objectivo restringir a concorrência, compete à Comissão provar que as práticas concertadas tiveram efectivamente por efeito restringir a concorrência. No caso em apreço, a própria Comissão, todavia, teria reconhecido que, no que diz respeito ao período anterior a Outubro de 1994, fora do mercado dinamarquês, os preços não tinham cessado de baixar desde Outubro de 1990, sobretudo no mercado alemão.

210 A recorrida alega que se fundamentou na definição de práticas concertadas dada pela jurisprudência. Nesse contexto, determinou, no considerando 138 da decisão, que, no caso em apreço, o intercâmbio de informações comerciais normalmente consideradas sensíveis tinha constituído uma prática concertada. O facto de os preços terem baixado na Alemanha na época em questão não contraria, no plano jurídico, a existência de práticas concertadas; no máximo, poderia pôr em dúvida o êxito do cartel. Além disso, a Comissão carreou provas que dizem directamente respeito aos contactos de carácter colusório entre as partes.

## Apreciação do Tribunal

- 211 Segundo a jurisprudência constante, o conceito de prática concertada refere-se a uma forma de coordenação entre empresas que, sem ter sido levada até ao ponto da realização de um acordo propriamente dito, substitui cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas (acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.º 26, e de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão, já referido, n.º 158).
- 212 Resulta desta jurisprudência que os critérios de coordenação e de cooperação deviam ser entendidos à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência e segundo a qual cada operador económico deve determinar de modo autónomo a política que pretende adoptar no mercado comum. Embora esta exigência de autonomia não exclua o direito de os operadores económicos se adaptarem inteligentemente ao comportamento efectivo ou previsível dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contacto directo ou indirecto entre tais operadores, que tenha por objectivo ou por efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial quer revelar a tal concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir sozinho no mercado, quando esses contactos tiverem por objectivo ou por efeito conduzir a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações fornecidas, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado (acórdãos Suiker Unie e o./Comissão, já referido, n.ºs 173 e 174, de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão, já referido, n.ºs 159 e 160, e Rhône-Poulenc/Comissão, já referido, n.º 121).
- 213 De resto, resulta dos próprios termos do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado que uma prática concertada implica, para além da concertação entre as empresas, um comportamento no mercado que seja consequente com essa concertação e um nexo de causalidade entre esses dois elementos (v. acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.º 118, e Hüls/Comissão, já referido, n.º 161).



- 214 Neste contexto, há que apreciar as observações da Comissão, no considerando 138, segundo parágrafo, da decisão, segundos as quais, «mesmo que o conceito de ‘acordo’ não seja aplicável às etapas do processo de negociação que conduziu a um acordo global, o comportamento em questão continua a ser abrangido pela proibição prevista no artigo 85.º, enquanto prática concertada». Há que observar, a este respeito, que a Comissão designa a estrutura das reuniões regulares como o local «de intercâmbio de informações comerciais normalmente consideradas sensíveis [...] [estrutura essa] que teve de implicar um certo nível de concertação e de reciprocidade e uma certa forma de acordo condicional ou parcial quanto ao comportamento a adoptar» e sublinha que «os participantes não podiam, de qualquer modo, deixar de ter em conta, directa ou indirectamente, as informações obtidas durante estas reuniões regulares».
- 215 A este respeito, há que referir que, relativamente ao período anterior a Outubro de 1994, vários documentos comprovam que, em 1992 e em 1993, o grupo Henss/Isoplus participou, diversas vezes, num intercâmbio de informações sobre as partes de mercado. Foi o caso, como já foi referido, nos n.ºs 146, 148 e 149 *supra*, relativamente aos documentos 37, 44, 49 e 53 anexos à comunicação de acusações.
- 216 Ora, há que presumir, sem prejuízo da prova em contrário que cabe aos operadores interessados demonstrar, que as empresas que participam na concertação e que estão activas no mercado tomam em consideração as informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado (acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.º 121, e de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão, já referido, n.º 162). É tanto mais assim quanto a concertação ocorreu regularmente durante um longo período, como aconteceu no caso em apreço (v. acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.º 121, e de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão, já referido, n.º 162).
- 217 Além disso, resulta da jurisprudência que uma prática concertada é abrangida pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, mesmo que não existam efeitos anticoncor-

renciais no mercado. Antes de mais, resulta da própria letra da referida disposição que, como no caso dos acordos entre empresas e das decisões de associações de empresas, as práticas concertadas são proibidas, independentemente dos seus efeitos, quando tenham um objecto anticoncorrencial. Em seguida, embora o próprio conceito de prática concertada pressuponha um comportamento no mercado das empresas que nela participam, não implica necessariamente que esse comportamento tenha por efeito concreto restringir, impedir ou falsear a concorrência (v. acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.ºs 122 a 124, e de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão, já referido, n.ºs 163 a 165).

218 Resulta das considerações precedentes que a Comissão, na medida em que, no que diz respeito ao período anterior a 1994, acusou o grupo Henss/Isoplus de participar num «conjunto de acordos e práticas concertadas», não cometeu um erro de direito ao qualificar um intercâmbio de informações comerciais, subsidiariamente, de prática concertada.

219 Quanto a este ponto, a censura suscitada pelas recorrentes deve também ser rejeitada.

iv) Quanto às consequências jurídicas da participação numa reunião que teve um objectivo anticoncorrencial

#### Argumentos das partes

220 Segundo as recorrentes, a jurisprudência segundo a qual uma empresa que não se submete aos resultados das reuniões que têm um objectivo anticoncorrencial pode ser considerada responsável por uma infracção às regras da concorrência na medida em que não se distanciar publicamente do conteúdo das referidas

reuniões deve ser interpretada de modo restritivo, tendo em conta os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (T-65/89, Colect., p. II-389), e do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (C-310/93 P, Colect., p. I-865), que afirmaram que foi de modo fundado que a Comissão teve dúvidas em revelar algumas cartas de clientes da empresa em posição dominante que figuravam nos autos.

221 Quando se trata de cartéis em que participam empresas que estão em posição dominante no mercado ou, pelo menos, em posição económica preponderante, o facto de outras empresas economicamente mais fracas não se distanciarem publicamente do resultado anticoncorrencial de uma reunião não significa de nenhum modo que essas empresas deveriam, apesar de tudo, ser consideradas responsáveis pelo resultado da referida reunião, do ponto de vista do direito da concorrência. Com efeito, para empresas de menor importância, é frequentemente mais fácil nada dizer durante as reuniões para as quais foram convocadas pelo líder do mercado com base no seu domínio económico, para, em seguida, não actuarem em conformidade com o que foi decidido.

222 A recorrida sustenta que a apreciação jurídica de um cartel não é afectada pelo facto de uma empresa participar nele voluntariamente ou sob ameaça, porque essa empresa dispõe sempre da possibilidade de o denunciar. Além disso, os acórdãos supra-referidos assentam na ideia segundo a qual a Comissão deve, na medida do possível, evitar ela própria suscitar infracções às regras da concorrência e não alteram a jurisprudência segundo a qual uma empresa que não se submete aos resultados de reuniões que tenham um objectivo anticoncorrencial pode ser considerada responsável por esses resultados na medida em que não se distanciou publicamente do conteúdo das referidas reuniões.

### Apreciação do Tribunal

223 Como foi recordado no n.º 137 *supra*, uma vez que uma empresa participa, mesmo sem nelas tomar parte activa, em reuniões entre empresas que têm um

objectivo anticoncorrencial e que não se distancia publicamente do seu conteúdo, dando assim a entender aos outros participantes que subscreve o resultado das reuniões e que actuará em conformidade com ele, pode ser considerado provado que participa no cartel resultante das referidas reuniões.

224 Contrariamente ao que invocam as recorrentes, não é importante, a este respeito, saber se a empresa em questão se reúne com empresas que têm uma posição dominante ou, pelo menos, economicamente preponderante no mercado.

225 Por um lado, há que precisar que a jurisprudência citada pelas recorrentes diz respeito à obrigação de a Comissão, no âmbito de um procedimento administrativo levado a cabo nos termos do direito da concorrência, respeitar a confidencialidade de certos documentos contidos no *dossier* administrativo. Neste contexto, foi julgado que a Comissão podia legitimamente recusar, às empresas às quais era imputado terem abusado da sua condição dominante, o acesso a determinada correspondência com empresas terceiras, baseando-se no seu carácter confidencial, dado que uma empresa destinatária de uma comunicação de acusações, que se encontra em posição dominante no mercado, é, por esse facto, susceptível de adoptar medidas de retaliação contra uma empresa concorrente, um fornecedor ou um cliente que tenha colaborado na instrução efectuada pela Comissão (acórdão de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, n.º 33, confirmado em recurso pelo acórdão de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido, n.ºs 26 e 27). Dado que esta jurisprudência se situa num contexto completamente diferente relativo à obrigação de a Comissão permitir o acesso ao *dossier*, não fornece indicações pertinentes relativas à questão da imputação dos resultados de reuniões com carácter anticoncorrencial às empresas que participaram nessas reuniões.

226 Por outro lado, há que recordar que uma empresa que participa em reuniões que têm um objectivo anticoncorrencial, mesmo sob a coação de outros participantes que têm um poder económico superior, dispõe sempre da possibilidade de

apresentar uma queixa à Comissão, a fim de denunciar as actividades anticoncorrenciais em causa, em vez de prosseguir com a sua participação nas referidas reuniões (v. n.º 178 *supra*).

- 227 Conclui-se que a Comissão não cometeu um erro de direito na medida em que se apoiou, no caso em apreço, na interpretação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, segundo a qual se pode considerar que uma empresa que participa em reuniões entre empresas que têm um objectivo anticoncorrencial, sem se distanciar publicamente do conteúdo destas, participou no cartel resultante das referidas reuniões.

v) Quanto ao ónus da prova relativo à participação num cartel global

#### Argumentos das partes

- 228 As recorrentes contestam a afirmação da Comissão, feita no considerando 134 da decisão, segundo a qual «não é necessário, para que exista acordo, que cada participante presumido tenha tomado parte, tenha dado o seu consentimento expresso ou tenha mesmo estado consciente de todos os aspectos e de todas as manifestações do cartel, durante todo o período em que participaram no sistema comum». Esta concepção jurídica não está prevista pela jurisprudência e é, sobretudo, contrária ao artigo 6.º, n.º 2, da CEDH e ao princípio da culpa, enquanto princípio geral de direito. Por último, esta concepção conduz a uma inversão do ónus da prova.
- 229 A este respeito, as recorrentes salientam que uma empresa pode ser considerada responsável por um acordo global, mesmo que se prove que apenas participou directamente num ou em vários elementos constitutivos desse acordo, desde que

soubesse, ou tivesse necessariamente a obrigação de saber, por um lado, que a colusão na qual participava se inscrevia num plano global e, por outro, que esse plano global abrangia a totalidade dos elementos constitutivos do cartel (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Gruber + Weber/Comissão, T-310/94, Colect., p. II-1043, n.º 140). Mesmo que esta jurisprudência diga essencialmente respeito aos acordos na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e não possa, assim, ser facilmente transposta para as práticas concertadas na acepção da mesma disposição, indica, no entanto, que a decisão da Comissão deve conter considerações precisas sobre a natureza do acordo e sobre o que a empresa em causa sabia ou devia necessariamente saber. Sobretudo, não se pode imputar a uma empresa uma participação num acordo global relativamente a um período anterior àquele durante o qual a empresa em questão participou na infracção, nem relativamente a um mercado no qual nunca exerceu as suas actividades.

- 230 A recorrida observa que o considerando 134 da decisão é relativo ao carácter único do cartel e não ao âmbito da incriminação relativa a cada uma das empresas. Resulta claramente da decisão que a Comissão efectuou uma distinção entre a questão relativa à infracção única e contínua e a questão de saber em que medida cada empresa é responsável pela infracção.

### Apreciação do Tribunal

- 231 Segundo a jurisprudência, uma empresa pode ser considerada responsável por um acordo global, mesmo que se prove que participou directamente apenas num ou em vários elementos constitutivos desse acordo, quando soubesse, ou devesse necessariamente saber, por um lado, que a colusão na qual participava se inscrevia num plano global e, por outro, que esse plano global abrangia a

totalidade dos elementos constitutivos do cartel (v. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Buchmann/Comissão, T-295/94, Colect., p. II-813, n.º 121, e Gruber + Weber/Comissão, já referido, n.º 140). Do mesmo modo, uma empresa que participou numa infracção única e complexa, através de comportamentos próprios que visavam contribuir para a realização da infracção no seu conjunto, pode ser igualmente responsável por comportamentos postos em prática por outras empresas no quadro da mesma infracção, durante todo o período em que participou na referida infracção, quando se prove que a empresa em questão conhecia os comportamentos ilícitos dos outros participantes, ou que os podia razoavelmente prever e estava pronta a aceitar o risco. Esta conclusão não contraria o princípio segundo o qual a responsabilidade por essas infracções tem carácter pessoal e não implica que se negligencie a análise individual das provas que sustentam a acusação, com desprezo pelas regras aplicáveis em matéria de prova, ou que se viole o direito de defesa das empresas implicadas (acórdão Comissão/Anic Participazioni, já referido, n.º 203).

232 Segundo as recorrentes, resulta do considerando 134, sexto parágrafo, da decisão que a Comissão não respeitou os princípios que decorrem desta jurisprudência.

233 Todavia, há que referir que este argumento é fundado numa interpretação errada do considerando 134 da decisão.

234 Com efeito, a passagem visada faz parte das considerações expostas sob a epígrafe «Acordos e práticas concertadas», nas quais a Comissão, em primeiro lugar, expôs a sua interpretação dos conceitos de acordo e de prática concertada (considerandos 129 e 130 da decisão) e, em seguida, explicou as razões pelas quais considerava ter o direito de concluir pela existência de uma infracção única e contínua, sem que tivesse necessidade de qualificar a infracção inserindo-a apenas numa das duas categorias, acordo ou prática concertada (considerando

131 a 133 da decisão). Em seguida, a Comissão observou, no considerando 134 da decisão, que pode acontecer que não tenha existido um consenso sobre todos os aspectos do acordo, que os aspectos do acordo não sejam todos regulados no quadro de um acordo formal e que os participantes estejam implicados num acordo a diferentes níveis, mas que nenhum destes elementos impede que esse convénio constitua um acordo ou uma prática concertada na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado quando as partes se associam tendo em vista um objectivo único, comum e duradouro. Depois da última passagem referida, é ainda salientado que novos membros podem aderir ao cartel e que antigos membros podem abandoná-lo, pontualmente, sem que o acordo deva ser considerado um novo acordo de cada vez que a composição dos participantes é alterada.

235 Conclui-se que a passagem visada pelas recorrentes não pode ser compreendida de outra forma senão como a clarificação das condições mediante as quais um cartel pode ser considerado, segundo a Comissão, uma infracção única e contínua, sem que a Comissão se expresse, todavia, sobre a questão da imputação da responsabilidade por essa infracção às empresas que nela participaram.

236 Esta interpretação da decisão é confirmada, por outro lado, pelo considerando 148, alínea b), da decisão, em que é mencionado expressamente que a Comissão não alega «que cada um dos destinatários da presente decisão tenha participado em todos os aspectos dos acordos anticoncorrenciais descritos nem que o tenha feito durante todo o período da infracção» e que «[o] papel desempenhado por cada participante e o âmbito da sua participação estão plenamente definidos na presente decisão».

237 Quanto à participação do grupo Henss/Isoplus na infracção considerada pela Comissão, há que observar, além disso, que as recorrentes não precisaram, no âmbito dessa censura, em que medida a Comissão lhes teria imputado uma participação num acordo global quer relativamente a um período anterior àquele



durante o qual participaram na infracção quer em relação a um mercado em que nunca exerceram as suas actividades. Deve ser recordado, a este respeito, que foi referido anteriormente, por um lado, que a Comissão, na decisão, imputou correctamente ao grupo Henss/Isoplus uma participação na infracção a partir de Outubro de 1991 e que, por outro, essa participação apenas foi considerada, em relação ao período anterior a Outubro de 1994, pela sua adesão ao cartel existente entre os produtores dinamarqueses no que se refere ao mercado alemão.

238 Por conseguinte, a censura feita pelas recorrentes deve ser rejeitada.

vi) Quanto à responsabilidade individual das sociedades consideradas fazendo parte do grupo Henss/Isoplus

#### Argumentos das partes

239 As recorrentes contestam a afirmação da Comissão segundo a qual esta não deveria provar a implicação de cada uma das empresas reunidas no grupo Henss/Isoplus no que diz respeito ao seu comportamento no mercado antes de Outubro de 1994. Na medida em que, a este respeito, as recorrentes devem ser consideradas juridicamente independentes umas das outras, dado que não existiu um grupo Henss/Isoplus, a decisão não contém qualquer consideração relativa à questão de saber por que razão cada recorrente é considerada responsável pela participação num cartel ilegal. Além disso, a Comissão não foi clara, ao utilizar na sua decisão a denominação «Henss», não permitindo saber se, por este termo, designava pessoalmente o Sr. Henss, o grupo Henss/Isoplus, ou uma sociedade Henss, tal como a Henss Rosenheim e a Henss Berlin.

240 No que diz respeito à Isoplus Hohenberg, as recorrentes observam que se trata de uma sociedade de direito austríaco, que a Áustria apenas é membro da Comunidade Europeia desde 1 de Janeiro de 1995 e que as regras de concorrência previstas no artigo 53.º do acordo EEE só são aplicáveis a partir de 1 de Julho de 1994. Mesmo em caso de tomada em consideração da problemática do princípio da territorialidade no direito da concorrência, haveria que assinalar que a decisão não tem, de facto, qualquer elemento de facto no que diz respeito à responsabilidade da Isoplus Hohenberg, na perspectiva do artigo 85.º do Tratado ou do artigo 53.º do acordo EEE, por uma prática anticoncorrencial anterior a Outubro de 1994.

241 A recorrida expõe que as quatro sociedades de exploração se apresentavam como uma única entidade representada pelo Sr. Henss. A sua participação corresponderia a um interesse manifesto, porque estavam presentes no mercado alemão no qual os preços se mantiveram pouco elevados. Por estas razões, há igualmente que rejeitar o fundamento segundo o qual a Comissão não teria provado suficientemente a participação da Isoplus Hohenberg no cartel, dado que esta tinha a sua sede na Áustria.

### Apreciação do Tribunal

242 Há que salientar, como já foi referido nos n.ºs 54 a 66 *supra*, que foi com fundamento que a Comissão demonstrou que as sociedades Henss e Isoplus participaram no cartel enquanto entidade económica única, denominada, na decisão, «grupo Henss/Isoplus» ou «Henss/Isoplus». Por conseguinte, não era sempre pertinente especificar, na decisão, se a menção «Henss» se refere a uma sociedade Henss ou ao grupo Henss/Isoplus. Do mesmo modo, na medida em que a decisão se refere ao Sr. Henss, é igualmente na sua qualidade de representante do conjunto das sociedades Henss e Isoplus que ele controlava e representava no seio do cartel.

- 243 No que diz respeito ao período anterior a 1994, há que observar que, embora o Sr. Henss tivesse eventualmente agido, nas reuniões do clube dos directores, em nome das sociedades Henss Rosenheim e Henss Berlin no âmbito dos seus contratos de representação comercial no mercado alemão, também é um facto que ele defendia, simultaneamente, os interesses próprios dessas duas sociedades e os das sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen. Com efeito, como foi referido no n.º 60 *supra*, resulta das notas tomadas por outros participantes que todas as sociedades Henss e Isoplus estavam reunidas, aquando das discussões sobre a repartição do mercado alemão, numa única entidade denominada «Isoplus» ou «Isoplus/Henss».
- 244 Por conseguinte, a Comissão provou juridicamente que cada uma das sociedades Henss e Isoplus era uma componente do grupo Henss/Isoplus e, a esse título, devia ser responsabilizada pela infracção cometida por esse grupo.
- 245 Cabe observar, quanto à Isoplus Hohenberg, que esta era uma componente do grupo Henss/Isoplus, já antes de 1994. Dado que a Comissão imputou, a este título, à Isoplus Hohenberg, a infracção cometida pelo grupo Henss/Isoplus, consistindo num cartel abrangendo, no que diz respeito a esse grupo, o mercado alemão, não pode ser sustentado que a Comissão lhe teria imputado actividades não abrangidas, devido à sua situação geográfica, pelo âmbito de aplicação territorial do artigo 85.º do Tratado.
- 246 Conclui-se que a presente censura deve também ser rejeitada.

247  
a  
286 [...]

B — *Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do direito de defesa*

287

a  
322 [...] ]

## 3. Quanto à violação do direito de ser ouvido no que se refere à tradução de certos documentos

## Argumentos das partes

323 As recorrentes consideram que o seu direito de serem ouvidas foi violado na medida em que a Comissão não colocou à sua disposição todos os documentos em língua alemã. Assim, não teriam recebido a tradução de certos documentos anexos à comunicação de acusações, à comunicação complementar e às respostas de outras empresas após pedidos de informações da Comissão.

324 Segundo as recorrentes, as reflexões do Tribunal de Justiça no acórdão de 24 de Novembro de 1998, Bickel e Franz (C-274/96, Colect., p. I-7637), relativo ao direito de os cidadãos da União Europeia conseguirem que a tramitação de um processo penal seja feita na língua materna do interessado, deveriam ser aplicadas num procedimento na Comissão efectuado nos termos do Regulamento n.º 17, que deve ser qualificado de processo penal na acepção dos artigos 5.º e 6.º da CEDH. O procedimento na Comissão é submetido ao princípio geral da igualdade das armas, que impõe que sejam notificadas, na língua oficial do local da sede social da empresa em causa ou em qualquer outra língua de processo escolhida por esta última, não apenas a comunicação de acusações e a decisão mas igualmente todos os anexos respectivos. De qualquer modo, seria necessário que existisse uma obrigação de tradução dos documentos anexos à correspondência de outras empresas e do queixoso, dado que a própria Comissão é obrigada a traduzir essas peças nas diferentes línguas oficiais da Comunidade.

- 325 A recorrida observa que as peças processuais na aceção do Regulamento n.º 17, ou seja, a comunicação de acusações e a decisão, foram enviadas aos interessados em língua alemã, em conformidade com o artigo 3.º do Regulamento n.º 1 do Conselho, de 15 de Abril de 1958, que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia (JO 1958, 17, p. 385; EE 01 F1 p. 8). Os documentos não provenientes da Comissão, que devem servir para a informação e a defesa das recorrentes, deveriam, em contrapartida, ser-lhes enviados na versão original. Assim, não há fundamento jurídico com base no qual as recorrentes possam afirmar que a Comissão devia traduzir esses documentos para as diversas línguas oficiais da Comunidade.

### Apreciação do Tribunal

- 326 É necessário precisar que as recorrentes sustentam que deveriam receber não apenas uma tradução dos documentos que figuram em anexo à comunicação de acusações mas também os anexos às respostas de outras empresas aos pedidos de informações da Comissão.
- 327 Em primeiro lugar, resulta da jurisprudência constante que os anexos da comunicação de acusações que não provenham da Comissão não são «textos» na aceção do artigo 3.º do Regulamento n.º 1, devendo ser considerados elementos de prova em que a Comissão se apoia e, portanto, devem ser comunicados ao destinatário da decisão no estado em que se encontram, por forma a que este possa conhecer a interpretação que a Comissão fez deles e na qual baseou a sua comunicação de acusações e a sua decisão (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, Tréfilunion/Comissão, T-148/89, Colect., p. II-1063, n.º 21, e de 14 de Maio de 1998, Finnboard/Comissão, T-338/94, Colect., p. II-1617, n.º 53). Daqui decorre que a Comissão, ao transmitir esses anexos na sua língua original, não cometeu qualquer violação do direito de as empresas em causa serem ouvidas.

- 328 Em seguida, há que salientar que o corpo da comunicação de acusações que foi enviada às recorrentes em língua alemã contém os extractos pertinentes dos respectivos anexos apensos. Essa apresentação permitiu-lhes, portanto, saber com precisão em que factos e em que raciocínio jurídico se fundamentou a Comissão. As recorrentes, por conseguinte, estavam em condições de defender utilmente os seus direitos (v. também o acórdão Tréfilunion/Comissão, já referido, n.º 21).
- 329 Por último, há que observar que se aplicam as mesmas considerações aos documentos anexados por outras empresas às suas respostas aos pedidos de informações da Comissão. Por um lado, nenhuma disposição do direito comunitário obriga a Comissão a fornecer uma tradução de tais documentos, que não emanam dela. Por outro, dado que esses documentos devem servir para a informação e a defesa das empresas interessadas, devem igualmente ser-lhe enviados no estado em que se encontram, de modo a que as empresas interessadas possam elas próprias apreciar a interpretação que a Comissão fez deles e na qual baseou a sua decisão.
- 330 Deve observar-se que essa situação não viola o princípio da igualdade das armas, dado que, como é afirmado pela Comissão, o original dos documentos constitui, tanto para a Comissão como para as empresas interessadas, a única prova pertinente.
- 331 É irrelevante que as recorrentes procurem deduzir outra interpretação do acórdão Bickel e Franz, já referido, diferente da interpretação precedente. Com efeito, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, nesse acórdão, a favor da aplicação não discriminatória de um regime linguístico que confere o direito a que o processo penal decorra na língua materna das pessoas interessadas. Contudo, não é aí abordada a questão de saber se, por razões relativas ao direito de defesa, as provas escritas deveriam ser traduzidas na língua do processo.

- 332 Por estas razões, a censura relativa à violação do direito de ser ouvido no que diz respeito à não tradução dos documentos deve ser rejeitada.

4. Quanto à violação do direito de ser ouvido no que se refere aos prazos para apresentar observações

#### Argumentos das partes

- 333 As recorrentes expõem que o seu direito de defesa foi lesado na medida em que a Comissão não lhes concedeu prazos adequados para apresentarem o seu ponto de vista sobre a totalidade do processo.

- 334 A este respeito, observam que, posteriormente à comunicação de acusações, a Comissão, por carta de 22 de Maio de 1997, enviou numerosos outros documentos com anexos que não estavam em língua alemã, quando o prazo fixado aos destinatários da comunicação de acusações para apresentarem a sua opinião terminava em 30 de Junho de 1997. A Comissão não teria respondido a um pedido das recorrentes, de prorrogação desse prazo, de modo que as observações sobre a referida comunicação foram apresentadas no prazo fixado. Em seguida, as recorrentes teriam recebido, por ofício da Comissão de 19 de Setembro de 1997, as respostas à comunicação de acusações de outras empresas envolvidas e anexos, contendo documentos que não estavam traduzidos em língua alemã, a respeito dos quais a Comissão lhes pedia que apresentassem observações antes de 10 de Outubro de 1997. As recorrentes teriam ainda recebido ofícios da Comissão, de 24 de Setembro e 9 de Outubro de 1997, contendo documentos que também não estavam traduzidos. As recorrentes apresentaram as suas observações em 12 e 17 de Novembro de 1997, contestando também esse modo de agir da Comissão. Apesar das contestações das recorrentes

na audiência de 24 e 25 de Novembro de 1997, o conselheiro-auditor teria admitido todos os meios de prova assim comunicados. Além disso, as últimas observações escritas das outras empresas não foram levadas ao conhecimento das recorrentes.

- 335 As recorrentes assinalam que, se for admitida a concepção da Comissão segundo a qual os anexos da comunicação de acusações e os complementos desta última não devem ser notificados na língua do local da sede social da empresa, os numerosos documentos em língua estrangeira deveriam, no que diz respeito às recorrentes, ser primeiro traduzidos para o alemão, o que levaria algum tempo.
- 336 No que se refere à afirmação da Comissão segundo a qual as recorrentes, todavia, estavam em condições de apresentar observações igualmente a propósito dos documentos enviados posteriormente, as recorrentes observam que, a fim de preservar os seus direitos, foram obrigadas a apresentar, no breve prazo fixado, observações sintéticas que não puderam ser elaboradas com o cuidado e a minúcia desejados. Apesar disso, sempre criticaram expressamente a insuficiência da duração dos prazos.
- 337 Por último, na audição, o agente da Comissão teria apresentado ao advogado da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen o contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, que este último ignorava na época, pedindo-lhe diversas explicações a este respeito. As recorrentes teriam protestado contra o facto de esse meio de prova ser admitido pelo conselheiro-auditor, quando não tinham disposto de qualquer prazo para apresentar a sua opinião a respeito do mesmo.
- 338 A recorrida afirma que os prazos concedidos eram suficientes. Assim, haveria que salientar que a correspondência de 22 de Maio de 1997 apenas tinha sido acompanhada de um número muito reduzido de documentos e que tinha sido



perfeitamente possível tomar posição a seu respeito antes do termo do prazo fixado. Isso também seria válido para as observações relativas aos documentos não utilizados pela Comissão, que as empresas teriam trocado entre elas. Na medida em que outras empresas formularam observações sobre os documentos enviados pela Comissão, esta não seria obrigada a permitir às recorrentes o acesso a essas observações, dado que a decisão não se apoiava nelas.

339 No caso em apreço, as recorrentes reconhecem ter apresentado as suas observações dentro dos prazos. As recorrentes dispuseram de tempo suficiente para responder à comunicação de acusações e para examinar os ofícios da Comissão de 19 e 24 de Setembro e de 9 de Outubro de 1997, bem como os documentos a que estes faziam referência. Durante o procedimento administrativo, que só terminou com a audição, as recorrentes já não insistiram em apresentar por escrito outras explicações. Aliás, a audição foi adiada de 21 e 22 de Outubro de 1997 para 24 e 25 de Novembro de 1997, embora tenha havido tempo suficiente disponível para apresentar uma resposta escrita.

340 No respeitante ao contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, as recorrentes não podem alegar que não puderam manifestar-se sobre esse documento de modo apropriado. Com efeito, a decisão só se apoia nele na medida em que contribui para demonstrar que as recorrentes formam um grupo, dirigido pelo Sr. Henss. As sociedades de exploração da época foram expressamente interrogadas sobre este último aspecto durante a fase escrita do processo e expressaram-se a esse propósito, contestando a existência de qualquer grupo e, nomeadamente, a posse pelo Sr. Henss de qualquer participação na Isoplus Hohenberg e na Isoplus Sondershausen. A questão de saber se o Sr. Henss controlava essas sociedades e, em especial, se o contrato de entrada de capitais abordava este aspecto poderia facilmente ter obtido uma resposta no âmbito da audição.

341 Além disso, as passagens em que as recorrentes fizeram alusão ao contrato de entrada de capitais nas suas cartas de 8 e 9 de Dezembro de 1997 apenas censuraram a Comissão pela divulgação do referido documento aquando da

audição, sem abordar o problema do controlo exercido pelo Sr. Henss. Por conseguinte, mesmo que o procedimento em questão não fosse suficiente para a formulação, em boa e devida forma, de observações quanto a este último aspecto, o direito de defesa teria sido, apesar de tudo, salvaguardado.

## Apreciação do Tribunal

- 342 Há que precisar que as recorrentes sustentam não ter tido prazo suficiente para apresentarem o seu ponto de vista, em primeiro lugar, no que diz respeito aos documentos enviados antes do termo do prazo fixado para a apresentação de observações sobre a comunicação de acusações, em segundo lugar, no que se refere aos documentos enviados em seguida, em relação aos quais a Comissão pediu observações antes de 10 de Outubro de 1997, e, em terceiro lugar, no que diz respeito ao contrato de entrada de capitais apresentado aquando da audição, sem a concessão de um prazo prévio para prepararem a sua opinião.
- 343 Em primeiro lugar, no que se refere aos documentos enviados em 22 de Maio de 1997 juntamente com um ofício da Comissão, é necessário reconhecer que se tratava de documentos que, segundo esse ofício, podiam ter uma certa importância em relação aos factos discutidos na comunicação de acusações de 20 de Março de 1997. Dado que a Comissão tinha fixado um prazo de catorze semanas, quer dizer, até 1 de Julho de 1997, para a apresentação de observações sobre a comunicação de acusações, as recorrentes dispunham ainda, no momento da recepção do ofício de 22 de Maio de 1997, de mais de um mês para redigir a sua opinião sobre os documentos adicionais em questão.
- 344 A este respeito, há que observar que o artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 99/63, que tem em vista assegurar aos destinatários da comunicação de acusações um prazo suficiente para o exercício útil do seu direito de defesa,

dispõe que a Comissão, ao fixar esse prazo, com a duração mínima de duas semanas, deve tomar em consideração o tempo necessário à preparação das observações, bem como a urgência do processo. Ora, o prazo concedido deve ser apreciado, concretamente, em função da dificuldade do caso em apreço. Assim, o juiz comunitário afirmou, em determinados processos, bastante volumosos, que o prazo de dois meses era suficiente para a apresentação de observações sobre a comunicação de acusações (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, 27/76, *Colect.*, p. 77, n.<sup>os</sup> 272 e 273, e *Suiker Unie e o./Comissão*, já referido, n.<sup>os</sup> 94 a 99).

345 Afigura-se que um prazo de mais de um mês deve ser suficiente para apresentar observações sobre os documentos enviados em 22 de Maio de 1997, dado que se tratava de um número reduzido de documentos (anexos X1 a X9), cuja pertinência, além disso, era explicada no ofício de acompanhamento. No que se refere à queixa da Powerpipe, que igualmente estava junta, com os seus anexos, ao ofício de 22 de Maio de 1997, há que observar, do mesmo modo, que as passagens mais incriminadoras estavam citadas na comunicação de acusações.

346 Em segundo lugar, no que se refere aos documentos enviados em seguida, há que observar que as recorrentes dispuseram de um prazo razoável até às datas da audição. Com efeito, a Comissão, no ofício de 19 de Setembro de 1997 que acompanhou o seu envio das respostas de outras empresas à comunicação de acusações, referiu que, no caso de as empresas desejarem apresentar observações sobre essas respostas, tais observações deviam ser apresentadas antes de 10 de Outubro de 1997, e que, de qualquer modo, teriam a oportunidade de se expressar na audição. Ao invés, quando a Comissão enviou, por ofício de 24 de Setembro de 1997, documentos encontrados nas instalações da Dansk Rørindustri, a fim de permitir o acesso completo ao processo, não mencionou a possibilidade de se apresentarem observações, nem, por conseguinte, concedeu um prazo para o efeito. Do mesmo modo, no ofício de 9 de Outubro de 1997, que acompanhou o envio de uma série de documentos complementares à comunicação de acusações (n.<sup>os</sup> 1 a 28) e respostas da Løgstør, da Powerpipe e da DSD a pedidos de informações da Comissão, também não era referida a possibilidade de se apresentarem observações.

- 347 Dado que, de qualquer modo, as recorrentes tiveram oportunidade de apresentar as suas observações sobre os documentos enviados pela Comissão em 19 e 24 de Setembro e em 9 de Outubro de 1997, o mais tardar, em 24 e 25 de Novembro de 1997, datas em que teve lugar a audição, há que declarar que as recorrentes tiveram um prazo de cinco semanas a dois meses para apresentarem o seu ponto de vista sobre esses documentos. Há que considerar que, nas circunstâncias do caso em apreço, esse prazo foi suficiente para o exercício útil do direito de defesa.
- 348 No que diz respeito aos documentos enviados em 9 de Outubro de 1997, deve observar-se, por um lado, que a importância de todos esses documentos em relação à comunicação de acusações era claramente referida nos quadros que acompanharam o envio e, por outro, que a maior parte dos documentos complementares à comunicação de acusações em causa tinham sido objecto, como foi explicado no ofício de acompanhamento, da troca de documentos entre as empresas.
- 349 Além disso, as recorrentes não podem invocar a circunstância segundo a qual, no momento da recepção dos documentos enviados em 19 e 24 de Setembro e em 9 de Outubro de 1997, não sabiam ainda que teriam tempo, até 24 e 25 de Novembro de 1997, para prepararem as suas observações. Com efeito, mesmo que as recorrentes preparassem as suas observações em relação a tais documentos supondo que dispunham de prazos mais curtos, dispuseram afinal de um prazo suficiente para reformular e aprofundar as suas observações, o que, aliás, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen fizeram, completando as suas observações de 14 de Outubro de 1997 com as observações suplementares de 12 de Novembro de 1997.
- 350 Em terceiro lugar, há que observar que as recorrentes não podem invocar que não estiveram em condições de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre o contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, apresentado pela Comissão aquando da audição.

351 Com efeito, resulta da acta da audição e dos considerandos 159 e 160 da decisão que a Comissão invocou esse contrato de entrada de capitais, aquando da audição das sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, a fim de demonstrar a existência das participações que o Sr. Henss tinha na Isoplus Hohenberg e na Isoplus stille Gesellschaft e provar a existência de uma sociedade-mãe, a HFB KG, que detinha participações, na sequência da cessão das partes dos casais Henss e Papsdorf, nas sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Sondershausen, Isoplus Hohenberg e Isoplus stille Gesellschaft.

352 Ora, mesmo que as recorrentes não tivessem tido a oportunidade de preparar as suas observações em relação ao contrato de entrada de capitais antes da sua apresentação, pela Comissão, aquando da audição, verifica-se que, no caso em apreço, já tinham tido a oportunidade de, durante o procedimento administrativo, apresentar o seu ponto de vista sobre as conclusões que a Comissão podia tirar das informações contidas nesse documento. Com efeito, a Comissão referira, na comunicação de acusações, na altura em que não tinha ainda descoberto o contrato de entrada de capitais, por um lado, no que diz respeito à Isoplus Hohenberg, que esta era controlada pelo Sr. Henss, mas que este último não era mencionado como sócio no registo comercial local e, por outro, que não existia uma sociedade financeira que pudesse ser considerada representante do grupo Isoplus. Deste modo, as recorrentes puderam deduzir da comunicação de acusações, por um lado, que a criação da sociedade HFB KG, bem como a entrada das partes nesta, devia interessar à Comissão, dado que se tratava de confirmações da sua tese relativa ao facto de as sociedades Henss/Isoplus fazerem parte de um grupo único, e, por outro, que a Comissão ainda não tinha conhecimento disso. No entanto, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen continuaram, nas suas observações de 30 de Junho de 1997 sobre a comunicação de acusações, a fornecer à Comissão, quanto a este aspecto, informações inexactas, nomeadamente, no respeitante às participações detidas pelo Sr. Henss na Isoplus Hohenberg.

353 De qualquer forma, as recorrentes comunicaram, depois da audição, por cartas de 8 e 9 de Dezembro de 1997 e de 13 de Fevereiro de 1998, as suas observações sobre esse documento, bem como sobre as circunstâncias em que este lhes foi apresentado. Daqui se deduz que a Comissão não impediu as recorrentes de manifestarem utilmente o seu ponto de vista sobre o documento em questão.

354 Resulta de todas as considerações precedentes que as recorrentes dispuseram do tempo necessário para apresentar a sua opinião sobre os factos, acusações e circunstâncias alegados pela Comissão.

355 Por conseguinte, a censura não pode obter acolhimento no que diz respeito aos prazos para apresentar observações.

## 5. Quanto à violação de segredos profissionais e dos negócios

### Argumentos das partes

356 As recorrentes sustentam que a Comissão e o conselheiro-auditor não garantiram o respeito do segredo profissional e dos negócios na aceção do artigo 20.º do Regulamento n.º 17, de que relevam, nomeadamente, os pormenores relativos aos vínculos entre as sociedades, bem como as razões económicas e jurídicas que presidem à criação desses vínculos.

357 Na audição, o conselheiro-auditor não teria concedido às recorrentes a possibilidade de exporem confidencialmente as relações jurídicas existentes entre a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen, por um lado, e a Isoplus Rosenheim (na época, as sociedades Henss Rosenheim e Henss Berlin), por outro. Ao invés, o contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997 teria sido apresentado na presença de todas as empresas destinatárias da decisão e da queixosa. Devido à falta de confidencialidade, o advogado da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen e, sobretudo, o Sr. Henss, na qualidade de director da Isoplus Rosenheim, tiveram de se abster de revelar um ou outro pormenor a este propósito. Aliás, a falta de confidencialidade teria sido contestada pelos advogados da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen e pelo da Isoplus Rosenheim, nas suas cartas de 8 e 9 de Dezembro de 1997.

358 Quanto ao contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, as recorrentes sublinham que se trata de um documento obtido de modo ilegal, e após um erro, no registo comercial do Amtsgericht Charlottenburg e que foi, depois disso, retirado do referido registo. Continha pormenores de participações que são abrangidas pelo artigo 20.º do Regulamento n.º 17. Nesse acto estavam em causa relações fiduciárias («Treuhandverhältnisse») que, principalmente por razões ligadas à concorrência, não deviam ser tornadas públicas e deviam ser sempre tratadas de modo confidencial enquanto segredo comercial, dado que o proprietário ou sócio real não deve ser reconhecido. As recorrentes consideram ter demonstrado, na sua petição inicial, as circunstâncias precisas que justificam a existência de um interesse legítimo no sentido de que essas relações fiduciárias sejam mantidas secretas.

359 Além disso, o segredo ou a confidencialidade que deveriam ser assegurados durante o processo em matéria de concorrência na Comissão, incluindo aquando da audição, não teriam sido garantidos no caso em apreço, dado que teriam sido publicados extractos da audição nos jornais dinamarqueses em 1998. Certas partes confidenciais do presente processo teriam já aparecido na imprensa na Primavera de 1996, o que, na época, teria suscitado protestos, por parte das recorrentes, na resposta das sociedades Henss e na de 24 de Abril de 1996 da sociedade Isoplus Hohenberg ao pedido de informações de 13 de Março de 1996 (a seguir «resposta da Isoplus Hohenberg»).

360 A recorrida expõe não ter infringido o artigo 20.º do Regulamento n.º 17, aquando da discussão sobre o contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, dado que o referido contrato estava depositado no registo comercial e, por conseguinte, acessível a qualquer pessoa. Além disso, aquando da audição, o Sr. Henss teria confirmado essa apreciação e acrescentado que apenas eram abrangidas pelo segredo dos negócios as estratégias aplicadas ao auxílio da estrutura do grupo.

361 Por outro lado, as recorrentes não teriam demonstrado em que medida as informações contidas no contrato de entrada de capitais teriam a natureza de segredo comercial. A este propósito, a Comissão sublinha que o interesse em não

divulgar informações, cuja comunicação a terceiros pode lesar os interesses daquele que as forneceu, só é protegido na medida em que se trate de um interesse legítimo.

- 362 Mesmo que a Comissão tivesse violado um segredo comercial na audição, isso não tornaria em si a decisão ilegal. Essa alegada violação, ou seja, o facto de outras empresas terem tido conhecimento da estrutura real das participações dentro do grupo Henss/Isoplus, não teria tido qualquer influência no conteúdo da decisão. A recorrida refere ainda que os seus serviços não deixaram transparecer para o exterior nada do conteúdo das audições.

#### Apreciação do Tribunal

- 363 Há que observar que o artigo 214.º do Tratado (actual artigo 287.º CE) impõe aos funcionários e agentes das instituições a obrigação de não divulgar as informações que se encontrem em seu poder e que estejam abrangidas pelo segredo profissional. O artigo 20.º do Regulamento n.º 17, que executa aquela norma no âmbito das regras aplicáveis às empresas, dispõe especialmente no seu n.º 2 que, «sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 21.º, a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-Membros, bem como os seus funcionários e outros agentes, são obrigados a não divulgar as informações obtidas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional».

- 364 As disposições dos artigos 19.º e 21.º do Regulamento n.º 17, cuja aplicação é, assim, reservada, são as que regulam, respectivamente, as obrigações da Comissão em matéria de audições e de publicação de decisões. Daí resulta que a obrigação de segredo profissional enunciada no artigo 20.º, n.º 2, é atenuada relativamente a terceiros a que o artigo 19.º, n.º 2, concede o direito de serem ouvidos, quer dizer, sobretudo relativamente ao terceiro queixoso. A Comissão pode comunicar a este último algumas informações abrangidas pelo segredo profissional, desde que tal comunicação seja necessária para o bom decurso da



instrução. Todavia, esta faculdade não é válida para todo o tipo de documentos que, pela sua natureza, sejam abrangidos pelo segredo profissional. O artigo 21.º, que prevê a publicação de certas decisões, impõe à Comissão a obrigação de tomar em consideração o legítimo interesse das empresas na não divulgação dos seus segredos comerciais. Estas disposições, embora referindo-se a situações particulares, devem ser entendidas como a expressão de um princípio geral que se aplica no decurso do procedimento administrativo (acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie/Comissão, 53/85, Colect., p. 1965, n.ºs 27 e 28).

365 No que diz respeito ao decurso da audição, o artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 99/63 dispõe que a audição não é pública, que as pessoas são ouvidas separadamente ou na presença de outras pessoas convocadas e que, neste último caso, é tido em conta o interesse legítimo das empresas em que os seus segredos de negócios não sejam divulgados.

366 É necessário referir que as recorrentes não chegaram a demonstrar em que medida a Comissão, aquando da audição da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen, em presença da empresa queixosa assim como de outras empresas destinatárias da comunicação de acusações, teria divulgado segredos comerciais.

367 No que diz respeito ao contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997, deve salientar-se, em primeiro lugar, que as recorrentes se limitam a alegar que esse acto foi inscrito no registo comercial na sequência de um erro, sem precisarem a quem o mesmo é imputável, e que a sua inscrição era ilegal, sem fornecerem a este respeito o menor indício de prova. Nestas condições, não pode ser censurado à Comissão o facto de ter utilizado tal elemento de prova. Em segundo lugar, quanto à natureza pública das informações contidas nesse contrato, há que observar que, aquando da audição, o Sr. Henss, presente na sua qualidade de director da Isoplus Rosenheim, confirmou o carácter público do referido acto, precisando que só era abrangida pelo segredo comercial a fundamentação das operações descritas nesse documento, que estava ligada à estratégia das empresas em causa. Nem o director das empresas Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen nem o seu advogado contestaram, nessa ocasião, essa opinião.

368 Em segundo lugar, no que diz respeito à não audição confidencial das sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, basta observar que as recorrentes não apresentaram o menor indício relativo a dados abrangidos pelo segredo comercial que teriam sido comunicados pela Comissão a terceiros aquando dessa audição. A este respeito, não pode censurar-se a Comissão por ter difundido informações que as recorrentes lhe tinham comunicado a título confidencial. Com efeito, resulta da acta da audição que a Comissão não revelou, nas suas questões à Isoplus Hohenberg e à Isoplus Sondershausen sobre as suas ligações com a sociedade Henss, qualquer informação, a não ser a posição das referidas sociedades que tinha sido recordada pelo seu advogado, na sua exposição introdutória aquando da audição, bem como, após a audição, informações retiradas de registos públicos.

369 Em terceiro lugar, quanto à divulgação na imprensa de informações confidenciais utilizadas no procedimento administrativo, há que salientar que as recorrentes não apresentaram precisões sobre as informações confidenciais que teriam sido reveladas nos artigos de imprensa indicados, no decurso do procedimento administrativo.

370 Além disso, mesmo admitindo que os serviços da Comissão sejam responsáveis por fugas relatadas pela imprensa, o que, no entanto não foi admitido pela Comissão nem provado pela recorrente, esta circunstância, de qualquer modo, não teria qualquer incidência sobre a legalidade da decisão, uma vez que não foi provado que a decisão não teria sido, de facto, adoptada ou que teria tido um conteúdo diferente se não se tivessem verificado as manifestações controvertidas (acórdão United Brands/Comissão, já referido, n.º 286). No caso em apreço, as recorrentes não apresentaram qualquer indício sustentando essa conclusão.

371 Daqui se infere que a censura relativa à violação de segredos profissionais e comerciais deve ser rejeitada.

## 6. Quanto à violação das disposições relativas à audição de testemunhas

## Argumentos das partes

372 As recorrentes censuram a Comissão por ter violado o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 99/63 e o artigo 19.º do Regulamento n.º 17, na medida em que não procedeu à inquirição das testemunhas cujo depoimento foi solicitado.

373 As recorrentes recordam que, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 99/63, as empresas em causa podem propor que a Comissão inquiria pessoas que possam confirmar os factos invocados. No âmbito das suas observações relativas à comunicação de acusações, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen, por carta de 30 de Junho de 1997, propuseram à Comissão que inquirisse certas pessoas, entre as quais o Sr. Henss. A Isoplus Rosenheim, por seu turno, por carta do mesmo dia, teria igualmente proposto que fossem ouvidas certas pessoas como testemunhas. Por carta de 16 de Setembro de 1997, a Comissão, todavia, respondeu-lhes que, nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 99/63, compete às próprias empresas assegurarem a presença das pessoas em causa na audição e chamá-las como testemunhas, sustentando que não era um tribunal, que não tinha o poder de obrigar testemunhas a participarem numa audição e que também não as podia obrigar a prestar juramento. A este respeito, a Isoplus Hohenberg ou a Isoplus Sondershausen teriam ainda precisado, por carta de 30 de Setembro de 1997, que as testemunhas indicadas não estavam ligadas às suas sociedades, mas a empresas concorrentes e que, assim, não era possível obrigar essas testemunhas a comparecer. Todas as testemunhas cuja audição fora solicitada pela Isoplus Rosenheim não estariam também ligadas às empresas recorrentes, mas à Powerpipe e a outras empresas concorrentes. No entanto, nem os serviços encarregados da concorrência na Comissão nem o conselheiro-auditor teriam convocado como testemunhas as pessoas cuja audição fora solicitada. Não havendo convocação, as referidas pessoas não compareceram e não puderam ser ouvidas como testemunhas pela Comissão para provar os factos relativamente aos quais as recorrentes tinham requerido a sua inquirição.

374 Quanto ao Sr. Henss, embora estivesse presente na audição, na qualidade de director da Isoplus Rosenheim, não teria sido ouvido oficialmente, dado que não foi inquirido pelo conselheiro-auditor. As recorrentes admitem que uma audição formal do Sr. Henss tornou-se parcialmente supérflua pelas observações feitas, aquando da audição, pelo advogado da Isoplus Rosenheim. Apesar disso, na falta de uma inquirição confidencial, o Sr. Henss, na qualidade de director da Isoplus Rosenheim, deveria abster-se de revelar um outro pormenor.

375 As recorrentes observam que, se as testemunhas tivessem sido convocadas pela Comissão e, em seguida, interrogadas ou ouvidas, as suas declarações teriam conduzido a que a Comissão chegasse à conclusão de que a Isoplus Rosenheim, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen ou o grupo Henss/Isoplus não tinham participado numa infracção ao artigo 85.º do Tratado antes de finais de 1994, nem tomado parte em medidas de boicote contra a Powerpipe. Teria sido igualmente pedido um depoimento para confirmar o facto de a tabela de preços europeia de 1994 não ter sido fixada pelo Sr. Henss ou pela Henss Rosenheim.

376 Segundo as recorrentes, o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 99/63 está ligado ao princípio geral do direito de ser ouvido, bem como ao expresso no artigo 6.º da CEDH, e, nomeadamente, no seu artigo 3.º, alínea d), relativo ao direito de convocar e de interrogar as testemunhas de defesa e ao direito de interrogar as testemunhas de acusação. Se, num processo nos termos do Regulamento n.º 17, as empresas em causa pedissem que fossem convocadas pessoas e ouvidas nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 99/63, a Comissão, em princípio, seria obrigada a convocar e a inquirir essas pessoas, mesmo que não tivesse a possibilidade de lhes aplicar sanções no caso de não comparecerem. Apenas nesses casos, fundamentados, é que a Comissão poderia indeferir esses pedidos através de uma decisão individual.

377 Embora seja exacto que a Comissão não é um «tribunal» na acepção do artigo 6.º da CEDH, isso não significa que as outras garantias contidas nesse artigo não se apliquem num processo que corre os seus trâmites nessa instituição. Com efeito, o

procedimento iniciado pela Comissão com o duplo objectivo de fazer cessar uma violação às regras da concorrência e aplicar uma coima tem carácter penal na acepção do artigo 6.º da CEDH. Assim, a Comissão seria obrigada a respeitar esse artigo na sua totalidade e, por esse facto, também o n.º 3, alínea d).

378 A recorrida expõe que o Regulamento n.º 99/63 não a autoriza a inquirir «testemunhas» na acepção jurídica do termo. O artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 99/63 não se refere a testemunhas, mas fundamenta simplesmente o direito dos interessados no que diz respeito à utilização de certos meios de prova. A Comissão não teria qualquer poder e, por maioria de razão, qualquer obrigação de convocar eventuais testemunhas de defesa que a empresa não está em condições de apresentar. Além disso, contrariamente ao que invocam as recorrentes, a Comissão não teria recusado inquirir as pessoas indicadas.

379 No que respeita ao artigo 6.º da CEDH, haveria que salientar que a Comissão não é um «tribunal» na acepção da referida disposição. A Comissão exerce a sua missão de controlo, que lhe é conferida pelas regras comunitárias da concorrência, sob a fiscalização do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça. De qualquer forma, o facto de as regras processuais pertinentes, nomeadamente as previstas no Regulamento n.º 17, não preverem o poder de obrigar as testemunhas de defesa a comparecer não é contrário ao conceito de igualdade das armas que está expresso no artigo 6.º, n.º 3, alínea d), da CEDH. Com efeito, o procedimento na Comissão também não envolve testemunhas «de acusação», dado que as provas essenciais em que a Comissão pode fundamentar as suas acusações são documentos e informações que pode pedir às autoridades competentes dos Estados-Membros bem como às empresas e às associações de empresas nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17.

380 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância, no âmbito da fiscalização que exerce sobre o cumprimento pela Comissão da sua missão, teria a possibilidade de obrigar as testemunhas a comparecerem, nomeadamente as testemunhas de

defesa. De facto, haveria, no Tribunal de Primeira Instância, uma desigualdade das armas a favor das empresas em causa, dado que as empresas podem invocar os depoimentos de testemunhas para refutar as censuras formuladas pela Comissão na sua decisão, ao passo que a Comissão não pode invocar depoimentos em apoio de censuras que não tenham sido já provadas por elementos que figuram na decisão e na comunicação de acusações.

### Apreciação do Tribunal

381 Há que observar que o artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 dispõe que, se pessoas singulares ou colectivas justificando um interesse suficiente pedirem para serem ouvidas, o seu pedido deve ser deferido. Nos termos do artigo 5.º do Regulamento n.º 99/63, a Comissão dar-lhes-á a oportunidade de darem a conhecer o seu ponto de vista, por escrito, no prazo que ela fixar. Do mesmo modo, o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 99/63 impõe à Comissão a obrigação de dar às pessoas que o solicitarem nas suas observações escritas a oportunidade de desenvolver oralmente a sua opinião se provarem ter um interesse suficiente para esse efeito ou se a Comissão se propuser aplicar-lhes uma coima ou uma sanção. Segundo o n.º 2 do mesmo artigo, a Comissão pode igualmente dar a qualquer pessoa a oportunidade de expressar oralmente a sua opinião.

382 Nos termos do artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e dos artigos 5.º e 7.º do Regulamento n.º 99/63, a Comissão apenas é obrigada a ouvir as pessoas singulares ou colectivas titulares de um interesse relevante, se estas, efectivamente, pediram para serem ouvidas (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1987, Ancides/Comissão, 43/85, Colect., p. 3131, n.º 8). Ora, no caso em apreço, as pessoas propostas como testemunhas pelas recorrentes nunca manifestaram elas mesmas o desejo de serem ouvidas.

383 Em seguida, há que observar que o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 99/63 prevê que as empresas e associações de empresas que são objecto de um processo nos termos do Regulamento n.º 17 «podem [...] propor à Comissão a audição de pessoas que possam confirmar esses factos». Nesse caso, resulta do artigo 7.º do Regulamento n.º 99/63 que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação razoável para decidir do interesse que pode apresentar uma audição das pessoas cujo depoimento possa ter importância para a instrução do processo (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, n.º 18). Com efeito, a garantia do direito de defesa não exige que a Comissão proceda à inquirição de testemunhas indicadas pelos interessados, quando considerar que a instrução do processo foi suficiente (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Maio de 1984, Eisen und Metall Aktiengesellschaft/Comissão, 9/83, Recueil, p. 2071, n.º 32).

384 No caso em apreço, as recorrentes não apresentaram qualquer elemento que permita pensar que a Comissão, ao não inquirir as pessoas indicadas, teria indevidamente restringido a instrução do processo e, deste modo, limitado a possibilidade de as recorrentes explicarem os diversos aspectos dos problemas suscitados pelas acusações da Comissão (v. acórdão VBVB e VBBB/Comissão, já referido, n.º 18).

385 Com efeito, as recorrentes não especificaram, na sua petição inicial, em que medida os depoimentos das testemunhas indicadas poderia provar que o grupo Henss/Isoplus ou as recorrentes não tinham participado num cartel ao nível europeu desde 10 de Outubro de 1991, mas apenas a partir de finais de 1994. A este respeito, mesmo que o depoimento solicitado tivesse confirmado que nem o Sr. Henss nem a Isoplus Hohenberg ou a Isoplus Sondershausen obtiveram da EuHP informações internas desta última antes da sua admissão na EuHP, isso não permitiria refutar as acusações feitas pela Comissão às recorrentes. O mesmo se passa quanto à questão de saber se o Sr. Henss ou a Henss Rosenheim participaram na elaboração da tabela de preços utilizada no cartel europeu. Além disso, à luz dos elementos de prova enunciados nos n.ºs 264 a 277, *supra*, a

Comissão tinha o direito de considerar que não era necessário ouvir o depoimento solicitado sobre o facto de a Powerpipe ter proposto à Isoplus Hohenberg e à Isoplus Sondershausen participar num cartel ilegal.

- 386 Na medida em que a proposta de testemunhas diz respeito ao Sr. Henss, há que acrescentar que este estava presente na audição, como director da Isoplus Rosenheim, mas que nem o advogado desta nem o advogado da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen lhe pediram que depusesse. Com efeito, resulta da acta da audição que o Sr. Henss só interveio na audição da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen, após uma questão colocada pelo conselheiro-auditor relativa ao contrato de entrada de capitais.
- 387 Além disso, resulta da mesma acta que, na audição, as recorrentes não pediram que o Sr. Bech, ligado à Løgstør, cujo depoimento também fora solicitado, fosse ouvido, apesar do facto de este também assistir à audição.
- 388 Resulta de tudo o que precede que a Comissão, na medida em que não deu seguimento às propostas de depoimento, aplicou correctamente o artigo 19.º do Regulamento n.º 17, bem como as disposições do Regulamento n.º 99/63.
- 389 Por último, as recorrentes apoiam-se no artigo 6.º, n.º 3, alínea d), da CEDH, segundo o qual «[o] acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: [...] Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação».



390 A este respeito, há que salientar que, segundo jurisprudência constante, a Comissão não é um tribunal na acepção do artigo 6.º da CEDH (acórdão Van Landewyck e o./Comissão, já referido, n.º 81, acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, *Musique diffusion française e o./Comissão*, 100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 7, e *Shell/Comissão*, já referido, n.º 39). Por outro lado, o artigo 15.º, n.º 4, do Regulamento n.º 17 dispõe expressamente que as decisões da Comissão que apliquem coimas pela violação do direito da concorrência não têm natureza penal (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, *Tetra Pak/Comissão*, T-83/91, Colect., p. II-755, n.º 235).

391 Todavia, mesmo que a Comissão não constitua um tribunal na acepção do artigo 6.º da CEDH e mesmo que as coimas aplicadas pela Comissão não tenham natureza penal, não é menos verdade que a Comissão deve respeitar os princípios gerais de direito comunitário no decurso do procedimento administrativo (acórdãos *Musique diffusion française e o./Comissão*, já referido, n.º 8, e *Shell/Comissão*, já referido, n.º 39).

392 A este respeito, o facto de as disposições do direito comunitário da concorrência não preverem a obrigação de a Comissão convocar testemunhas de defesa cujo depoimento é solicitado não é contrário aos referidos princípios. Com efeito, há que observar que a Comissão, embora possa inquirir pessoas singulares ou colectivas quando considerar necessário, também não dispõe do direito de convocar testemunhas de acusação sem ter obtido o seu acordo.

393 Por todas estas razões, a censura relativa ao facto de não se inquirirem as testemunhas deve ser rejeitada.

## 7. Quanto à violação das disposições relativas ao mandato dos conselheiros-auditores

### Argumentos das partes

394 As recorrentes censuram a Comissão por ter violado a Decisão 94/810/CECA, CE da Comissão, de 12 de Dezembro de 1994, relativa ao mandato dos conselheiros-auditores no âmbito dos processos de concorrência que correm perante a Comissão (JO L 330, p. 67), na medida em que, no presente processo, o conselheiro-auditor redigiu um relatório, embora não tivesse estado presente durante a maior parte da audição.

395 A este respeito, as recorrentes expõem que o conselheiro-auditor que tinha preparado e dirigido a audição, o Sr. Gilchrist, se reformou em 31 de Dezembro de 1997. Ora, o Sr. Daout, que devia ocupar o cargo de conselheiro-auditor a partir de 1 de Janeiro de 1998, teria estado presente na audição de 24 de Novembro de 1997, mas não teria tomado parte na audição de 25 de Novembro de 1997. Daqui resulta que o Sr. Daout só assistiu parcialmente à audição da Isoplus Rosenheim e da Henss Berlin, que decorreu durante a noite de 24 de Novembro de 1997 e continuou em 25 de Novembro de 1997. Não teria participado na audição da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen, que decorreu exclusivamente em 25 de Novembro de 1997. Em seguida, o projecto de acta relativo ao procedimento da audição teria sido enviado por carta de 3 de Abril de 1998 do conselheiro-auditor, Sr. Daout. Após a aprovação da referida acta, o conselheiro-auditor redigiu o relatório sobre o desenrolar da audição em conformidade com o artigo 8.º da Decisão 94/810.

396 As recorrentes salientam que esta forma de proceder violou o seu direito de defesa. Ora, embora o novo conselheiro-auditor tenha elaborado um relatório, nos termos do artigo 8.º da Decisão 94/810, depois da aprovação da acta, fê-lo sem ter assistido à maior parte da audição, e, especialmente, à respeitante à

Isoplus Hohenberg e à Isoplus Sondershausen. Neste último caso, o conselheiro-auditor não poderia ter uma ideia pessoal do grupo Henss/Isoplus e de todas as recorrentes e também não estaria, nomeadamente, em condições de pôr questões. Não existindo um relatório objectivo do conselheiro-auditor em conformidade com o artigo 8.º da Decisão 94/810, o processo decisório da Comissão que conduziu à decisão recorrida não se poderia apoiar numa base objectiva.

397 No caso de o conselheiro-auditor reformado ter redigido o relatório em questão, como alega a Comissão, as recorrentes invocam igualmente, a título subsidiário, uma violação das formalidades essenciais definidas pela Decisão 94/810 e pelo Regulamento n.º 99/63, dado que o relatório foi redigido antes da aprovação da acta relativa à audição e sem que o conselheiro-auditor tivesse conhecimento e examinasse as outras observações directas da Isoplus Hohenberg, da Isoplus Sondershausen e da Isoplus Rosenheim. Nessa situação, também não haveria um relatório completo e correcto, o que impediria o processo decisório de ter carácter objectivo.

398 Não obstante o facto de o relatório do conselheiro-auditor relativo à audição ou às fases do procedimento seguido nos termos do Regulamento n.º 17 não dever ser transmitido às empresas em causa a fim de elas poderem estudar ou apresentar as suas observações, esse relatório do conselheiro-auditor independente não deixa de ter uma importância decisiva nos procedimentos de declaração de infracções em matéria de concorrência, como, aliás, seria admitido pela Comissão, que reconhece que esse relatório, sem a vincular, teria, pelo menos, o valor de um parecer.

399 A recorrida observa que foi o Sr. Gilchrist que redigiu o relatório previsto pelo artigo 8.º da Decisão 94/810. O facto de, atempadamente, o conselheiro-auditor não ter disposto da versão aprovada da acta da audição não é importante, dado que essa acta serve para informar as pessoas que não estiveram presentes na audição, ou seja, os membros do comité consultivo e da Comissão. Como o conselheiro-auditor, devido às suas funções, era obrigado a assistir à totalidade

da audição, a referida acta não se destinaria à sua informação. Segundo a Comissão, o relatório do conselheiro-auditor reflecte o estado dos debates no momento da audição. Por último, esse relatório teria apenas o valor de parecer, ao qual a Comissão não é obrigada a vincular-se.

- 400 A este respeito, a Comissão sublinha ainda que a audição é normalmente precedida da apresentação de observações escritas a propósito das acusações feitas e constitui, assim, uma fase avançada dos debates. Terminando a audição no momento do encerramento da sessão, a acta limita-se a transcrever o conteúdo da sessão. A possibilidade concedida às partes de verificarem a exactidão da acta não constitui de modo algum um prolongamento da audição.
- 401 Quanto ao relatório do conselheiro-auditor, não é de modo algum excluído que a Comissão tenha em consideração observações posteriores à audição. Com efeito, o artigo 8.º da Decisão 94/810 prevê expressamente que o conselheiro-auditor pode sugerir informações complementares se os elementos apresentados anteriormente tornarem necessário uma nova audição. Ora, no caso em apreço, não teria sido esse o caso.
- 402 No que diz respeito à ausência temporária do Sr. Daout aquando da audição, este facto não teria tido influência sobre a validade da decisão, dado que este último ocupava ainda, nessa altura, o lugar de conselheiro-auditor.

### Apreciação do Tribunal

- 403 Há que observar que o artigo 2.º, n.º 1, da Decisão 94/810 confere ao conselheiro-auditor as funções de assegurar o bom desenrolar da audição e de com isso contribuir para o carácter objectivo da audição e de qualquer decisão

ulterior. Neste contexto, o conselheiro-auditor diligenciará, nomeadamente, para que todos os elementos de facto pertinentes, independentemente de serem favoráveis ou desfavoráveis aos interessados, sejam devidamente tomados em consideração na preparação dos projectos de decisão da Comissão em matéria de concorrência.

- 404 Nos termos do artigo 8.º da Decisão 94/810, o conselheiro-auditor informará o director-geral da Concorrência do desenrolar da audição e das conclusões que dela retira e formulará observações sobre a sequência do processo, que podem dizer respeito, nomeadamente, à necessidade de informações complementares, ao abandono de certas acusações ou à comunicação de acusações suplementares.
- 405 Além disso, resulta do artigo 9.º, n.º 4, do Regulamento n.º 99/63 e do artigo 7.º, n.º 4, da Decisão 94/810 que as declarações essenciais de cada pessoa ouvida devem ser registadas em acta, que será por ela lida e aprovada. Segundo esta última disposição, incumbe ao conselheiro-auditor assegurar este facto.
- 406 No caso em apreço, afigura-se que o relatório previsto pelo artigo 8.º da Decisão 94/810 foi redigido pelo Sr. Gilchrist, que o enviou à Comissão em 26 de Novembro de 1997. Por conseguinte, a censura das recorrentes deve ser interpretada no sentido de que denunciam o facto de o conselheiro-auditor ter redigido esse relatório antes da aprovação da acta relativa à audição e sem ter tido conhecimento das observações das recorrentes a esse respeito.
- 407 Em primeiro lugar, há que assinalar que nem o Regulamento n.º 99/63 nem a Decisão 94/810 se opõem a que o conselheiro-auditor apresente o relatório previsto no artigo 8.º da Decisão 94/810 antes de a acta da audição ser aprovada, em conformidade com o artigo 9.º, n.º 4, do Regulamento n.º 99/63 e com o artigo 7.º, n.º 4, da Decisão 94/810, por cada uma das pessoas ouvidas. Há que

recordar, a este respeito, que o relatório do conselheiro-auditor constitui um documento puramente interno da Comissão, que não tem por objecto completar ou corrigir a argumentação das empresas e que não apresenta, assim, qualquer aspecto decisivo que o juiz comunitário tenha de ter em conta para exercer a sua fiscalização (v. o n.º 40, *supra*).

408 Em seguida, há que assinalar que o artigo 9.º, n.º 4, do Regulamento n.º 99/63 tem por objectivo garantir às pessoas ouvidas a conformidade da acta com as suas declarações essenciais (acórdão ICI/Comissão, já referido, n.º 29, e acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Bayer/Comissão, 51/69, Recueil, p. 745, n.º 17, Colect., p. 287). Assim, a acta é sujeita à aprovação das partes, a fim de lhes permitir verificar as declarações feitas na audição e não com o objectivo de apresentar novos elementos que o conselheiro-auditor seria obrigado a tomar em consideração.

409 Ora, as recorrentes não demonstram em que medida o carácter provisório da acta de que dispunha o conselheiro-auditor no momento da redacção do seu relatório o teria impedido de informar o director-geral da Concorrência nas condições necessárias para contribuir para o carácter objectivo do procedimento.

410 Com efeito, resulta da jurisprudência que o carácter provisório da acta da audição submetida ao comité consultivo e à Comissão apenas pode constituir um vício de procedimento administrativo, susceptível de ferir de ilegalidade a decisão que constitui o seu resultado se o texto em questão for redigido de modo a induzir em erro os seus destinatários quanto a um ponto essencial (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, Buchler/Comissão, 44/69, Recueil, p. 733, n.º 17, Colect. 1969-1970, p. 501). De qualquer forma, dado que a Comissão teve na sua posse, além da acta provisória, as informações e observações feitas pelas empresas quanto a essa acta, há que considerar que os membros da Comissão foram informados de todos os dados pertinentes antes de adoptar a decisão (v. acórdão Petrofina/Comissão, já referido, n.º 44). Assim, não pode ser sustentado que as diferentes instâncias que concorrem para a elaboração da decisão final não teriam sido informadas correctamente da argumentação formulada pelas empresas, em resposta às acusações que lhes foram comunicadas

pela Comissão e aos elementos de prova por esta apresentados para apoiar essas acusações (v. acórdão Petrofina/Comissão, já referido, n.º 53, e acórdão de 10 de Março de 1992, Hüls/Comissão, já referido, n.º 86).

- 411 O Tribunal de Justiça, aliás, já decidiu que uma irregularidade na redacção da acta só pode produzir efeitos em relação à legalidade da decisão em caso de reprodução inexacta de declarações feitas na audição (acórdãos ICI/Comissão, já referido, n.º 31, e Bayer/Comissão, já referido, n.º 17). Ora, no caso em apreço, as recorrentes não indicaram em que medida a acta não teria relatado a audição de modo leal e exacto (v. acórdão Petrofina/Comissão, já referido, n.º 45). Ao invés, não é contestado que as correcções ao projecto de acta propostas pelas recorrentes, nomeadamente no que diz respeito à presença do Sr. Daout na audição, foram relatadas na versão final da referida acta.
- 412 Resulta das considerações precedentes que o facto de, no presente processo, o conselheiro-auditor ter redigido o seu relatório antes da aprovação da acta relativa à audição não afectou a regularidade da decisão que daí resultou.
- 413 Assim, a censura relativa à violação das disposições referentes ao mandato dos conselheiros-auditores deve ser rejeitada.
- 414 Conclui-se que o fundamento baseado na violação do direito de defesa deve ser rejeitado no seu conjunto.

415

a

496 [...]

D — *Quanto ao quarto fundamento, relativo a erros de direito e de apreciação na determinação do montante da coima*

497  
a  
518 [...] ]

2. Quanto à violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, no que diz respeito à responsabilidade solidária das cinco recorrentes

Argumentos das partes

519 As recorrentes observam que a Comissão lhes aplicou erradamente uma coima a título solidário. A este respeito, recordam, em primeiro lugar, que se não for reconhecido ao grupo Henss/Isoplus a qualidade de grupo, quase-grupo ou «grupo de facto», há que aplicar uma coima, individualmente, a cada uma das recorrentes. As recorrentes precisam que a sua situação não pode ser comparada com o processo que deu origem ao acórdão Metsä-Serla e o./Comissão, já referido, no qual as sociedades recorrentes eram responsáveis pelo comportamento anticoncorrencial da associação de empresas Finnboard, de tal modo que uma violação intencional do artigo 85.º do Tratado pôde ser declarada em relação a cada uma delas.

520 Em seguida, as recorrentes afirmam que decorre do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 que, quando várias empresas são consideradas responsáveis, a condenação no pagamento indivisível da coima deve ser limitada, em relação a cada uma das empresas co-responsáveis, a 10% do seu volume de negócios durante o último exercício social. No caso em apreço, as recorrentes teriam sido condenadas no pagamento solidário de uma quantia que ultrapassa, em relação a cada uma das recorrentes, o limite de 10% do seu volume de negócios. Assim, se uma delas se tornasse insolvente, isso significaria necessariamente que as outras



empresas deveriam pagar uma coima superior a 10% do seu volume de negócios, o que seria contrário ao espírito e à letra do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. A este respeito, as recorrentes assinalam que, no processo que deu origem ao acórdão Metsä-Serla e o./Comissão, o montante da obrigação solidária foi determinado individualmente com um montante diferente para cada uma das empresas, de modo que o limite máximo da coima foi respeitado para cada uma delas.

- 521 A recorrida observa que as quatro sociedades Henss e Isoplus tiveram de ser tratadas como uma única empresa para efeitos do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, dado que participaram, durante o período da infracção, sob uma direcção única, nessa infracção, sem que seja possível distinguir o grau de participação de cada uma. Assim, foi com fundamento que a Comissão aplicou o limite fixado no artigo 15.º do Regulamento n.º 17 aos volumes de negócios cumulados das três sociedades de exploração restantes, no momento da adopção da decisão, e lhes aplicou uma coima a título solidário. No que diz respeito à HFB KG e à HFB GmbH, a Comissão considera que a sua responsabilidade decorre da das sociedades de exploração, de modo que podiam, como partes da mesma empresa, figurar entre os devedores solidários.

### Apreciação do Tribunal

- 522 Há que observar que as recorrentes censuram a Comissão por tê-las responsabilizado solidariamente pela infracção cometida pelo grupo Henss/Isoplus.
- 523 Uma vez que foi decidido que a decisão contém, de qualquer forma, um erro de direito na medida em que as sociedades HFB KG e HFB GmbH foram solidariamente consideradas responsáveis pela coima aplicada ao grupo Henss/Isoplus (v. n.ºs 101 a 108, *supra*), já não é necessário examinar o presente fundamento na medida em que diz respeito a essas duas sociedades.

- 524 No que diz respeito à Isoplus Rosenheim, à Isoplus Hohenberg e à Isoplus Sondershausen, há que salientar, como foi confirmado nos n.ºs 54 a 68, *supra*, que as actividades dentro do cartel das sociedades Henss Berlin e Henss Rosenheim, que passaram a Isoplus Rosenheim, e das sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen devem ser consideradas o comportamento de uma única unidade económica, sob uma direcção única e prosseguindo, de forma duradoura, um objectivo económico comum às suas diferentes componentes.
- 525 Dado que a Isoplus Rosenheim, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen devem, no que diz respeito às suas actividades no cartel, ser consideradas uma unidade económica única, são solidariamente responsáveis pelo comportamento incriminado (acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, Istituto chemioterapico e Commercial Solvents/Comissão, 6/73 e 7/73, Colect., p. 119, n.º 41).
- 526 Deve considerar-se que a responsabilidade solidária dessas sociedades é justificada, no caso em apreço, tanto mais que não existia, no momento da infracção, qualquer pessoa jurídica que, à frente do conjunto das sociedades que fazem parte do grupo Henss/Isoplus, pudesse, enquanto responsável pela acção do grupo, ser responsabilizada pela infracção. Há que recordar, a este propósito, que o Tribunal de Primeira Instância decidiu que, numa situação em que, devido à composição familiar do grupo e à dispersão dos seus accionistas, é impossível ou excessivamente difícil identificar a pessoa jurídica que, como dirigente, pudesse, enquanto responsável pela coordenação da acção do grupo, ser responsabilizada pelas infracções cometidas pelas suas diversas sociedades componentes, a Comissão tem o direito de considerar as filiais solidariamente responsáveis por todos os actos do grupo, a fim de evitar que a separação formal entre essas sociedades, resultante da sua personalidade jurídica distinta, se possa opor à verificação da unidade do seu comportamento no mercado para efeitos da aplicação das regras da concorrência. Ora, é evidente que esta análise, relativa a uma situação em que era impossível ou excessivamente difícil identificar a pessoa jurídica que, à frente de um grupo, pudesse ser responsabilizada pelas infracções realizadas pelas diversas sociedades componentes, se aplica, por maioria de razão, à situação em que tal pessoa jurídica não existe.

527 Além disso, resulta da jurisprudência que o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 deve ser interpretado no sentido de que uma empresa pode ser declarada solidariamente responsável com uma outra empresa pelo pagamento de uma coima aplicada à que cometeu uma infracção deliberadamente ou por negligência, desde que a Comissão prove, no mesmo acto, que essa infracção poderia ser detectada no contexto da empresa que deve responder solidariamente pela coima (acórdãos Metsä-Serla e o./Comissão, já referido, n.ºs 42 a 45, e Finnboard/Comissão, já referido, n.ºs 27 a 28 e 34 a 38). No processo que deu origem aos acórdãos Metsä-Serla e o./Comissão e Finnboard/Comissão, já referidos, tratava-se de uma associação de empresas, a Finnboard, à qual tinha sido aplicada uma coima relativamente à qual eram solidariamente responsáveis as sociedades membros da associação. A este respeito, o juiz comunitário considerou que a Comissão tinha o direito de responsabilizar solidariamente cada uma das recorrentes com a Finnboard, ao considerar que os vínculos económicos e jurídicos existentes entre as empresas em causa eram tais que a Finnboard apenas tinha agido como órgão auxiliar de cada uma delas e que era obrigada a seguir as directrizes por elas emitidas, sem poder adoptar no mercado um comportamento independente de cada uma delas, de modo que a Finnboard constituía, na realidade, uma unidade económica com cada uma das suas sociedades membros (acórdão Metsä-Serla e o./Comissão, já referido, n.ºs 58 e 59). Ora, trata-se, no caso em apreço, de uma situação em que as sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen agiam como órgãos auxiliares do grupo de facto Henss/Isoplus e eram obrigadas a seguir as directrizes emitidas pela sua direcção única, sem poderem adoptar no mercado um comportamento independente. É evidente que, nessas circunstâncias, cada uma dessas sociedades pode ser considerada solidariamente responsável pela infracção declarada em relação ao grupo Henss/Isoplus que, em si mesmo, constitui a empresa que cometeu a infracção na acepção do artigo 85.º do Tratado.

528 Contrariamente ao que afirmam as recorrentes, a circunstância segundo a qual várias empresas são consideradas solidariamente responsáveis por uma coima não implica, no que diz respeito à aplicação do limite de 10% do volume de negócios previsto pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, que o montante da coima seja limitado, para as sociedades co-responsáveis, a 10% do volume de negócios realizado por cada uma dessas sociedades durante o último exercício social. Com efeito, o limite de 10% do volume de negócios, na acepção dessa disposição, deve ser calculado com base no volume de negócios cumulado de todas as sociedades que constituem a entidade económica que age como «empresa» na acepção do artigo 85.º do Tratado.

529 A este respeito, há que recordar a jurisprudência relativa às infracções cometidas pelas associações de empresas para as quais o limite de 10% do volume de negócios previsto pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 deve ser calculado, se for caso disso, em relação ao volume de negócios realizado pelo conjunto das empresas membros das associações de empresas, pelo menos quando, por força das regras internas, a associação puder vincular os seus membros (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Fevereiro de 1994, CB e Europay/Comissão, T-39/92 e T-40/92, Colect., p. II-49, n.º 136, e de 21 de Fevereiro de 1995, SPO e o./Comissão, T-29/92, Colect., p. II-289, n.º 385). Segundo o Tribunal de Primeira Instância, esta interpretação justifica-se pelo facto de que, ao fixar o montante das coimas, pode ser tomado em consideração, nomeadamente, a influência que uma associação de empresas pôde exercer no mercado, que não depende do seu próprio «volume de negócios», que não revela nem a sua dimensão nem o seu poder económico, mas do volume de negócios dos seus membros, que constitui uma indicação da sua dimensão e do seu poder económico (acórdãos CB e Europay/Comissão, já referido, n.º 137, e SPO e o./Comissão, já referido, n.º 385). Do mesmo modo, no caso de uma «empresa» constituída por um grupo de sociedades que agem como uma entidade económica única, apenas o volume de negócios cumulados das sociedades componentes pode constituir uma indicação da dimensão e do poder económico da empresa em questão.

530 Assim, o Tribunal de Primeira Instância aprovou uma decisão da Comissão na medida em que esta última tinha aplicado uma coima, devido a uma infracção pela qual duas sociedades-irmãs eram consideradas solidariamente responsáveis, tendo precisamente em conta o seu volume de negócios cumulado.

531 A este respeito, é sem fundamento que as recorrentes pedem que lhes seja aplicada a solução do acórdão Metsä-Serla e o./Comissão, já referido, segundo a qual cada recorrente era considerada solidariamente responsável, até ao limite de um certo montante, pela coima aplicada à associação de empresas. Com efeito, esta solução explica-se pelo facto de que se tratava de uma situação em que a associação Finnboard formava uma entidade económica com cada uma das suas sociedades membros, considerada individualmente. No caso em apreço, ao invés, trata-se apenas de uma única entidade económica à qual pertencem as sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen.

532 Por estas razões, há que rejeitar a censura no que diz respeito à responsabilidade solidária da Isoplus Rosenheim, da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen.

3. Quanto à apreciação errada do volume de negócios das empresas em causa

#### Argumentos das partes

533 As recorrentes expõem que a Comissão, na modulação da coima, a fim de não ultrapassar o limite de 10% do volume de negócios fixado no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, não poderia partir de um volume de negócios global para o grupo Henss/Isoplus, em relação ao ano de 1997, de 49 500 000 ecus. Segundo as recorrentes, o montante máximo deve ser de 49 055 000 ecus, correspondente ao volume de negócios global, tal como foi corrigido pela dedução das vendas internas entre as sociedades Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen e Isoplus Rosenheim. Daqui resultaria que a Comissão só tinha o direito de aplicar uma coima de 4 905 000 ecus.

534 A este respeito, as recorrentes precisam que optam pela taxa de conversão tal como foi estipulada de modo definitivo pelo Banco Central Europeu, em Maio de 1998, no que diz respeito ao ecu e ao euro a partir de 1 de Janeiro de 1999.

535 Por outro lado, segundo as recorrentes, a Comissão não poderia fundamentar o montante da coima de 4 950 000 ecus no facto de, no cálculo do volume de negócios global do grupo Henss/Isoplus, se dever igualmente ter em conta o montante das vendas de condutas em aço. Com efeito, nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, o volume de negócios realizado com outro produto destinado a um mercado diferente daquele em que foi cometida a infracção não pode entrar em linha de conta, no caso em apreço, na determinação do volume de negócios global do grupo Henss/Isoplus.

- 536 A recorrida observa que o argumento das recorrentes segundo o qual o montante da coima tem 45 000 ecus a mais é desprovido de fundamento. Por um lado, as recorrentes não aplicaram a taxa de conversão conveniente, quer dizer, a taxa de conversão média entre a moeda nacional e o ecu em relação ao ano de referência de 1997. Por outro, as recorrentes deveriam ter em conta, em relação à Isoplus Rosenheim, não apenas o volume de negócios referente às condutas em plástico mas também o volume de negócios global referido no artigo 15.º do Regulamento n.º 17, sem distinção por categoria de produtos.

### Apreciação do Tribunal

- 537 Há que recordar que, aquando da redução do montante da coima aplicada ao grupo Henss/Isoplus por força da aplicação do limite previsto pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a Comissão baseou-se num volume de negócios de cerca de 49 500 000 ecus.
- 538 A Comissão explicou na contestação que, ao fazê-lo, se baseou no total dos volumes de negócios realizados pelas sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, em 1997, depois da dedução das suas vendas internas, tais como foram comunicados por essas sociedades aquando do procedimento administrativo. No mesmo documento, a Comissão explicou que esses volumes, sendo expressos em moeda nacional, foram convertidos em ecus por aplicação da taxa de conversão média entre a moeda nacional e o ecu em relação ao ano de referência de 1997.
- 539 Deve ser referido que o montante fixado, na decisão, como volume de negócios global do conjunto dessas três sociedades corresponde, com efeito, ao volume que resulta, seguindo o método exposto pela Comissão, dos volumes de negócios comunicados pelas recorrentes.

- 540 A este respeito, as recorrentes não podem censurar a Comissão, no que respeita à Isoplus Rosenheim, por se ter baseado no seu volume de negócios global, sem se limitar às vendas de condutas com revestimento térmico destinadas ao mercado do aquecimento urbano.
- 541 Com efeito, resulta da jurisprudência constante que o volume de negócios visado no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, relativo ao limite superior da coima susceptível de ser aplicada, se refere ao volume de negócios global da empresa, o qual apenas dá uma indicação aproximada da importância e da influência dessa empresa no mercado (acórdão Musique diffusion française e o./Comissão, já referido, n.º 119; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, ICI/Comissão, T-13/89, Colect., p. II-1021, n.º 376, e de 7 de Julho de 1994, Dunlop Slazenger/Comissão, T-43/92, Colect., p. II-441, n.º 160). No respeito do limite fixado por esta última disposição, a Comissão pode fixar o montante da coima a partir do volume de negócios à sua escolha, em termos de base geográfica e de produtos envolvidos.
- 542 Em seguida, no que diz respeito à conversão em ecus dos volumes expressos em moeda nacional, há que observar que a Comissão tinha o direito de aplicar a taxa de conversão média entre a moeda nacional e o ecu para o ano de referência de 1997.
- 543 Como o Tribunal de Primeira Instância decidiu, a Comissão, ao calcular o montante da coima a partir do volume de negócios de um dado ano de referência, expresso em moeda nacional, tem o direito de converter esse volume de negócios em ecus, com base na taxa de câmbio média desse ano de referência e não com base na taxa de câmbio na data da adopção da decisão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Enso Española/Comissão, T-348/94, Colect., p. II-1875, n.ºs 336 a 341).
- 544 Por estas razões, a censura fundamentada na apreciação errada do volume de negócios deve ser rejeitada.

#### 4. Quanto à violação do direito de defesa na apreciação das circunstâncias agravantes

##### Argumentos das partes

545 As recorrentes alegam, no que diz respeito às circunstâncias agravantes mencionadas no considerando 179 da decisão, que a Comissão violou o direito fundamental de defesa na medida em que imputou ao grupo Henss/Isoplus «a tentativa sistemática de enganar a Comissão quanto à verdadeira relação entre as empresas do grupo», que constitui «uma obstrução deliberada às investigações da Comissão».

546 A este respeito, as recorrentes observam que, no âmbito de um procedimento que possa conduzir à aplicação de coimas, em que se coloca a questão da existência de um grupo, de um quase-grupo ou de um grupo de facto, o direito de defesa abrange a contestação de determinadas relações entre pessoas singulares ou colectivas, na perspectiva do direito das sociedades, e a possibilidade de não se revelarem certas relações fiduciárias. Com efeito, a própria essência da relação fiduciária implica que a identidade do comitente só seja revelada a determinadas autoridades, como as autoridades financeiras e o Banco Central, com exclusão de terceiros num litígio e de outras autoridades e órgãos jurisdicionais, sendo que a causa da criação de relações fiduciárias é precisamente, na maior parte dos casos, o desejo de conservar o segredo em relação a terceiros. Assim, as recorrentes deveriam impor aos seus advogados o respeito da obrigação do segredo profissional, à qual estes últimos estão vinculados pelas regras que regem a profissão de advogado. O facto de se considerar esta atitude como circunstância agravante aquando do cálculo do montante da coima viola o direito fundamental de defesa.

547 Contrariamente à opinião expressa pela Comissão, existiria efectivamente um interesse legítimo segundo o qual as relações fiduciárias e, por esse facto, a identidade do sócio maioritário devem ser mantidas em segredo, nomeadamente



no que se refere à Isoplus Hohenberg, mas, em parte, igualmente no que diz respeito à Isoplus Sondershausen. Por estas razões, que foram já expostas pelo Sr. Henss à Comissão, durante uma conversa confidencial, em 3 de Março de 1998, e confirmadas numa carta de 4 de Março de 1998, o comportamento das recorrentes apenas teria constituído o exercício do direito de defesa.

548 No que diz respeito à afirmação da Comissão segundo a qual, se a obstrução deliberada tivesse tido êxito, «poderia ter permitido que a empresa evitasse a coima adequada ou tornado a sua cobrança mais difícil», as recorrentes precisam, em primeiro lugar, que, mesmo em caso de revelação das relações fiduciárias, deveriam, no decurso do procedimento administrativo, igualmente ser resolvidas diversas questões de direito relativas à qualidade do grupo Henss/Isoplus como grupo, quase-grupo ou grupo de facto e, portanto, como empresa na acepção do artigo 85.º do Tratado. A este respeito, é incontestável que o facto de adoptarem uma posição jurídica diferente da da Comissão releva do direito de defesa.

549 Em seguida, a Comissão afirma sem fundamento que, se a tese das recorrentes tivesse sido admitida, isso permitiria obter uma redução importante da coima. Com efeito, na situação escolhida pela Comissão, segundo a qual o grupo Henss/Isoplus constitui um grupo ou um grupo de facto, as vendas internas realizadas entre os membros do grupo teriam sido afastadas aquando do cálculo do volume de negócios como base para determinação do montante da coima. A este respeito, as recorrentes recordam que o volume de negócios consolidado da Henss/Isoplus, em relação ao ano de referência de 1997, deveria ser de 49 055 000 ecus. Ao invés, se se aceitar que o grupo Henss/Isoplus não existiu enquanto tal, seria necessário ter em consideração o volume de negócios de cada uma das empresas em causa, considerando as vendas realizadas entre as recorrentes, nomeadamente as vendas efectuadas pela Isoplus Rosenheim enquanto empresa de distribuição ou agente comercial. Nesta última situação, a base para o cálculo do montante das coimas não teria sido, definitivamente, muito diferente. Com efeito, neste último caso, aos volumes de negócios da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen, deveriam ser acrescentadas as provisões e os montantes de garantia retidos pela Isoplus Rosenheim, na qualidade de agente comercial, o que conduziria a um montante do volume de negócios global de cerca de 46 000 000 ecus.

550 Por fim, se não se admitir a existência de um grupo, mas se se considerar, contrariamente à opinião das recorrentes, que as relações jurídicas entre a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen, por um lado, e a Isoplus Rosenheim, por outro, não constituíram puras relações de agência comercial, o volume de negócios da Isoplus Rosenheim deveria ser acrescido ao volume de negócios global que serve de base de cálculo para a coima. Nesse caso, os volumes de negócios cumulados da Isoplus Rosenheim, da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen, não consolidados e expurgados dos volumes de negócios internos, ascenderiam a 68 000 000 ecus.

551 Estas considerações demonstrariam que o facto de se manterem secretas as relações fiduciárias, bem como a circunstância segundo a qual as recorrentes contestam a qualificação de grupo, quase-grupo ou grupo de facto das sociedades Henss e Isoplus não constituem de modo algum manobras dolosas destinadas a obter uma redução da coima.

552 A recorrida expõe, em primeiro lugar, que foi enganada de propósito, tanto pelo advogado das sociedades Henss como pelo das sociedades Isoplus, sobre a questão importante de saber se o Sr. Henss controlava igualmente as sociedades Isoplus. Segundo a Comissão, as manobras dolosas das recorrentes não tiveram qualquer ligação com o exercício do direito de defesa. Por outro lado, a obrigação de responder a um pedido de informações, imposta pelo Regulamento n.º 17, não prejudica o direito de defesa. Isto é tanto mais verdade quanto as manobras dolosas não visavam tanto a existência da infracção como a base de cálculo do montante da coima.

553 Quanto à confidencialidade das relações fiduciárias, a Comissão considera que não resulta das circunstâncias invocadas pelas recorrentes que existia um interesse legítimo em não revelar as informações por ela solicitadas. De qualquer forma, a Comissão seria obrigada, em conformidade com o artigo 20.º do Regulamento n.º 17, a respeitar os interesses legítimos na manutenção do segredo, em especial o segredo dos negócios.

- 554 No que diz respeito à questão de saber se o facto de enganar a Comissão devia permitir obter uma redução importante da coima, a Comissão expõe que, mesmo tendo em conta certas vendas realizadas entre as recorrentes, o montante da coima teria sido inferior ao realmente aplicado.

### Apreciação do Tribunal

- 555 Há que observar que a Comissão considerou, contra o grupo Henss/Isoplus, «a tentativa sistemática de enganar a Comissão quanto à verdadeira relação entre as empresas do grupo», como circunstância agravante que, com a prossecução deliberada do cartel depois do inquérito e o papel de primeiro plano na aplicação do cartel, ocasionou um aumento de 30% do montante da coima aplicada aos componentes desse grupo (considerando 179, terceiro parágrafo, da decisão).
- 556 A este respeito, é necessário afirmar que se revelaram inexactas determinadas informações comunicadas pelas recorrentes, no que diz respeito à situação dos accionistas das sociedades reunidas, pela Comissão, no grupo Henss/Isoplus e no que diz respeito aos vínculos de propriedade entre essas sociedades.
- 557 Em primeiro lugar, há que observar que, após o pedido de informações de 13 de Março de 1996, em que a Comissão pedia à sociedade Isoplus Hohenberg que especificasse todos os elementos relativos às reuniões efectuadas com as sociedades concorrentes e, designadamente, no que diz respeito aos participantes nessas reuniões, o seu nome, empresa e função, esta precisou, no que diz respeito à presença do Sr. Henss nessas reuniões, que este último só representava as

sociedades Isoplus na base de um mandato por sua parte (resposta complementar da Isoplus Hohenberg de 10 de Outubro de 1996, a seguir «resposta complementar da Isoplus Hohenberg»). Em seguida, nas suas observações relativas à comunicação de acusações de 30 de Junho de 1997, a Isoplus Hohenberg e a Isoplus Sondershausen contestaram expressamente o facto de as sociedades Henss e Isoplus formarem um grupo único ou sociedades ligadas sob a direcção ou o controlo do Sr. Henss e afirmaram que não existia, nos autos, nenhuma prova demonstrando que o Sr. Henss tenha controlado, mesmo através de um mandatário, a Isoplus Hohenberg ou as sociedades ligadas a esta última. Ora, como as recorrentes reconheceram no Tribunal de Primeira Instância, afigura-se que o Sr. Henss era o proprietário da maioria das partes sociais da Isoplus Hohenberg, pelo menos a partir de Outubro de 1991, e até à cessão das suas partes à HFB KG, pelo contrato de entrada de capitais de 15 de Janeiro de 1997. Conclui-se que possuía, assim, nessa época, uma participação indirecta na Isoplus Sondershausen e que participava nas reuniões do cartel, portanto, igualmente, como proprietário da Isoplus Hohenberg e, indirectamente, da Isoplus Sondershausen.

558 Em segundo lugar, a Isoplus Hohenberg sustentou, na sua resposta complementar, que detinha 100% do capital da Isoplus Sondershausen, o que foi confirmado pelas observações da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen relativas à comunicação de acusações. Ora, essa informação revelou-se incorrecta, dado que, por um lado, a Comissão, através do contrato de entrada de capitais, soube que um terço do capital social da Isoplus Sondershausen era detido pela Isoplus Hohenberg como mandatária do casal Papsdorf, que o cedeu pelo contrato de entrada de capitais à HFB KG, e que, por outro, as recorrentes afirmam, nos seus articulados no Tribunal de Primeira Instância, que o outro terço do referido capital social era igualmente detido pela Isoplus Hohenberg enquanto mandatária.

559 Contrariamente ao que invocam as recorrentes, o seu comportamento durante o procedimento administrativo não pode ser considerado um simples exercício do direito de contestar a qualificação de «grupo» atribuída pela Comissão às sociedades Henss e Isoplus.

560 Em primeiro lugar, há que observar que as recorrentes, durante o procedimento administrativo, não se limitaram a contestar a apreciação dos factos e a posição jurídica da Comissão, tendo fornecido a esta última, nas suas respostas aos pedidos de informações e nas suas observações relativas à comunicação de acusações, informações incompletas e, parcialmente, inexactas.

561 Cabe observar que o Regulamento n.º 17 impõe à empresa que é objecto de uma medida de investigação uma obrigação de colaboração activa, que implica que tenha à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objecto da investigação (acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, *Orkem/Comissão*, 374/87, Colect., p. 3283, n.º 27; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Março de 1995, *Société générale/Comissão*, T-34/93, Colect., p. II-545, n.º 72). Mesmo que as empresas tenham a liberdade de responder ou não responder às questões que lhes são colocadas nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, resulta da sanção prevista no artigo 15.º, n.º 1, alínea b), primeira parte da frase, do Regulamento n.º 17 que as empresas, ao aceitar responder, são obrigadas a fornecer informações exactas.

562 Em seguida, as recorrentes não podem invocar o carácter confidencial das relações fiduciárias entre os accionistas das sociedades *Isoplus Hohenberg* e *Isoplus Sondershausen*, dado que, em conformidade com o artigo 20.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a Comissão é obrigada a não divulgar as informações que obteve ao abrigo do referido regulamento e que, pela sua natureza, estão abrangidas pelo segredo profissional. Do mesmo modo, o artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 dispõe que as informações obtidas nos termos dos artigos 11.º, 12.º, 13.º e 14.º só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido pedidas. Tendo em consideração a obrigação imposta à Comissão de proteger a confidencialidade das informações abrangidas pelo segredo profissional, a confidencialidade da identidade dos comitentes no âmbito de relações fiduciárias não era, assim, susceptível de justificar o comportamento das recorrentes. Por outro lado, não está excluído que a realidade do controlo exercido pelo Sr. Henss sobre as sociedades *Isoplus* e as ligações entre estas últimas pudessem ser comunicadas à Comissão, sem que fosse necessário revelar

a identidade de terceiros agindo como comitentes no âmbito de relações fiduciárias.

563 Uma vez que as sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen deviam saber que as informações não reveladas à Comissão eram necessárias para apreciar a realidade das relações existentes entre as sociedades por ela reunidas, a partir do pedido de informações de 13 de Março de 1996, num grupo único («o grupo Henss»), foi com fundamento que a Comissão qualificou o comportamento das recorrentes de «tentativa sistemática de enganar a Comissão quanto à verdadeira relação entre as empresas do grupo», constituindo «uma obstrução deliberada às investigações da Comissão». O carácter deliberado desse comportamento é confirmado pelo facto de o advogado encarregado da defesa da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen ter conhecimento do carácter inexacto das informações fornecidas no procedimento administrativo, tendo em conta as funções de mandatário que ele próprio tinha desempenhado, como é reconhecido pelas recorrentes, nas relações fiduciárias.

564 Quanto à qualificação de que a obstrução deliberada, «caso tivesse sido coroada de êxito, poderia ter permitido que a empresa evitasse a coima adequada ou tornado a sua cobrança mais difícil», basta observar que o controlo exercido pelo Sr. Henss nas sociedades Henss e Isoplus constitui um factor que conduz, nas circunstâncias do caso em apreço, à conclusão segundo a qual as actividades das referidas sociedades devem ser consideradas a acção de um grupo de facto «Henss/Isoplus», relativamente ao qual as sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen podem ser consideradas solidariamente responsáveis. Por conseguinte, e sem que seja necessário verificar se uma ou outra hipótese teriam conduzido a um montante de coima superior, não se pode excluir que a Comissão não teria podido chegar ao montante da coima efectivamente imposta se não se demonstrasse que o Sr. Henss controlava a Isoplus Hohenberg e, por conseguinte, parcialmente, a Isoplus Sondershausen, o que as recorrentes tinham precisamente negado durante o procedimento administrativo.

565 Conclui-se que a censura baseada na violação do direito de defesa na apreciação das circunstâncias agravantes deve ser rejeitada.

## 5. Quanto à circunstância agravante baseada no papel desempenhado no cartel pelas recorrentes

### Argumentos das partes

<sup>566</sup> As recorrentes contestam o facto de a Comissão considerar como circunstância agravante contra a Henss/Isoplus o «papel de líder desempenhado por esta empresa na aplicação do cartel». Neste contexto, contestam as afirmações da Comissão contidas nos considerandos 75, 121 e 144 da decisão.

<sup>567</sup> A este respeito, as recorrentes recordam que as actividades da Henss Rosenheim, ou do Sr. Henss, relativamente à ABB, devem, sobretudo durante o período compreendido entre Outubro de 1991 e Outubro de 1994, ser consideradas na perspectiva da sua qualidade de representante comercial da ABB Isolrohr, com as obrigações contratuais que isso implica.

<sup>568</sup> No que diz respeito à censura segundo a qual a Henss teria sido um dos produtores «que aplicou com mais zelo os acordos de distribuição de mercados e de falseamento da apresentação de propostas», as recorrentes explicam que, por vezes, conseguiram, relativamente a certos projectos, ganhar o concurso em detrimento de uma empresa favorita. Quando isso aconteceu, por exemplo, em relação à Tarco, esta última teceu grandes censuras às recorrentes e, principalmente, ao Sr. Henss. Assim, seria normal que, em contrapartida, quando a Tarco ganhava concursos relativamente aos quais as recorrentes eram favoritas, tivesse sido alvo, por seu turno, de censuras destas últimas. Neste contexto, a Comissão reconhece que resulta dos quadros comparativos de Dezembro de 1995, relativos às partes de mercado dos participantes no cartel, que a Tarco e a Løgstør tinham obtido uma parte de mercado claramente superior à que tinha sido fixada no cartel, em detrimento da ABB, do grupo Henss/Isoplus e da KWH. Isto demonstraria que o grupo Henss/Isoplus ou as recorrentes, de facto, não desempenharam o papel de líder.

569 No respeitante às medidas adoptadas contra a Powerpipe, as recorrentes também não teriam desempenhado o papel de líder na aplicação do cartel. Não teriam participado na estratégia a longo prazo elaborada pela ABB, a partir de 1992, para controlar o mercado e destinada à eliminação da Powerpipe, na qual a Løgstør participou colaborando no incitamento a que o pessoal deixasse essa sociedade. As recorrentes nunca se apresentaram no mercado sueco e só entraram no mercado dinamarquês, pela primeira vez, no início de 1993, enquanto a Powerpipe não estendeu as suas actividades à Alemanha, antes de 1994. Em relação ao projecto de Leipzig-Lippendorf, nem a Isoplus Rosenheim nem o Sr. Henss teriam exigido medidas de boicote relativamente à Powerpipe.

570 Além disso, as recorrentes nunca teriam participado em sanções, em caso de não cumprimento dos acordos adoptados no cartel europeu. Com efeito, resultaria do anexo 7 das observações da Løgstør sobre a comunicação de acusações, bem como do plano apresentado pela ABB a este respeito, que a ideia de sanções dentro do cartel europeu não emanou das recorrentes nem do Sr. Henss.

571 Quanto às tabelas de preços comuns denominadas «EU List», «Euro Price List» ou ainda «Europa-Preisliste», mesmo que, depois da finalização do cartel europeu, essas tabelas tivessem sido utilizadas igualmente pelas recorrentes, não teriam sido concebidas por estas nem pelo Sr. Henss. A este respeito, as declarações da Løgstør não seriam fiáveis.

572 Por outro lado, a Comissão sublinhou na decisão que a ABB era a chefe e a principal instigadora do cartel e que a Løgstør desempenhou um papel activo na planificação e na execução da estratégia do cartel, tendo esta última e a ABB participado activamente no boicote da Powerpipe, exercendo pressões sobre os seus fornecedores a fim de não abastecerem esta última.



573 A posição europeia do grupo Henss/Isoplus segundo as partes do mercado considerado e o facto de esse grupo apenas ter sido admitido na EuHP em Agosto de 1995 vão também contra a ideia de um papel de primeiro plano desempenhado por este grupo. Quanto à posição da Henss/Isoplus no mercado, os dados apresentados nos considerandos 10 a 15 da decisão revelam que, durante o período em questão, o grupo Henss/Isoplus era, quando muito, o quinto grupo mais importante, em termos de partes de mercado, depois da ABB, da Løgstør, da Tarco e da Pan-Isovit, e isto na condição de as recorrentes serem consideradas uma unidade económica.

574 A recorrida observa que o papel de líder do grupo Henss/Isoplus resulta, nomeadamente, das suas actividades destinadas a aplicar a partilha convencional dos projectos, mas também destinadas a fixar tabelas de preços colusórios e um sistema de sanções, bem como a empreender acções contra a Powerpipe. Segundo a Comissão, os argumentos invocados pelas recorrentes quanto a este ponto repetem, no essencial, fundamentos já sustentados.

575 A Comissão contesta a ideia de que um agente comercial não possa desempenhar um papel de líder num cartel entre produtores. O papel de líder incumbiria ao conjunto do grupo Henss/Isoplus que, ainda assim, obteve 10% do mercado europeu no âmbito dos acordos de repartição dos mercados no cartel europeu, a parte mais importante depois das da ABB e da Løgstør. Conviria também ter em conta, a este respeito, os acordos relativos às quotas no mercado alemão. De qualquer modo, não teria deduzido o papel de líder do grupo Henss/Isoplus da sua posição no mercado, mas sim do seu comportamento no âmbito do cartel. Por último, a Comissão não teria concluído pelo papel de primeiro plano desempenhado pelo grupo Henss/Isoplus por causa do que se passou aquando do boicote relativo ao projecto de Leipzig-Lippendorf, tendo esse papel, contudo, surgido no âmbito de outras medidas tomadas contra a Powerpipe, descritas nos considerandos 94 a 97 e 106 da decisão. Os considerandos 121 e 179 da decisão são relativos à execução do cartel, nomeadamente quanto às medidas tomadas contra a Powerpipe.

## Apreciação do Tribunal

- 576 Há que recordar que, nos termos do considerando 179 da decisão, o papel de líder desempenhado pelo grupo Henss/Isoplus na execução do cartel faz parte das circunstâncias agravantes com base nas quais o montante da coima aplicada ao grupo Henss/Isoplus foi aumentado em 30%.
- 577 A este respeito, resulta dos autos que, independentemente da parte de mercado detida pelo grupo Henss/Isoplus, este zelou activamente pelo cumprimento dos acordos celebrados no cartel, como está demonstrado nos anexos 86, 87, 88, 89, 92 e 93 da comunicação de acusações, descritos no considerando 75 da decisão, e confirmado pelas declarações da Tarco (respostas de 26 de Abril de 1996 e de 31 de Maio de 1996 ao pedido de informações de 13 de Março de 1996) e da Løgstør (observações relativas à comunicação de acusações). Quanto à alegação segundo a qual a Tarco teria, na época, agido do mesmo modo que o grupo Henss/Isoplus quando este obteve um projecto destinado à Tarco, basta afirmar que as recorrentes não fazem qualquer prova desse facto.
- 578 Além disso, mesmo que o grupo Henss/Isoplus não tenha concebido as tabelas de preços, o seu papel de iniciador, com a ABB, no que diz respeito à celebração de acordos sobre os preços para o mercado alemão é confirmado não apenas pela Løgstør, nas suas observações relativas à comunicação de acusações, mas igualmente pela Tarco (resposta de 26 de Abril de 1996), e corroborado pelo fax do vice-presidente executivo da ABB, de 28 de Junho de 1994 (anexo X 8 da comunicação de acusações), evocando as diligências deste último junto do coordenador do cartel e do Sr. Henss, para que estes seguissem as instruções do director da ABB IC Møller. Além disso, segundo a Brugg, foi o Sr. Henss que a convidou a participar no cartel (resposta da Brugg). Quanto às medidas adoptadas contra a Powerpipe, já foi afirmado, nos n.ºs 261 a 286, *supra*, que a Comissão demonstrou correctamente o papel activo desempenhado pelo grupo Henss/Isoplus, a partir do momento em que a Powerpipe iniciou as suas actividades no mercado alemão, nomeadamente aquando da apresentação dos projectos de Neubrandenburg e de Leipzig-Lippendorf.

579 Deste modo, como foi salientado nos n.ºs 168 a 172 e 179, *supra*, nem a função de representante comercial exercida pela Henss Rosenheim nem o facto de nenhuma das sociedades do grupo Henss/Isoplus fazer parte da EuHP antes do Verão de 1995 são susceptíveis de dar uma perspectiva diferente do papel do grupo Henss/Isoplus no cartel, tal como resulta do conjunto das considerações da Comissão.

580 Por último, a circunstância segundo a qual tanto a ABB como a Løgstør teriam sido os instigadores do cartel não é susceptível de invalidar as conclusões da Comissão, dado que, de qualquer modo, foi aplicado à ABB um aumento de 50% do montante da sua coima devido ao papel que desempenhou no cartel e que foi efectuado um aumento de 30% em relação ao montante da coima da Løgstør, quando esta não foi acusada de tentativa de obstrução ao inquérito da Comissão.

581 O Tribunal de Primeira Instância considera que, nestas circunstâncias, foi com fundamento que a Comissão considerou circunstância agravante o papel de primeiro plano desempenhado pelo grupo Henss/Isoplus na execução do cartel.

582 Assim, há que rejeitar esta parte do quarto fundamento.

## 6. Quanto à não tomada em consideração de circunstâncias atenuantes

### Argumentos das partes

583 As recorrentes invocam circunstâncias que deveriam ser tomadas em consideração pela Comissão ou que, de qualquer forma, deviam ser tomadas em

consideração pelo Tribunal de Primeira Instância, a fim de reduzir a coima, mesmo que fossem rejeitados os fundamentos relativos também a essas circunstâncias noutros locais da petição.

584 Em primeiro lugar, há que ter em consideração, na apreciação dos efeitos do cartel, o facto de que, de 1990 a 1994, os preços das condutas com revestimento térmico não pararam de descer nos mercados europeus, com excepção do da Dinamarca. Esta descida do nível dos preços teria ocasionado perdas importantes para várias empresas. O aumento dos preços ocorrido depois do início do cartel europeu não teria sido dramático, de modo que, do ponto de vista dos clientes que utilizam os produtos em causa, não teria havido prejuízos reais provocados pelo cartel. Além disso, as recorrentes teriam exercido as suas actividades em mercados em que, antes de 1994, não ocorrera qualquer aumento de preços. Mesmo em 1995 e no início de 1996, os clientes dos produtores e dos distribuidores de tubos com revestimento térmico teriam sempre obtido preços sérios, equitativos e, em nenhum caso, exagerados.

585 Em segundo lugar, há que tomar em consideração o facto de que o aparecimento das recorrentes no mercado dinamarquês, no início de 1993, provocou, com outras circunstâncias, a dissolução do cartel dinamarquês, bem como a suspensão parcial dos acordos anticoncorrenciais, de 1993 até ao início de 1994.

586 Em terceiro lugar, as recorrentes recordam que, na época, a Henss Rosenheim (actualmente Isoplus Rosenheim) exercia as suas actividades como representante comercial da ABB Isolrohr. Durante o período compreendido entre Outubro de 1991 e Outubro de 1994, o comportamento da Henss Rosenheim deveria, assim, ser imputado, pelo menos em parte, ao grupo ABB. A este respeito, as recorrentes

precisam que foi também aplicada uma coima ao grupo ABB e que, a fim de cumprir o princípio da proibição de uma dupla sanção, esse elemento deveria ser tomado em consideração como tendo dado origem a uma redução da coima da Isoplus Rosenheim e, por esse facto, do grupo Henss/Isoplus. Com efeito, determinadas vendas da Henss Rosenheim teriam entrado no cálculo do volume de negócios tanto do grupo Henss/Isoplus como da ABB. No âmbito da fixação do montante da coima, de qualquer modo, seria o comitente que deveria ser punido e não o representante comercial. Quanto ao período posterior a Outubro de 1994, as recorrentes sublinham que a sua participação no cartel europeu foi provocada pela queda maciça dos preços, ocasionada sobretudo pela ABB IC Møller e pela pressão exercida pela ABB e pela Løgstør.

587 Em quarto lugar, na medida em que, eventualmente, as recorrentes deviam ser consideradas responsáveis das medidas tomadas contra a Powerpipe, estas últimas teriam desempenhado um papel completamente secundário. As recorrentes recordam que, no que diz respeito ao projecto de Neubrandenburg, o comportamento do Sr. Henss ou da Henss Rosenheim não ultrapassou o âmbito de uma tentativa, dado que as medidas em questão fracassaram e que a Powerpipe obteve o projecto em questão.

588 Em quinto lugar, as recorrentes expõem que lhes foi aplicada uma coima cujo montante é susceptível de as tornar insolventes. Ora, em princípio, há que tomar em consideração a questão de saber se a fixação do montante de uma coima pode tornar a empresa em causa insolvente. Senão, o facto de se impor uma coima cria o risco de eliminar a empresa em causa do mercado em questão e pode conduzir a uma situação de oligopólio ou de posição dominante no referido mercado. Com efeito, dado que a Pan-Isovit e a Tarco foram compradas pela Løgstør e que a KWH decidiu igualmente abandonar, mais ou menos a curto prazo, o mercado dos tubos com revestimento térmico, a eliminação das recorrentes ocasionaria uma situação de oligopólio no mercado dos tubos com revestimento térmico que ficaria nas mãos dos dois «chefes de fila» do presente cartel, ou seja, a ABB e a Løgstør.

589 A este respeito, as recorrentes observam ainda que já tinham assinalado, nas suas cartas de 27 e de 30 de Março de 1998 à Comissão, bem como na audiência perante esta última, que a fixação de uma coima de um montante importante cria o risco de provocar a insolvabilidade da Isoplus Rosenheim, da Isoplus Hohenberg e da Isoplus Sondershausen, o que teria como consequência a perda de postos de trabalho assim como a eliminação do mercado de duas empresas de produção e de uma importante empresa de distribuição. A insolvabilidade das referidas recorrentes produziria as mesmas consequências no que diz respeito à HFB GmbH e à HFB KG. A sua situação difícil do ponto de vista da liquidez teria levado as recorrentes a apresentar, em 10 de Fevereiro de 1999, um pedido de medidas provisórias ao Tribunal de Primeira Instância, no qual expuseram o risco de ficarem insolventes. A este respeito, as recorrentes apoiam-se na peritagem de uma sociedade de contabilidade, de 4 de Fevereiro de 1999 (a seguir «peritagem»), apresentada ao Tribunal de Primeira Instância durante o processo de medidas provisórias. Fazendo referência ao artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, as recorrentes solicitam a admissão da peritagem e dos seus anexos apensos à réplica como meios de prova suplementares, dado que se trata de meios de prova que não existiam ainda aquando da interposição do presente recurso, em 18 de Janeiro de 1999.

590 As recorrentes acrescentam a todas estas considerações que a Comissão não poderia invocar ter tomado em consideração, na fixação do montante da coima, uma ou outra circunstância como circunstância atenuante. Com efeito, de qualquer forma, a aplicação ilegal das orientações tornaria essa tomada em consideração impossível, dado que o montante da coima aplicada às recorrentes constitui o montante máximo na acepção do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

591 A recorrida observa, em primeiro lugar, que teve devidamente em conta a evolução dos preços no mercado considerado entre 1990 e 1996. Em segundo lugar, quanto ao argumento segundo o qual o grupo Henss/Isoplus teria provocado a dissolução do cartel dinamarquês ou teria entrado no cartel devido às pressões exercidas pela ABB e pela Løgstør, a Comissão remete para as suas reflexões desenvolvidas a propósito de outra questão. Em terceiro lugar, a Comissão considera que as relações comerciais entre a ABB Isolrohr e a Henss

Rosenheim não significam que a ABB Isolrohr e a Henss/Isoplus teriam constituído uma unidade económica. Em quarto lugar, a Comissão repete que as medidas tomadas contra a Powerpipe não podem ser examinadas isoladamente em relação ao cartel. Em quinto lugar, a Comissão afirma que a existência de uma situação financeira difícil de uma empresa não pode ser admitida como circunstância atenuante para efeitos do cálculo do montante da coima. Além disso, o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 1999, HFB e o./Comissão (T-9/99 R, Colect., p. II-2429), demonstra que os documentos apresentados nessa altura, incluindo a peritagem, não são suficientes para provar a dificuldade da situação financeira das recorrentes. Segundo a Comissão, as provas supostas descrever essa situação no momento da adopção da decisão são irrelevantes e foram apresentadas tardiamente. Em sexto lugar, as orientações não permitem calcular o montante exacto de uma coima e, de qualquer modo, o limite de 10% do volume de negócios está relacionado com o resultado final do cálculo do montante da coima.

### Apreciação do Tribunal

592 Há que observar que a Comissão, na fixação do montante da coima a aplicar ao grupo Henss/Isoplus, não teve em consideração, na sequência da sua apreciação da gravidade e da duração da infracção, bem como das circunstâncias agravantes, nenhuma circunstância atenuante a seu respeito.

593 No que se refere à evolução dos preços no mercado considerado durante o período em questão, há que observar que a Comissão não era obrigada a tê-la em consideração como circunstância atenuante que conduzisse a uma redução do montante da coima. Por um lado, resulta do considerando 166, sétimo parágrafo, da decisão que, no caso em apreço, o montante das coimas foi fixado tendo presente o facto de que os acordos no mercado alemão entre finais de 1991 e 1993 tiveram um efeito prático limitado. Por outro, relativamente ao período

compreendido entre finais de 1991 e 1993, a descida dos preços fora da Dinamarca e o nível inferior dos preços no mercado alemão em relação ao mercado dinamarquês não podem conduzir a uma redução do montante da coima aplicada às recorrentes, dado que o nível elevado dos preços no mercado dinamarquês foi o resultado de uma colusão entre os produtores dinamarqueses, de que as recorrentes tinham perfeito conhecimento. Muito menos o nível dos preços pode constituir uma circunstância atenuante, já que a Comissão verificou aumentos de preços consideráveis no mercado alemão, a partir de finais de 1994.

594 Em seguida, há que observar que foi já declarado, nos n.ºs 176 e 177, *supra*, que as recorrentes não podem invocar o seu papel na dissolução do cartel dinamarquês, em 1993, dado que esta não foi devida unicamente à entrada do grupo Henss/Isoplus nesse mercado. O mesmo se pode dizer quanto à representação comercial da ABB IV Møller, dado que a participação do grupo Henss/Isoplus no cartel ultrapassava em larga medida as suas actividades como distribuidor da ABB. De qualquer forma, uma empresa que participa com outras em actividades com um objectivo anticoncorrencial não pode invocar o facto de participar nessas actividades sob coacção dos outros participantes, dado que poderia denunciar as pressões de que era alvo (v. n.º 178, *supra*).

595 Do mesmo modo, o argumento das recorrentes segundo o qual a sua contribuição para as medidas tomadas contra a Powerpipe não constituía senão uma simples tentativa de colusão foi refutado (v. n.ºs 283 a 285, *supra*).

596 Por último, há que observar, sem que seja necessário examinar a alegação segundo a qual o montante da coima imposto às recorrentes é susceptível de as tornar insolventes ou o carácter tardio da produção de provas relativas a essa questão, que, segundo jurisprudência constante, a Comissão não é obrigada, ao proceder à determinação do montante da coima, a ter em conta a situação financeira deficitária de uma empresa interessada, dado que o reconhecimento de



tal obrigação implicaria dar uma vantagem concorrencial injustificada às empresas menos adaptadas às condições do mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 1983, IAZ 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; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Fiskeby Board/Comissão, T-319/94, Colect., p. II-1331, n.ºs 75 e 76; acórdão Enso Española/Comissão, já referido, n.º 316).

597 Não havendo circunstâncias que deveriam ser tomadas em consideração como circunstâncias atenuantes, as recorrentes não podem invocar que, no caso em apreço, a aplicação das orientações teria impedido que a tomada em consideração de circunstâncias atenuantes conduzisse a uma redução do montante da coima, tanto mais que as orientações prevêm a diminuição da coima para ter em conta circunstâncias atenuantes (segundo parágrafo e ponto 3 das orientações).

598 Por todas estas razões, a presente censura das recorrentes deve ser rejeitada.

599  
a  
638 [...] ]

## V — Conclusões

639 Resulta das considerações precedentes que os artigos 3.º, alínea d), e 5.º, alínea d), da decisão devem ser anulados na medida em que dizem respeito à HFB GmbH e à HFB KG. Quanto ao restante, deve ser negado provimento ao recurso.

## Quanto às despesas

640 Por força do disposto no n.º 3 do artigo 87.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, se cada parte obtiver vencimento parcial, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas. Dado que só parcialmente foi dado provimento ao recurso, será feita uma justa apreciação das circunstâncias da causa, decidindo que as recorrentes suportarão as suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias, bem como 80% das despesas da Comissão, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias, e que a Comissão suportará 20% das suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

Pelos fundamentos expostos,

## O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção)

decide:

- 1) Os artigos 3.º, alínea d), e 5.º, alínea d), da 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), são anulados no que diz respeito à HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e à HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft.

- 2) É negado provimento ao recurso quanto ao restante.
  
- 3) As recorrentes suportarão solidariamente 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.
  
- 4) A Comissão suportará 20% das suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

Mengozzi

Tiili

Moura Ramos

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 20 de Março de 2002.

O secretário

O presidente

H. Jung

P. Mengozzi