CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003 [1]

Índice

I — Os factos do litígio ..... I - 173

II — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido ..... I - 175

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça ..... I - 178

IV — O presente recurso ..... I - 178

1. O acesso ao processo e as medidas de organização do processo decretadas pelo Tribunal de Primeira Instância ..... I - 179

A. A posição das partes ..... I - 179

1) O primeiro fundamento (parte) ..... I - 179

2) O segundo fundamento ..... I - 180

3) O terceiro fundamento ..... I - 180

a) Ponto 4 ..... I - 180

b) Ponto 5 ..... I - 181

4) Quarto fundamento, ponto 8 ..... I - 181

B. A competência do Tribunal de Primeira Instância para decretar as medidas de organização do processo ..... I - 181

C. A inexistência de uma inversão indevida do ónus da prova ..... I - 187

D. A fundamentação suficiente relativamente aos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, Solvay/Comissão e ICI/Comissão ..... I - 190

2. Um caso particular de um documento cuja consulta foi recusada no procedimento administrativo: as notas de J. Toscano (primeiro fundamento — parte — e ponto 8 do terceiro fundamento) ..... I - 190

A. A posição das partes ..... I - 190

B. Uma mera discrepância quanto aos factos ..... I - 191

1 — Língua original: espanhol.

3. A apreciação da pertinência de determinadas provas documentais ..... I - 191

A. A declaração do Sr. Kalogeropoulos (pontos 6 do terceiro fundamento e 1 do quarto fundamento) ..... I - 191

1) A posição das partes ..... I - 191

2) Uma vez mais, uma mera valoração da prova ..... I - 192

3) A improcedência deste fundamento ..... I - 193

4) Uma fundamentação suficiente ..... I - 193

B. As notas da Blue Circle e mais sobre a declaração do Sr. Kalogeropoulos (pontos 7 do terceiro fundamento e 5 do quarto fundamento) ..... I - 194

1) A posição das partes ..... I - 194

2) Um fundamento admissível [...] ..... I - 195

3) [...] mas improcedente ..... I - 195

4) Uma resposta suficientemente fundamentada ..... I - 196

C. A convocatória para a reunião de 14 de Janeiro de 1983 — Gil Braz de Oliveira — (ponto 6 do quarto fundamento) ..... I - 197

1) A posição das partes ..... I - 197

2) Mais uma alegação inadmissível e infundada ..... I - 197

4. A coima ..... I - 198

A. Terceiro fundamento, ponto 13 ..... I - 198

B. Quarto fundamento, ponto 4 ..... I - 199

C. Terceiro fundamento, ponto 14, terceiro argumento ..... I - 199

D. Os critérios utilizados pela Comissão para a aplicação das coimas ..... I - 200

E. O respeito do princípio da proporcionalidade ..... I - 204

V — As despesas ..... I - 207

VI — Conclusão ..... I - 207

1. A Irish Cement Limited (a seguir «Irish») interpõe recurso do acórdão proferido em 15 de Março de 2000 pela Quarta Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância no processo conhecido por Cimenteries CBR e o./Comissão [2].

I — Os factos do litígio

2. Para efeitos do presente recurso, são relevantes os seguintes factos, tal como resultam do acórdão recorrido:

— Entre Abril de 1989 e Julho de 1990, nos termos do disposto no artigo 14.°, n.os 2 e 3, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (que passaram, após alteração, a artigos 81.° CE e 82.° CE) [3], os serviços da Comissão procederam a visitas de inspecção a vários produtores europeus de cimento e a associações profissionais do sector. Em resultado desta actividade de inspecção, a Comissão decidiu, em 12 de Novembro de 1991, abrir um processo de aplicação de sanções [4] contra, entre outras empresas, a Irish [5].

— Em 25 de Novembro de 1991, a Comissão enviou a comunicação de acusações às 76 empresas e associações de empresas arguidas, pelo que a Irish teve ocasião de apresentar observações escritas e, posteriormente, orais, nas audições que se realizaram entre 1 de Março e 1 de Abril de 1993 [6].

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

— Na Decisão 94/815/CE, de 30 de Novembro de 1994 (a seguir «decisão») [8], a Comissão imputou à Irish as

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

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

4 — Processo IV/33.126 e 33.322 — Cimento.

5 — N.os 2 e 3 do acórdão.

6 — N.os 3, 9 e 12 do acórdão recorrido.

7 — N.os 4 a 6 do acórdão.

8 — JO L 343, p. 1.

seguintes condutas contrárias à concorrência, todas elas violadoras do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado[9], pela sua participação:

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

2.° De 14 de Janeiro de 1983 a 14 de Abril de 1986, em acordos celebrados nas reuniões dos chefes de delegação e do comité executivo da Cembureau — Association européene du Ciment (a seguir «Cembureau»), relativos a trocas de informações em matéria de preços, cujo fim era facilitar a execução do acordo descrito no artigo 1.° da decisão (artigo 2.°, n.° 1).

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

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

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

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

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

9 — N.° 22 do acórdão.

6.° No âmbito do European Cement Export Committee, de 14 de Março de 1984 a 22 de Setembro de 1989, em práticas concertadas relativas à troca de informações, à situação da oferta e da procura nos países terceiros importadores, aos preços susceptíveis de serem praticados na exportação, à situação das importações nos países membros e à situação da oferta e da procura nos mercados nacionais, tendo em vista evitar incursões dos concorrentes nos mercados nacionais respectivos da Comunidade (artigo 5.°).

— A Comissão intimou a Irish a cessar a prática das infracções descritas e a abster-se, daí em diante, de qualquer acordo ou prática contrários à livre concorrência nos mercados dos cimentos cinzento e branco (artigo 8.°), aplicando-lhe uma coima de 3 524 000 ecus, cujo montante venceria juros a partir do termo do prazo de pagamento fixado, que era de três meses contados da notificação da decisão (artigos 9.° e 11.°).

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

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

4. Na petição, a empresa pediu a anulação da decisão, bem como a anulação da coima aplicada ou a redução do respectivo montante. Em qualquer caso, pediu que a Comissão fosse condenada nas despesas.

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

1.° a comunicação de acusações, tal como tinha sido notificada às empresas arguidas, mais tarde recorrentes;

2.° a acta da diligência de audição de cada uma das empresas;

3.° a lista de todos os documentos juntos aos processos;

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

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

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

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

7. Depois de lhes dar conhecimento do processo na íntegra, o Tribunal de Primeira Instância convidou as empresas e as associações de empresas recorrentes a apresentarem um requerimento que se limitasse a identificar com precisão os documentos a que não tivessem tido acesso durante o processo de aplicação da sanção, cujo desconhecimento tivesse afectado a sua defesa, e a expor as razões pelas quais, na sua opinião, o procedimento administrativo teria podido chegar a um resultado diferente se tivessem tido a oportunidade de os consultar. O requerimento deveria ser acompanhado de cópia dos documentos examinados. As recorrentes, com excepção de uma [12], extraíram cópias. A Comissão respondeu a todas as recorrentes [13].

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

«— o artigo 1.° da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada para além de 31 de Dezembro de 1988;

— o artigo 2.°, n.° 1, da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provada a celebração de acordos sobre trocas de informações sobre os preços durante as reuniões do comité executivo da Cembureau — Association européenne du ciment e na medida em que dá por provada a participação da recorrente na infracção que lhe é imputada para além de 19 de Março de 1984;

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

12 — Ciments luxembourgeois SA.

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

— o artigo 2.°, n.° 2, da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente, na medida em que dá por provado que a circulação periódica de informações entre a Cembureau — Association européenne du ciment e os seus membros incidiu, no que toca aos preços belgas e neerlandeses, sobre os preços mínimos de fornecimentos de cimento por camião de produtores destes dois países e, no que respeita ao Luxemburgo, sobre os preços, incluindo descontos, do produtor deste país;

— o artigo 4.°, n.° 1, da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 9 de Setembro de 1986 e para além de 31 de Maio de 1987;

— o artigo 4.°, n.° 3, alínea a), da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 9 de Setembro de 1986;

— o artigo 5.° da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente;

— o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 9.° da Decisão 94/815 é fixado em 2 065 000 euros;

— quanto ao mais, é negado provimento ao recurso;

— a recorrente suportará as suas próprias despesas e um terço das despesas da Comissão;

— a Comissão suportará dois terços das suas próprias despesas».

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

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

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

3.° Entre 1 de Janeiro de 1984 e 31 de Dezembro de 1988, na circulação periódica de dados sobre as tabelas

individuais dos preços dos produtores dinamarqueses e irlandeses, sobre as tabelas fixadas pelo sector na Grécia, em Itália e em Portugal e sobre os preços médios praticados na Alemanha, em França, em Espanha e no Reino Unido [artigo 2.°, n.° 2, alínea b), da decisão].

4.° No acordo para a constituição da European Task Force (artigo 4.°, n.° 1, da decisão), entre 9 de Setembro de 1986 e 31 de Maio de 1987.

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

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

10. Apresentado o recurso e tramitada a fase escrita do processo, o Tribunal de Justiça, fazendo uso da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 119.° do Regulamento de Processo [14], rejeitou, por despacho de 5 de Junho de 2002, os pontos 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12 e parte do 14 do terceiro fundamento e os pontos 2, 3 e 7 do quarto fundamento.

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

IV — O presente recurso

12. A Irish pede ao Tribunal de Justiça que, no que a ela diz respeito, anule integralmente o acórdão recorrido, por ter confirmado a decisão, ou que, pelo menos, o anule parcialmente. Assim não sendo, pede, a título subsidiário, que a decisão seja declarada nula ou anulada ou, em último lugar, que seja reduzido o montante da coima aplicada. Pede também que o pagamento das despesas recaia sobre a Comissão.

13. Para fundamentar os pedidos expostos, a Irish articula quatro fundamentos de recurso, alguns deles ramificados em numerosas alegações. Desses fundamentos, como acabo da assinalar, ficaram pelo caminho os pontos 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12 e parte do 14 do terceiro fundamento e os pontos 2, 3 e 7 do quarto fundamento.

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

14. Em seguida, passarei a expor as alegações da Irish e a resposta dada pela Comissão, procedendo à sua análise para explicar as minhas sugestões.

1. O acesso ao processo e as medidas de organização do processo decretadas pelo Tribunal de Primeira Instância

A. A posição das partes

1) O primeiro fundamento (parte)

15. A Irish alega que, uma vez que a Comissão adoptou uma decisão que viola regras fundamentais de procedimento, o Tribunal de Primeira Instância tem competência para a anular, mas não para tentar sanar *a posteriori* os vícios praticados pela referida instituição. Quem é sujeito a um processo sancionatório tem direito a que o processo seja seguido de forma equitativa em todas as suas fases e não se pode presumir que, a ter sido tramitado de forma correcta, o resultado teria sido o mesmo.

16. Para a recorrente, o primeiro elemento de apreciação utilizado pelo Tribunal de Primeira Instância é adequado; isto é, se um documento não divulgado durante o procedimento administrativo não apresentar qualquer ligação objectiva com algum dos factos imputados na decisão, o processo não teria culminado num resultado diferente, mesmo se tivesse estado à disposição das partes. Contudo, o segundo dos critérios aplicados no acórdão recorrido é, na sua opinião, errado. Quando, entre o documento vedado e os factos imputados, existe uma ligação objectiva, o Tribunal de Primeira Instância não tem competência para apreciar se, no caso de ter sido facultada a consulta do documento, existiria uma possibilidade, mesmo limitada, de o resultado do processo ser outro.

17. Segundo a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância não reparou retroactivamente os vícios processuais. Verificou simplesmente se a impossibilidade de defesa invocada pelas recorrentes era verdadeira e em que medida o direito de defesa foi violado. Era impossível determinar *a priori* se os documentos cuja consulta lhes foi negada no procedimento administrativo poderiam ter tido influência no resultado do processo [15], pelo que o órgão jurisdicional facultou o acesso das empresas e das associações de empresas ao conjunto do

15 — A Comissão afirma que, no caso presente, a situação é diferente das contempladas nos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91, Colect., p. II-1775), e ICI/Comissão (T-36/91, Colect., p. II-1847), nos quais se considerou que, pela sua própria natureza, determinados documentos não divulgados eram pertinentes na medida em que permitiam dar uma interpretação diferente dos factos. Em contrapartida, no acórdão da mesma data, ICI/Comissão (T-37/91, Colect., p. II-1901), considerou-se que os documentos em questão eram irrelevantes e não teriam tido qualquer utilidade para a demandante.

processo, a fim de lhes permitir indicar os documentos que lhes teriam sido úteis e cuja falta de divulgação afectou negativamente o seu direito de defesa.

18. A Comissão continua expondo que a premissa subjacente ao argumento invocado pela Irish é a de que a falta de divulgação de determinados documentos é um vício de processo que, necessariamente, leva à anulação da decisão final. Esta afirmação é contrária à jurisprudência e aos princípios gerais de direito.

2) O segundo fundamento

19. Neste fundamento, a Irish reitera os argumentos expostos no primeiro. A Comissão afirma que a recorrente se limita a repetir que o Tribunal de Primeira Instância não tinha competência para organizar o acesso ao processo no âmbito em que o fez, pelo que remete para a resposta dada ao primeiro fundamento de recurso.

3) O terceiro fundamento

a) Ponto 4

20. A Irish esclarece que o acórdão recorrido [16] aceitou o argumento da Comissão segundo o qual não era obrigada a tomar em consideração as alegações sobre o contexto económico das reuniões nem os documentos apresentados como prova em apoio de interpretações alternativas; mas rejeitou o seu entendimento de que, quando existem provas específicas que permitam abordagens diferentes, a Comissão deve reconsiderá-las à luz do contexto económico e dos documentos complementares. Ao entender de outro modo, a recorrida cometeu uma injustiça e uma violação do direito comunitário, do mesmo modo que o Tribunal de Primeira Instância ao aprovar a sua actuação.

21. A Comissão explica que a tese da parte contrária é redutora, extremamente abstracta e confunde dois conceitos muito distintos: a qualificação jurídica de determinados meios de prova e a sua valoração. A Comissão, para punir, utilizou documentos que o Tribunal de Primeira Instância adjectivou de provas directas, pelo que as realidades económicas que pudessem dar uma explicação alternativa aos factos não tinham relevância. O acórdão recorrido valorou essas provas e analisou e rejeitou os argumentos expostos pelas diversas recorrentes para se oporem à forma como tinham sido interpretadas. Para a referida instituição, o fundamento é inadmissível, na medida em que a Irish se esforça por pôr em dúvida a forma como o Tribunal de Primeira Instância apreciou os elementos de prova.

16 — N.os 263, 264, 1243 e 1251.

b) Ponto 5

22. No presente recurso, a recorrente mantém que o critério do Tribunal de Primeira Instância a priva da possibilidade de fazer valer o seu direito de defesa quando a Comissão invoca provas documentais específicas para demonstrar uma infracção.

23. A Comissão responde que o Tribunal de Primeira Instância não se limitou a aceitar que, na medida em que a decisão se apoia em provas documentais directas e específicas, não era necessário analisar as explicações alternativas para os factos, apresentadas pelas empresas arguidas; também analisou e rejeitou os argumentos destinados a pôr em dúvida os elementos de facto obtidos pela Comissão com fundamento em tais provas. Para o comprovar, basta ler, no que respeita à Irish, os n.os 1244 a 1251 do acórdão. Acrescenta que, neste ponto, a tese da demandante se apresenta tão vaga que é difícil dar-lhe resposta e é inadmissível na medida em que convida igualmente o Tribunal de Primeira Instância a rever as apreciações de facto dos juízes de primeira instância.

4) Quarto fundamento, ponto 8

24. Neste fundamento, a Irish critica o Tribunal de Primeira Instância pela resposta dada à invocação dos seus acórdãos de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão [17] e ICI/Comissão [18], que considera insuficiente. A distinção que, no acórdão recorrido, estabelece entre esses dois processos e o presente é, na sua opinião, manifestamente errada, uma vez que a situação é a mesma em todos os aspectos.

25. Para a Comissão, a recorrente não se refere a uma deficiência de fundamentação, antes discordando, pura e simplesmente, do Tribunal de Primeira Instância e, mais em particular, da sua apreciação dos factos, pelo que o fundamento não pode ser admitido. Acrescenta que, além disso, é também manifestamente improcedente.

B. A competência do Tribunal de Primeira Instância para decretar as medidas de organização do processo

26. Quanto ao acesso ao procedimento administrativo, a Irish coloca três questões bem diferentes. A primeira, a mais abstracta e mais extensa, à qual se referem os dois primeiros fundamentos de recurso, diz respeito à legitimidade das medidas de

17 — Já referido na nota 15.
18 — T-36/91, já referido na nota 15.

organização do processo ordenadas e, em especial, à competência do Tribunal de Primeira Instância para as adoptar e para decidir da causa à luz do seu resultado.

27. A segunda questão, à qual são dedicados os pontos 4 e 5 do terceiro fundamento de recurso, é a alegada inversão do ónus da prova resultante da posição assumida pelo Tribunal de Primeira Instância sobre as provas documentais directas e específicas.

28. Por último, no ponto 8 do quarto fundamento, a Irish alega que o Tribunal de Primeira Instância segue um raciocínio errado ao diferenciar o presente tema dos abordados nos acórdãos Solvay/Comissão e ICI/Comissão, já referidos.

29. O Tribunal de Primeira Instância, para dar resposta às reclamações sobre a regularidade do procedimento administrativo e para, sendo caso disso, sanar as deficiências geradas pela falta de acesso a determinados documentos, pediu à Comissão o processo na sua íntegra, pondo-o à disposição das partes [19], a fim de que estas, em face dos que não tinham podido examinar durante a instrução, os identificassem, explicando as razões pelas quais o procedimento administrativo poderia ter chegado a um resultado diferente se tivessem tido a oportunidade de os consultar.

30. O acórdão analisou os documentos indicados pelas recorrentes e as observações apresentadas, decidindo, no que respeita à Irish, da forma que consta do n.º 29 da parte decisória, referida no n.º 8 das presentes conclusões. O Tribunal de Primeira Instância fê-lo aplicando o seguinte princípio: o direito de defesa das recorrentes teria sido violado se tivesse existido uma possibilidade, ainda que reduzida, de o procedimento administrativo conduzir a um resultado diferente no caso de terem podido ser invocados os documentos cujo acesso lhes foi negado [20].

31. A Irish questiona a actuação do Tribunal de Primeira Instância e afirma, em síntese, que, uma vez verificado que não foi dado acesso suficiente ao processo na fase administrativa, este se deveria ter limitado a anular a decisão, uma vez que não dispunha de competência para valorar de que forma os documentos não divulgados no procedimento administrativo e divulgados no processo judicial poderiam

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

20 — V. n.º 241 do acórdão. O Tribunal de Primeira Instância distingue os documentos que não têm relação objectiva com qualquer das acusações, que rejeita *ab initio*, dos documentos que a têm, analisando, neste caso, em que medida fornecem dados que poderiam ter conduzido a uma solução diferente.

ter conduzido a um resultado diferente do processo de aplicação da sanção. Não tendo agido desse modo, não teve em conta que a sua posição não é a mesma que a da Comissão e ignorou os efeitos do decurso do tempo. Tal como se pode observar, a Irish discute desde a raiz a actuação do Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido.

32. O processo de verificação da existência de infracções aos artigos 81.° CE e 82.° CE tem natureza sancionatória. Para além da cessação das práticas anticoncorrenciais, tem por fim a punição das condutas que as provocam, atribuindo à Comissão o poder de punir os autores com sanções pecuniárias. Para o efeito, essa instituição tem amplos poderes de investigação e de instrução, mas, precisamente devido a essa natureza e devido à acumulação de poderes de investigação e de decisão no mesmo órgão, o direito de defesa daqueles que forem sujeitos ao processo deve ser reconhecido sem hesitações e respeitado [21].

33. É este o sentido das disposições contidas no Regulamento n.° 17, em particular o artigo 19.°, e no Regulamento (CE) n.° 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CE [22]; é também esse o alcance que lhes foi dado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [23] e do Tribunal de Primeira Instância [24]. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem alargou a aplicação das garantias do artigo 6.° da Convenção de Roma aos processos administrativos de natureza disciplinar [25].

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [26] aprofunda esta linha, uma vez que, juntamente com o direito do acusado de defender as suas posições jurídicas num processo judicial equitativo e público, num tribunal independente e imparcial e previamente estabelecido por lei [27], garante também o direito de qualquer

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

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

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

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

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

26 — JO 2000, C 364, p. 1.

27 — V. artigos 47.°, segundo parágrafo, e 48.°, n.° 2.

pessoa a ser ouvida pelas instituições da União Europeia antes de estas adoptarem uma medida individual que a possa afectar desfavoravelmente, bem como o direito a ter acesso ao processo [28].

34. A consulta do processo é mais um instrumento ao serviço do direito de defesa [29]. Não constitui um fim em si mesmo [30]. As garantias formais do processo, jurisdicional ou administrativo, explicam-se em função desse objectivo, que não é outro senão o da tutela efectiva dos direitos e dos interesses legítimos de todos. Quando existe uma irregularidade processual, quando as regras de forma são afastadas, produzem-se consequências jurídicas se existir diminuição dos meios de defesa. Por outras palavras, o conceito de impossibilidade de defesa é material, de forma que as irregularidades do processo, por muitas que sejam, são irrelevantes se, apesar de tudo, o interessado tiver disposto dos meios de defesa adequados.

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

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

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

28 — Artigo 41.°, n.° 2, primeiro e segundo travessões.

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

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

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

39. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não suplantou a Comissão nem ocupou indevidamente a sua posição. Pelo contrário, limitou-se a exercer, no âmbito das suas competências e de forma irrepreensível, o seu poder jurisdicional, fiscalizando a correcção da actuação sancionatória da referida instituição. E, nesta situação, o julgamento, que se projecta no passado, deve ser feito com base em todos os elementos de que se dispõe no presente, o que lhe confere uma maior riqueza e um grau de acerto mais elevado [31].

40. Nada existe de irregular na actuação do Tribunal de Primeira Instância. O acesso ao processo facultado pelo Tribunal de Primeira Instância foi processualmente «igual» ao que as empresas e associações arguidas deveriam ter tido no procedimento administrativo. O certo é que, entre os dois momentos, o tempo não parou e, por conseguinte, verificaram-se acontecimentos, alguns relevantes para a decisão da causa e para o seu julgamento, mas nenhum em inobservância do direito de defesa da ora recorrente. Além disso, para a decisão da causa, os juízes de primeira instância e as partes tiveram à sua disposição elementos de apreciação de que não dispunham anteriormente, dado esse que, como referi, confirma o acerto da decisão.

41. Nas conclusões que apresentei nesta mesma data no processo C-204/00 [32], assinalei que, no modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância, não existe qualquer desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, afirma-se que, verificada uma violação do direito de defesa, esta não fica sanada por um acesso tardio aos documentos do processo, que permita às empresas afectadas apresentar fundamentos e argumentos para fundamentarem as suas pretensões, uma vez que não as coloca na situação em

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

32 — C-204/00 P, Colect. 2004, p. I-133, n.º 34.

que se encontrariam se tivessem podido basear-se nos mesmos documentos para apresentar as suas observações escritas e orais à Comissão [33].

42. O Tribunal de Primeira Instância não pretendeu sanar *a posteriori* uma impossibilidade já consumada de defesa; limitou-se, numa fase anterior, a indagar se essa impossibilidade de defesa se tinha verificado [34]. Quando considerou que assim foi, anulou a decisão [35]. Se, pelo contrário, não se verificou a impossibilidade de defesa, considerou que o vício formal cometido durante a tramitação do procedimento administrativo foi, ao fim e ao cabo, irrelevante.

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

44. O Tribunal de Primeira Instância também não ignorou a sua própria doutrina exposta nos acórdãos Solvay/Comissão e ICI/Comissão, já referidos. Pelo contrário, aplicou-a com toda a correcção.

45. Em ambos os acórdãos, o Tribunal de Primeira Instância deu provimento ao respectivo recurso, porque, tendo em conta os documentos que não tinham estado à disposição das partes no procedimento administrativo, não se podia excluir a possibilidade de «[...] a Comissão ter [...] considerado uma infracção mais breve e menos grave e, por conseguinte, ter [...] fixado uma coima menos elevada» [36]. Contudo, noutro acórdão dessa mesma data, também chamado ICI/Comissão [37], afastou uma alegação substancialmente igual, porque, embora tendo-se verificado o mesmo vício processual, esse vício não prejudicou o exercício do direito de defesa [38].

46. Este último acórdão evidencia que, para o Tribunal de Primeira Instância, o decisivo, como não podia deixar de ser, é que o vício processual incida negativamente na esfera do direito de defesa das sociedades arguidas. A solução diferente a que o Tribunal de Primeira Instância chega nos processos Solvay/Comissão e ICI/Comissão e no caso presente tem uma explicação clara. Nos dois primeiros acórdãos, fiscalizou uma decisão da Comissão que punia as empresas recorrentes por participarem

33 — N.os 78 e 79.

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

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

36 — Respectivamente, n.os 98 e 108.

37 — T-37/91, já referido na nota 15.

38 — V. n.os 66 e 70.

numa prática concertada sobre repartição de mercados, cuja conduta, ao contrário do caso que ora nos ocupa, só pôde ser demonstrada por meio de provas indirectas, fundamentalmente, o seu comportamento paralelo e passivo [39]. Em tal situação, as provas de defesa que não puderam ser utilizadas durante a tramitação do processo, ao serem susceptíveis de proporcionar uma explicação alternativa do comportamento paralelo, poderiam ter tido influência no valor probatório desses indícios [40]. A situação da Irish é diferente. A sua intervenção nos factos foi apurada pela Comissão por provas directas e específicas [41] cujo conteúdo, de acordo com a apreciação soberana do Tribunal de Primeira Instância, não era posto em causa pelos documentos a que não pôde ter acesso no procedimento administrativo.

C. A inexistência de uma inversão indevida do ónus da prova

47. A Irish, opondo-se a este entendimento, alega que as chamadas provas documentais directas ou específicas não o eram tanto assim, uma vez que admitiam interpretações alternativas; acrescenta que os documentos divulgados no processo judicial proporcionavam uma perspectiva diferente da apresentada pela Comissão.

48. Este fundamento, formulado deste modo, é inadmissível no que respeita à fixação dos factos do litígio, que é da competência do Tribunal de Primeira Instância, ao qual cabe valorar os elementos de prova disponíveis. O tribunal de recurso apenas pode penetrar neste terreno se, na obtenção das provas, tiver sido violada uma disposição ou um princípio geral do direito comunitário ou se, na apreciação das mesmas, isso tiver acontecido relativamente às normas sobre o ónus e a valoração da prova, pelo facto de essa apreciação ser ilógica ou arbitrária e, portanto, descaracterizadora dos seus elementos. O Tribunal de Justiça apenas pode reparar uma violação de direito em que tivesse incorrido a primeira instância, mas nunca fixar a matéria de facto, sem prejuízo da fiscalização da sua qualificação jurídica [42].

39 — V. n.º 61 do acórdão Solvay/Comissão e n.º 71 do acórdão ICI/Comissão.

40 — V. n.ºs 98 e 108, respectivamente, de ambos os acórdãos.

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

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

49. Nenhuma das circunstâncias acima referidas se verifica neste processo, nem mesmo isso foi alegado pela recorrente, que se limita a discutir a valoração que o Tribunal de Primeira Instância fez das provas documentais directas e dos documentos que, não tendo estado à disposição das partes durante a tramitação do procedimento administrativo, foram facultados no processo judicial.

50. Em qualquer caso, o fundamento deve ser julgado improcedente.

51. A decisão não se baseou «num paralelismo de comportamento verificado no mercado» [43], afirmação que consta do texto do acórdão para negar a virtualidade de os documentos poderem proporcionar uma explicação económica alternativa para o comportamento das empresas punidas [44].

52. Com este entendimento, adquire todo o seu sentido o critério do Tribunal de Primeira Instância, de limitar o leque de provas capazes de destruir as apreciações de facto feitas pela Comissão àquelas que contivessem «documentos que se prendem directamente com as infracções» imputadas na decisão [45]. O que quer dizer que se revela correcta a regra nos termos da qual o direito de defesa das recorrentes foi violado se, durante o procedimento administrativo, lhes foi vedado o acesso a elementos probatórios capazes de contradizer as provas utilizadas pela Comissão [46] e não só de proporcionar explicações complementares ou alternativas que, embora respeitáveis, não contradizem os documentos invocados na decisão.

53. Para se compreender isto, basta um exemplo. A Comissão inferiu de determinados documentos [47] que, nas reuniões celebradas em 14 de Janeiro de 1983, 19 de Março e 7 de Novembro de 1984, entre os produtores europeus de cimento, foram celebrados acordos contrários à concorrência. Parece razoável estabelecer a impossibilidade de defesa por referência às provas que teriam podido contradizer o conteúdo de tais elementos, que é a exigência feita pelo Tribunal de Primeira Instância, ao falar de «nexo objectivo» com algumas das imputações feitas na decisão [48].

54. A Comissão, baseando-se nos documentos constantes do processo, considerou

43 — N.° 264 do acórdão recorrido.

44 — V. n.os 264 e 1116, em geral. Para o caso da Irish, pode-se consultar os n.os 1243 a 1251.

45 — N.° 262 do acórdão recorrido.

46 — V. n.° 263 do acórdão recorrido.

47 — Os referidos nos n.os 18, 19 e 45 da decisão.

48 — V. n.° 247 do acórdão recorrido.

que, na reunião dos chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, a Cembureau e os seus membros directos chegaram a um acordo de respeito dos mercados nacionais e de regulação das vendas internacionais, cujo conteúdo foi confirmado nas reuniões de 19 de Março e de 7 de Novembro de 1984. A defesa da demandante apenas teria sido impossibilitada se não tivesse podido utilizar em sua defesa elementos de prova que refutassem o facto de nessas reuniões ter sido adoptado e ratificado o acordo em causa ou que, demonstrada a sua presença nas reuniões, deixassem assente que, mesmo tendo estado presente, se demarcou do acordado.

55. Uma vez provada a celebração e a ratificação do acordo em tais reuniões, a eventual utilização de elementos de prova capazes de fornecer uma explicação alternativa para o comportamento da Irish era irrelevante e, por conseguinte, a falta da respectiva consulta durante o procedimento administrativo não lhe impossibilitou a defesa. Se se ler com atenção os n.^{os} 1243 a 1251 do acórdão recorrido, observar-se-á que os documentos que a demandante não pôde consultar eram instrumentos que, como não se destinavam a refutar as provas directas utilizadas na decisão, podiam ser qualificados como «alheios» e irrelevantes para a sua defesa.

56. Por outras palavras, a Comissão inferiu de certas provas [49] que as empresas e associações que decidiu punir eram autoras das condutas contrárias à concorrência, que descreve nos sete primeiros artigos da decisão. Por sua vez, a Irish quis invocar determinados documentos por proporcionarem uma versão diferente dos factos, mas a Comissão vedou-lhe o acesso a esses instrumentos de prova. O Tribunal de Primeira Instância, exercendo correctamente o seu poder jurisdicional e promovendo a defesa dos litigantes, reconstituiu a situação, colocando o processo integralmente à disposição das recorrentes. Depois de as ouvir sobre o assunto, considerou que os documentos em causa não eram susceptíveis de fornecer uma interpretação diferente dos acontecimentos.

57. Não existe, nesta actuação, inversão do ónus da prova, que sempre recaiu sobre a Comissão [50], a qual teve de demonstrar a intervenção da Irish e das restantes arguidas. Ora, uma vez que a referida instituição cumpriu a obrigação que lhe incumbia, cabia às empresas e associações acusadas ilidir as provas de acusação com todos os meios ao seu alcance. O Tribunal de Primeira Instância, aplicando o critério de apreciação constante dos n.^{os} 241 e 247 do

49 — As indicadas nos n.^{os} 18, 19 e 45 da decisão.

50 — Não era em vão que lhe cabia ilidir a presunção de inocência das empresas e associações arguidas.

acórdão recorrido, considerou que o vício formal, a falta de acesso a esses documentos no procedimento administrativo, foi irrelevante do ponto de vista do direito de defesa.

D. A fundamentação suficiente relativamente aos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, Solvay/Comissão e ICI/ /Comissão

58. Esta alegação encobre uma mera discrepância em relação ao critério que, sobre esse ponto, o Tribunal de Primeira Instância expõe no acórdão recorrido, cuja correcção já assinalei nos n.os 44 a 46.

59. De acordo com as razões expostas, os fundamentos de recurso da Irish, acima referidos, devem ser julgados improcedentes.

2. Um caso particular de um documento cuja consulta foi recusada no procedimento administrativo: as notas de J. Toscano (primeiro fundamento — parte — e ponto 8 do terceiro fundamento)

A. A posição das partes

60. A Irish insiste na alegação relativa ao critério de julgamento do Tribunal de Primeira Instância para determinar se o incumprimento formal da Comissão causou impossibilidade de defesa às empresas e associações punidas. Nos dois últimos parágrafos do primeiro fundamento, acrescenta que, ao utilizar os documentos cujo acesso lhe recusou, a Comissão teria podido ser influenciada de diversas formas, todas favoráveis às empresas arguidas.

61. A título de exemplo, refere as notas de J. Toscano, que clarificavam o conteúdo da reunião dos chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983. Além disso, o memorando do Sr. Kalogeropoulos teria podido explicar a reacção de determinados produtores de cimento face ao problema grego (a European Task Force ou a Cembureau Task Force) como sendo a manifestação de um acordo, mais informal mas também mais antigo, entre os principais fabricantes europeus.

62. No ponto 8 do terceiro fundamento, acrescenta que as notas de J. Toscano eram pertinentes como elementos de defesa, pelo menos em dois aspectos. Em primeiro lugar, apoiavam o argumento da inexistência de uma finalidade secreta na reunião de 14 de Janeiro de 1983; em segundo lugar, constituíam uma acta das discussões realmente havidas nessa reunião, ao passo que as provas documentais invocadas pela Comis-

são remetiam para meros elementos preparatórios.

63. Segundo a Comissão, o Tribunal de Justiça não tem competência para se pronunciar sobre a forma como o órgão de primeira instância valorou os referidos documentos.

B. Uma mera discrepância quanto aos factos

64. Por mais que a Irish tente demonstrar o contrário, a sua posição não transcende a fixação do substrato de facto do litígio. É a expressão de uma forma diferente de abordar os factos que, de modo algum, revelam uma apreciação arbitrária ou ilógica do acervo probatório por parte do Tribunal de Primeira Instância.

65. Aplicando o critério de apreciação referido no n.º 241, cuja legitimidade acima assinalei, o acórdão recorrido considera que os elementos desvendados não eram susceptíveis de alterar a versão dos factos determinada pela Comissão na decisão. Com efeito, na opinião do Tribunal de Primeira Instância, as notas de J. Toscano demonstram que, nas reuniões, foram abordadas questões candentes no sector do cimento, mas não negam que tivessem sido feitos acordos contrários à livre concorrência, ponto que a Comissão inferiu de provas documentais directas [51]. Como se pode ver, o debate que a Irish pretende lançar não transcende a valoração da prova nem a fixação da matéria de facto do litígio.

66. O mesmo se pode dizer sobre a constituição da European Task Force na reunião de Baden-Baden.

3. A apreciação da pertinência de determinadas provas documentais

A. A declaração do Sr. Kalogeropoulos (pontos 6 do terceiro fundamento e 1 do quarto fundamento)

1) A posição das partes

67. Segundo a Irish, as provas documentais invocadas pela Comissão para adoptar a

51 — As indicadas nos n.os 18, 19 e 45 da decisão. Do acórdão, v. n.os 1122 e segs. (em particular, 1130, 1131 e 1132).

decisão não são susceptíveis de a alicerçar. Esta afirmação é particularmente clara no que respeita à declaração do Sr. Kalogeropoulos, presidente do conselho de administração da Heracles desde 1 de Junho de 1986, na análise da qual o Tribunal de Primeira Instância se engana quando afirma que, «a propósito do início da infracção descrita no artigo 1.º da decisão impugnada, deve destacar-se que o facto de a Comissão ter determinado a data de 14 de Janeiro de 1983 como início desta infracção e *não uma data anterior*, dada a duração de 30 anos do acordo a que se refere o Sr. Kalogeropoulos, *não causa de modo nenhum prejuízo às recorrentes e não afecta a força probatória da declaração* no que respeita à própria existência de um acordo entre produtores europeus de cimento» [52].

68. A Irish acrescenta que, em abstracto, o Tribunal de Primeira Instância pode ter razão ao referir, no n.º 906 do acórdão, que a existência, em 1986, de um acordo entre os produtores europeus de cimento sobre o respeito dos mercados nacionais, já há cerca de 30 anos, não exclui que, no âmbito da reunião de 14 de Janeiro de 1983, tivesse sido reafirmada uma convergência de vontades com o mesmo fim. Contudo, considera que esta conclusão é irrelevante para efeitos de apoiar a posição da Comissão sobre a existência de um acordo adoptado durante a referida reunião.

69. Em relação às provas sobre o conteúdo das discussões havidas durante a reunião de 14 de Janeiro de 1983, a Comissão entende que o Tribunal de Primeira Instância confirmou as suas apreciações que, ao contrário do alegado no recurso, não são incompatíveis com a declaração do Sr. Kalogeropoulos.

70. Também segundo a Comissão, a recorrente nada disse no Tribunal de Primeira Instância sobre esse ponto, tendo-se limitado a qualificar a referida declaração como incompatível com a afirmação de que tinha sido adoptado um acordo em 14 de Janeiro de 1983, na reunião dos chefes de delegação, argumento respondido nos n.os 904 e seguintes do acórdão.

2) Uma vez mais, uma mera valoração da prova

71. Se se analisar atentamente o conteúdo das teses utilizadas pela Irish, verifica-se que se limita a discordar da valoração que o Tribunal de Primeira Instância fez da declaração do Sr. Kalogeropoulos, de que «existiu e continua a existir um acordo entre todos os produtores europeus de cimento, segundo o qual ninguém deve interferir nas fronteiras nacionais dos outros» [53]. Para o Tribunal de Primeira Instância, esta afirmação é um indício

52 — N.º 904. O sublinhado é da recorrente.

53 — V. n.º 903 do acórdão.

inequívoco da existência, desde determinada data, de um pacto entre os fabricantes europeus de cimento, que foi corroborado na reunião de 14 de Janeiro de 1983. Para o juiz de primeira instância, essa determinação levou a Comissão a fixar o início da infracção na data em que decorreu a referida reunião.

72. A Irish simplesmente discorda dessa ideia, que não está ferida de nenhum dos vícios que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça [54], lhe permitiriam, em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância e como excepção, abordar os factos do litígio para os corrigir depois de verificar a existência de um erro de direito.

3) A improcedência deste fundamento

73. O fundamento é, portanto, inadmissível, mas é também improcedente. A Comissão não considerou demonstrado o cometimento da infracção punida no artigo 1.° da decisão, com base na nota do Sr. Kalogeropoulos. Concluiu pela existência do acordo Cembureau a partir das provas que refere nos n.os 18, 19 e 45 da decisão de aplicação da sanção. Essa manifestação é, como indica o Tribunal de Primeira Instância, mais um indício que ratifica a dedução, extraída das provas referidas nesses pontos da decisão, de que na reunião de 14 de Janeiro de 1983 se reconheceu de pleno direito um pacto de repartição de mercados existente há algum tempo.

74. Tal como assinala a Comissão na resposta, não existe qualquer contradição entre os factos fixados na decisão com base nos documentos que revelavam o conteúdo dos debates da reunião de 14 de Janeiro de 1983 e a declaração do presidente do conselho de administração da Heracles.

4) Uma fundamentação suficiente

75. A Irish alega que o Tribunal de Primeira Instância não deu resposta ao seu argumento sobre a irrelevância do facto de existir há tempo um acordo de repartição de mercados, para se defender a existência de um pacto adoptado durante a referida reunião de 1983. Basta ler os n.os 903 e seguintes do acórdão para se comprovar a falsidade da sua afirmação.

76. Também lamenta não ter recebido resposta à sua alegação sobre a dimensão política da declaração do Sr. Kalogeropou-

54 — V., *supra*, n.° 48.

los e sobre as consequências a dar a essa caracterização. Remeto para o n.º 907 do acórdão, onde o argumento recebe a devida resposta.

77. Julgo ser necessário lembrar que a fundamentação exigível às instituições comunitárias [55] e, mais em particular, às decisões adoptadas pelos seus órgãos jurisdicionais não impõe um discurso que siga à letra todos os raciocínios das partes no litígio, sendo suficiente a fundamentação que permita aos interessados conhecer as razões da decisão e que permita, sendo caso disso, que o órgão jurisdicional competente disponha dos elementos de apreciação necessários para exercer o seu poder de fiscalização [56].

B. As notas da Blue Circle e mais sobre a declaração do Sr. Kalogeropoulos (pontos 7 do terceiro fundamento e 5 do quarto fundamento)

1) A posição das partes

78. A Irish entende que a declaração do Sr. Kalogeropoulos e determinadas notas internas da Blue Circle não podiam ser utilizadas contra ela porque não interveio na sua elaboração e não teve a oportunidade de interrogar os seus autores. Este argumento, que expôs pela primeira vez na audiência no Tribunal de Primeira Instância, foi julgado improcedente no n.º 1399 do acórdão, sem ser julgado inadmissível. Na medida em que tenha sido julgado improcedente pela razão de o procedimento administrativo não prever qualquer forma de *cross-examination,* na opinião da recorrente, o referido órgão judicial violou o seu direito de defesa.

79. A Comissão responde invocando a inadmissibilidade deste fundamento, uma vez que foi alegado pela primeira vez na audiência. Em seguida alega que, quanto ao mérito, é improcedente, uma vez que o direito comunitário da concorrência não prevê qualquer regra geral de exclusão como a invocada pela recorrente. Acrescenta que o argumento da Irish foi rejeitado no acórdão, não só por não estarem previstas «instâncias» nas regras de procedimento mas também, principalmente, porque não é susceptível de pôr em dúvida os principais documentos utilizados pela Comissão para afirmar a existência do acordo Cembureau e a participação da Irish.

80. A sociedade recorrente entende também que o Tribunal de Primeira Instância não deu resposta ao argumento de que o pacto ao qual se faz referência nas notas

55 — V. artigo 253.º CE.

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

internas da Blue Circle não é o acordo Cembureau, adoptado na reunião dos chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, nem aquele a que se faz referência na declaração do Sr. Kalogeropoulos.

81. Para a Comissão, com este fundamento, a recorrente tenta sugerir de novo a existência de medidas ligadas a um acordo diferente, do qual não faria parte. Em qualquer caso, o Tribunal de Primeira Instância teria dado resposta a estes argumentos e, em especial, ao que consiste na incompatibilidade entre as importações provenientes da Alemanha e a existência do acordo Cembureau.

2) Um fundamento admissível [...]

82. É verdade que o raciocínio que sustenta o ponto 7 do terceiro fundamento foi exposto pela primeira vez na audiência no Tribunal de Primeira Instância, mas não é menos certo que, longe de o rejeitar por intempestivo, o referido órgão jurisdicional o analisou quanto ao mérito, embora para o julgar improcedente.

83. O tribunal de recurso não pode ignorar uma linha de defesa aberta num momento inadequado, mas que o juiz de primeira instância, senhor do processo e moderador da discussão, não rejeitou por extemporânea, julgando pertinente a sua apreciação.

3) [...] mas improcedente

84. Para decidir deste fundamento de recurso, não é necessário analisar se as «instâncias» e as consequências da sua não aplicação operam no âmbito do procedimento administrativo comunitário de aplicação de sanções no domínio da concorrência. Trata-se de uma discussão que deve ser abordada frontalmente, em profundidade e com a necessária tranquilidade quando for inelutável, mas não num caso como o presente, em que foi trazido à liça, quase de forma inadvertida, num momento processual inadequado e em que não é imprescindível para dar satisfação à pretensão da empresa recorrente.

85. A resposta pode ser dada a partir de um terreno mais adjectivo, em que existem razões de índole utilitária. Com efeito, mesmo que se acompanhasse a recorrente e se chegasse à certeza de que as notas internas da Blue Circle não podiam ser utilizadas contra ela, o sentido da decisão não mudaria.

86. No n.º 1399 do acórdão recorrido, ficou expresso com uma clareza linear: a ineficácia das notas internas da Blue Circle como prova de acusação deixa intactos os restantes documentos referidos no n.º 19 da decisão, dos quais a Comissão inferiu, através de uma apreciação corroborada pelo Tribunal de Primeira Instância, que, na reunião dos chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, foi adoptado o acordo Cembureau, depois ratificado nas reuniões subsequentes de 19 de Março e de 7 de Novembro de 1984, nas quais a Irish esteve representada [57].

87. Mesmo que se desse razão à recorrente quanto ao mérito deste fundamento, a sua pretensão não podia prosperar, uma vez que, eliminadas as notas internas da Blue Circle como prova de acusação, continuariam a existir outros elementos que a incriminam, conforme afirmou o Tribunal de Primeira Instância, senhor da prova no processo.

88. Em tal hipótese, não se poderia queixar de ter sido submetida a um processo injusto, pois foi punida com base em provas acusatórias susceptíveis de ilidir a sua presunção de inocência: convocatória para a reunião de 14 de Janeiro de 1983 e projecto de exposição introdutória do presidente, notas das reuniões de 19 de Março e de 7 de Novembro de 1984, entre outras; provas que, segundo a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância, facultavam dados que as notas da Blue Circle se limitaram a confirmar [58].

4) Uma resposta suficientemente fundamentada

89. Em face do conteúdo do acórdão recorrido, é incompreensível a alegação da Irish de falta de fundamentação sobre o valor probatório das notas internas da Blue Circle e dos dados de facto que estas proporcionam. Os n.os 875 a 901 são mais do que suficientes.

90. Em particular, o argumento sobre a não identidade entre o pacto a que essas notas se referem e o acordo Cembureau é tratado nos n.os 876, 878 e 881, e o argumento relativo às importações provenientes da Alemanha Federal, no n.º 897.

91. Parece-me que a recorrente confunde falta de fundamentação com fundamenta-

57 — V. n.os 921 a 1095, 1344, 1345, 1350 e 1352 do acórdão, referidos no n.º 1399.

58 — V. n.º 45, ponto 3, da decisão.

ção desconforme com a sua pretensão. Sobre o alcance deste requisito de qualquer decisão jurisdicional, remeto para as considerações acima feitas no n.º 77.

C. A convocatória para a reunião de 14 de Janeiro de 1983 — Gil Braz de Oliveira — (ponto 6 do quarto fundamento)

1) A posição das partes

92. A Irish alegou em primeira instância que o escrito de Gil Braz de Oliveira não era uma convocatória para a reunião dos chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, uma vez que não tinha actuado como representante oficial da Cembureau, mas sim como representante da associação junto da Irlanda e da Dinamarca, Estados com os quais partilhava um lugar no comité executivo. Acrescenta que, não obstante ter reconhecido o erro de qualificação de tal documento, o Tribunal de Primeira Instância persistiu em lhe conferir um significado errado, pelo que o seu valor deve ser posto em causa.

93. A Comissão lembra que no acórdão (n.os 930 a 941) se valorou correctamente a carta de Gil Braz de Oliveira.

2) Mais uma alegação inadmissível e infundada

94. Este fundamento de recurso pode ser analisado numa dupla dimensão. Na primeira, é claramente inadmissível e, na segunda, é improcedente.

95. O argumento da Irish destina-se a discutir a valoração a que, para efeitos de prova, o Tribunal de Primeira Instância procedeu, sendo, por conseguinte, inadmissível.

96. O juiz de primeira instância identifica a existência de duas versões da convocatória para a reunião. Uma «oficial», dirigida a todos os membros da associação, e outra, assinada por Gil Braz de Oliveira, membro delegado do comité executivo da Cembureau, cujos destinatários foram unicamente a Aalborg e a Irish, da qual a Comissão inferiu que, na reunião de 14 de Janeiro de 1983, se projectava estabelecer «regras de jogo» no mercado europeu do cimento. A passagem que permitiu à referida instituição chegar a essa conclusão não constava da carta «oficial». O Tribunal de

Primeira Instância considerou que esta segunda convocatória «em nada contradiz o teor da carta de Gil Braz de Oliveira» [59], cujo valor para a prova da reunião de 14 de Janeiro de 1983 é pertinente pelas razões expostas nos n.os 936 a 941 e 977 a 987 do acórdão.

97. Como se pode ver, a apresentação do fundamento não transcende o campo probatório, sem que a recorrente tenha demonstrado, ou sequer alegado, que se verifiquem algumas das circunstâncias que justificariam que o Tribunal de Justiça penetrasse nesse âmbito para corrigir o Tribunal de Primeira Instância.

98. O fundamento é improcedente, se aquilo que a Irish pretende alegar é que o Tribunal de Primeira Instância não deu resposta às suas reclamações sobre esse ponto. Remeto para os n.os 930 a 941 do acórdão recorrido.

4. A coima

99. Proferido o despacho de inadmissibilidade parcial, subsistem duas alegações da Irish relativamente à sanção aplicada na decisão, que foi reduzida pelo Tribunal de Primeira Instância. A primeira refere-se à distinção feita pela Comissão entre participantes directos e participantes indirectos nas reuniões dos chefes de delegação (terceiro fundamento, ponto 13, e quarto fundamento, ponto 4), a segunda diz respeito ao princípio da proporcionalidade (terceiro fundamento, ponto 14, terceiro argumento).

100. Analisarei conjuntamente ambas as alegações, não sem antes referir a posição das partes.

A. Terceiro fundamento, ponto 13

101. A Irish critica o Tribunal de Primeira Instância por ter aceite a distinção feita pela Comissão entre participantes directos e participantes indirectos nas reuniões dos chefes de delegação, por entender que se trata de um erro que conduz a resultados absurdos.

102. Para a Comissão, a questão colocada pela recorrente afecta a valoração das provas e não pode ser abordada em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância. De qualquer forma, a distinção encontra-se justificada.

59 — V. n.º 935 do acórdão.

B. Quarto fundamento, ponto 4

103. Em relação à alegação anterior, a Irish critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter dado resposta ao seu argumento de que a distinção entre participantes directos e indirectos produz efeitos perversos. Dá um exemplo: a recorrente era o único produtor de cimento na Irlanda; D. Quirke foi o representante irlandês na reunião de 14 de Janeiro de 1983, facto do qual a Comissão concluiu que era seu empregado, pelo que era indiscutível a sua participação na referida reunião; se, pelo contrário, nessa época, houvesse algum outro produtor irlandês de cimento, a presença do referido D. Quirke na reunião, mesmo sendo empregado da Irish, não teria conduzido à ideia de que ele a representava e esta teria sido responsabilizada apenas pela adopção de medidas de execução do acordo Cembureau.

104. A Comissão entende que o Tribunal de Primeira Instância não tinha de dar resposta a este argumento, que é falacioso, embora devesse determinar se ficou demonstrado que a Irish aderiu ao acordo.

C. Terceiro fundamento, ponto 14, terceiro argumento

105. Segundo a recorrente, foi cometido um erro manifesto de apreciação no n.º 4964 do acórdão de que recorre, quando se declara que a análise feita pela Comissão constitui uma apreciação relevante do grau de responsabilidade de cada uma das empresas punidas. Não é correcto afirmar que quem participa de forma acessória, adoptando medidas de execução insignificantes num acordo contrário à concorrência, deve ser punido da mesma forma que aqueles que o promoveram e executaram decididamente. Esta posição é contrária ao princípio da proporcionalidade, não dissuade os participantes no acordo com maior responsabilidade e inflige uma sanção excessiva às empresas cujo grau de responsabilidade é menor.

106. Acrescenta que o Tribunal de Primeira Instância não aplicou os critérios definidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão Musique diffusion française e o./ /Comissão [60].

107. Termina referindo que o Tribunal de Primeira Instância não analisou os argumentos destinados a demonstrar que a sua conduta não pôde ter efeitos directos no encerramento dos mercados nacionais e que não devia ter sido classificada na categoria das empresas com maior responsabilidade. O próprio Tribunal de Primeira Instância reconheceu que a sua participação na infracção punida no artigo 2.º, n.º 2, descrita nos capítulos 4, 5 e 6 da decisão, era quase inexistente ou, em todo o caso,

60 — Acórdão de 7 de Junho de 1983 (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825).

limitada, pelo que deveria ter concluído que a sua responsabilidade também o era. Entende que esta afirmação é incompatível com a subsistência da coima.

108. A Comissão refere que este argumento da Irish é inadmissível pois não se refere a um erro de direito, mas sim à forma como o Tribunal de Primeira Instância apreciou a gravidade da infracção e o montante da coima. Acrescenta que, de qualquer forma, o montante da coima foi reduzido no acórdão.

109. Quanto ao mérito, entende que a coima foi aplicada tendo em vista o acordo Cembureau no seu conjunto. Não foram calculadas coimas diferentes para cada uma das medidas de aplicação do acordo.

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

110. Na análise destas alegações, há que referir a estrutura do articulado da decisão e os critérios invocados para a punição.

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

112. A Comissão determinou sanções separadas para as infracções relativas a cada um desses mercados [61].

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

61 — V. n.° 65, ponto 7, da decisão.

ção [62]. Esta forma de proceder é legítima e tem o seu fundamento no poder da Comissão de se pronunciar sobre várias infracções numa única decisão [63].

114. Considerou ainda que todas as empresas e associações destinatárias da decisão aderiram ao acordo Cembureau e expôs os elementos utilizados para demonstrar a participação de cada uma. Assim, a respeito da Irish, considerou que a mesma aderiu, na qualidade de membro da Cembureau, ao acordo ou princípio de respeito dos mercados nacionais, no momento em que tal acordo ou princípio foi debatido e aprovado, participando igualmente em medidas ou disposições destinadas a completá-lo por forma a contribuir para a sua aplicação [64].

115. «Contudo, tomou em consideração, no âmbito desta conclusão de carácter geral, o papel desempenhado por cada empresa na conclusão do acordo» ou nas medidas e disposições acordadas para o completar e aplicar. Também ponderou a duração de umas e outras [65].

116. De acordo com o entendimento exposto, separou dois grupos de empresas e associações; por um lado, as que participaram no acordo Cembureau e, por outro, o resto das empresas, com uma intervenção menos decisiva e de menor gravidade [66].

117. Dentro da primeira categoria, a Comissão distinguiu três subgrupos: 1) o grupo constituído pelas empresas e associações que participaram directamente, enquanto membros da Cembureau, na aprovação do acordo de respeito dos mercados nacionais bem como nas medidas de protecção directa desses mercados, grupo em que incluiu a Irish; 2) um segundo subgrupo formado pelas empresas que assumiram, através dos seus mais altos dirigentes, a função de chefes de delegação junto da Cembureau, quer na altura em que o acordo ou princípio de respeito dos mercados nacionais foi concluído quer durante o período da sua execução; 3) o último, composto pelas sociedades que intervieram em medidas de aplicação do acordo destinadas a proteger os mercados nacionais [67].

62 — V. n.° 65, ponto 8, primeiro travessão, da decisão.

63 — V. acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.° 111). Quanto à determinação do montante das coimas em casos de infracções complexas, v. David, E., «La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?», *Revue trimestrielle de droit européen*, n.° 36(3), Julho-Setembro de 2000, pp. 511 a 545.

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

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

66 — N.° 65, ponto 9, alíneas a) e b), da decisão.

67 — N.° 65, ponto 9, alínea a), da decisão.

118. Na segunda categoria, também distinguiu três tipos de responsáveis: 1) as empresas que apenas participaram nas medidas de aplicação do acordo, destinadas a canalizar para países terceiros a produção excedentária; 2) as que, não obstante terem participado nas medidas destinadas a proteger directamente os mercados nacionais, tentaram eximir-se da execução do acordo Cembureau; e 3) a sociedade Ciments luxembourgeois que, apesar de ser membro directo da associação e de ter participado nas reuniões dos chefes de delegação durante as quais o acordo ou princípio Cembureau foi concluído, não chegou a aplicar qualquer medida de execução [68].

119. A Comissão aplicou às empresas e associações pertencentes à primeira categoria sanções no valor de 4% dos respectivos volumes de negócios no mercado do cimento cinzento em 1992. As referidas na segunda categoria foram punidas com uma coima de 2,8% do mesmo parâmetro [69].

120. O Tribunal de Primeira Instância julgou parcialmente procedente o recurso da Irish, uma vez que, para quantificar a coima que lhe aplicou, a Comissão considerou que tinha participado no acordo Cembureau durante 122 meses, sendo apenas de 71,5 meses a duração real da sua participação, de acordo com o que ficou demonstrado no processo [70]. Ora, tendo em conta este elemento e aplicando o método de cálculo utilizado pela Comissão, o órgão jurisdicional reduziu proporcionalmente o montante da coima [71].

121. É a este modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância, que ratifica a distinção entre participantes directos e participantes indirectos, que a recorrente atribui a violação do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, qualificando-o de manifestamente errado e absurdo.

122. Este fundamento, assim formulado, é inadmissível por duas ordens de razões.

123. Em primeiro lugar, porque a recorrente se limita a reproduzir os mesmos argumentos expostos na petição em primeira instância e aos quais foi dada resposta nos n.os 4965 e seguintes do acórdão recorrido. A Irish nada diz de novo neste fundamento, nada que não tenha sido objecto de debate e de decisão

68 — N.° 65, ponto 9, alínea b), da decisão.

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

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

71 — V. n.° 4815 e o sétimo travessão do n.° 29 da parte decisória do acórdão recorrido.

no processo judicial. Aproveita o facto de o Tribunal de Primeira Instância aplicar um critério de quantificação das coimas igual ao da Comissão, para reproduzir uma discussão que não é, na realidade, crítica do acórdão recorrido, mas sim do procedimento administrativo de aplicação da sanção.

124. Em segundo lugar, porque a argumentação da Irish não ultrapassa o âmbito da valoração da prova e do terreno das meras hipóteses [72], uma vez que o que é decisivo é que, nessa altura, era a única produtora irlandesa de cimento e quem presidia a delegação do seu país na reunião de 14 de Janeiro de 1983 era um dos seus empregados.

125. O mesmo se diga da manifesta falta de fundamento da alegação da Irish sobre a falta de resposta do Tribunal de Primeira Instância aos seus argumentos. A resposta que a recorrente diz estar em falta encontra-se no acórdão. No n.° 4940, faz-se referência às reclamações da Irish sobre esse ponto e, nos n.^{os} 4965 e seguintes, analisa-se, em resposta aos argumentos de todas as partes, a correcção jurídica do critério seguido pela Comissão. Sobre a fundamentação exigível nas decisões do Tribunal de Primeira Instância, remeto para o acima exposto no n.° 77, sem que seja necessário dar uma resposta individualizada a todas e cada uma das alegações deduzidas pelas partes. As fundamentações implícitas na decisão judicial também são legítimas na medida em que cumprem as finalidades prosseguidas com esta garantia do exercício racional do poder.

126. No presente recurso, tal como nos outros cinco interpostos do acórdão, repetem-se as alegações baseadas numa suposta falta de fundamentação. Não resisto a assinalar que tais alegações, sobretudo pela insistência com que são feitas, são inapropriadas. Uma decisão judicial que ocupa quase 1 200 páginas da colectânea, que contém 5134 números de fundamentação, na qual, com um grande esforço de síntese, as argumentações expostas por 41 recorrentes são ordenadas, depuradas e sistematizadas, para se dar resposta a todas, pode apelidar-se de tudo o que se quiser, menos de não fundamentada.

127. Naturalmente que a resposta expressa a algum argumento isolado pode ter ficado no tinteiro, mas, precisamente, por constituir um texto único e integrado, a solução em muitos casos, como o suscitado pela Irish, está implícita na exposição da fundamentação. Quando o Tribunal de Primeira Instância afirma que a Comissão decidiu «com razão» punir a participação no acordo Cembureau enquanto tal, independentemente dos comportamentos isolados e

72 — V. n.° 103, *supra*.

do número de medidas de execução adoptadas por cada empresa [73], quando diz que é fundada a distinção feita pela Comissão entre participantes directos e indirectos [74], quando expressa que, por conseguinte, «não estava obrigada a avaliar o papel específico desempenhado por cada uma [das empresas] nos vários factos ilícitos» [75] e quando expõe que «o número de infracções individuais cometidas por uma dada empresa no âmbito do acordo Cembureau não constitui, no caso concreto, um critério relevante de avaliação do seu grau de responsabilidade» [76], está a dizer à Irish que o critério seguido pela instituição recorrida não é errado.

E. O respeito do princípio da proporcionalidade

128. A alegação de violação do princípio da proporcionalidade também não tem fundamento.

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

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

131. O Tribunal de Justiça declarou que a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos tais como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, acrescentando que não existe uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios [77].

73 — N.os 4975 e 4966.
74 — N.° 4968.
75 — N.° 4965.
76 — N.° 4966.
77 — V. acórdãos Musique diffusion française e o./Comissão, já referido, n.° 120, e de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-215/95 P, Colect., p. I-4411, n.° 33); v. também o despacho de 25 de Março de 1996, SPO e o./Comissão (C-137/95 P, Colect., p. I-1611, n.° 54).

132. Creio que existem três critérios centrais para essa apreciação: a natureza da infracção, o impacto na concorrência e a delimitação geográfica do mercado afectado; cada um analisado numa dimensão objectiva, a da própria infracção, e noutra subjectiva, a da empresa responsável [78].

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

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

135. A exigência de que a sanção seja proporcional à infracção tem como consequência que, quando uma infracção tiver sido cometida por várias pessoas [79], se deva analisar, utilizando os parâmetros referidos, a gravidade relativa da participação de cada uma [80]. É um imperativo do princípio da igualdade, que exige que a coima seja idêntica para todas as empresas na mesma situação e impede que as que se encontram em situação diferente sejam punidas com sanções semelhantes.

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

137. Todos os comportamentos, que necessariamente não são idênticos, prosseguiam

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

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

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

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

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

139. As razões expostas pela Comissão, que o Tribunal de Primeira Instância aceitou [81], para distinguir as duas categorias de empresas correspondem a um critério objectivo e razoável, como o do efeito das condutas na concorrência e, em particular, na compartimentação dos mercados nacionais. Deste modo, os comportamentos descritos nos artigos 2.º, 3.º e 4.º da decisão, na medida em que prosseguiam a protecção directa dos referidos mercados, foram considerados mais graves, enquanto os descritos nos artigos 5.º e 6.º, com «efeitos menos directos» [82], podiam ser qualificados como menos graves.

140. Quanto ao resto, a alegação da Irish revela-se inadmissível quando esta afirma que o Tribunal de Primeira Instância não deu resposta ao argumento sobre a inaptidão da sua conduta para afectar o encerramento dos mercados nacionais. Remeto para os n.os 4966 e 4975 do acórdão e para as considerações que teci nos n.os 125 a 127, *supra*.

141. A mesma sorte deve sofrer o fundamento na medida em que a Irish tenta convencer o Tribunal de Justiça da irrelevância da sua intervenção nos factos e da

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

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

responsabilidade insignificante que cabe atribuir-lhe na sua realização. É uma questão de facto alheia à discussão própria de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância.

142. Tendo em conta as considerações expostas, os fundamentos relativos à coima devem também ser julgados inadmissíveis e improcedentes.

143. O decaimento de todos os fundamentos admitidos conduz à total improcedência do recurso.

V — As despesas

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

VI — Conclusão

145. De acordo com as considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que:

1) Julgue improcedentes na totalidade os fundamentos do recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância interposto pela Irish Cement Limited, que não foram rejeitados pelo despacho de 5 de Junho de 2002.

2) Confirme o acórdão recorrido no que respeita à referida empresa.

3) Condene a sociedade recorrente no pagamento das despesas resultantes da tramitação do presente processo.