CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 6 de Novembro de 2008 [1]

Índice

I — Antecedentes, procedimento e pedidos das partes . . . . . I - 5850

II — Análise jurídica . . . . . I - 5852

A — Introdução . . . . . I - 5852

B — Quanto ao primeiro fundamento de anulação, relativo a uma violação dos direitos de defesa quanto à atribuição à recorrente da qualidade de líder do cartel I - 5853

1. Considerações do Tribunal . . . . . I - 5853

2. Argumentos das partes . . . . . I - 5854

3. Apreciação . . . . . I - 5856

C — Quanto ao recurso da decisão controvertida: apreciação da existência de uma violação dos direitos de defesa no que respeita à atribuição à recorrente da qualidade de líder do cartel . . . . . I - 5863

D — Quanto ao segundo fundamento de anulação, relativo à violação das garantias processuais em consequência da utilização do relatório do FBI como prova da liderança do cartel pela recorrente . . . . . I - 5865

1. Considerações do Tribunal . . . . . I - 5865

2. Argumentos das partes . . . . . I - 5867

3. Apreciação . . . . . I - 5870

a) Interpretação do acórdão recorrido . . . . . I - 5870

b) Quanto à justeza dos critérios de análise adoptados no acórdão recorrido I - 5872

1 — Língua original: italiano.

i) Quanto à inexistência de uma proibição geral de utilização, pela Comissão, de provas apresentadas no contexto de um processo distinto do que ela própria instaurou . . . . . I - 5873

ii) Quanto à violação de determinadas garantias processuais . . . . . I - 5876

— Quanto à existência de condições de utilização, pela Comissão, de provas obtidas no quadro de um processo distinto daquele que instaurou: o respeito dos direitos processuais . . . . . I - 5877

— Quanto aos critérios elaborados pelo Tribunal de Primeira Instância no que respeita às regras que a Comissão deve observar para garantir o respeito dos direitos processuais e quanto à sua aplicação no caso vertente . . . . . I - 5880

E — Quanto ao recurso da decisão controvertida: possibilidade de a Comissão utilizar o relatório do FBI como prova da liderança do cartel pela recorrente . . . . . I - 5887

F — Quanto aos fundamentos (terceiro, quarto e quinto) de anulação relativos à declaração da Cerestar . . . . . I - 5887

G — Quanto ao recurso da decisão controvertida: se a Comissão fez prova bastante do papel de líder que a ADM desempenhou no cartel . . . . . I - 5889

H — Quanto ao sexto fundamento, relativo ao não reconhecimento de uma circunstância atenuante na cessação da participação da ADM no cartel desde as primeiras intervenções das autoridades antitrust dos Estados Unidos . . . . I - 5890

1. Considerações do Tribunal . . . . . I - 5890

2. Argumentos das partes . . . . . I - 5892

3. Apreciação . . . . . I - 5892

I — Quanto ao nono fundamento, relativo ao impacto concreto do cartel no mercado I - 5895

1. Considerações do Tribunal de Primeira Instância . . . . . I - 5895

2. Argumentos das partes . . . . . I - 5896

3. Apreciação . . . . . I - 5897

J — Quanto aos fundamentos (sétimo e oitavo) de anulação relativos à violação do princípio do respeito da confiança legítima, em sede da apreciação da cooperação da ADM durante o procedimento administrativo . . . . . I - 5901

1. Quanto ao fundamento relativo às declarações dos agentes da Comissão durante o procedimento administrativo . . . . . I - 5902

2. Quanto ao fundamento relativo à violação das condições previstas na secção B da comunicação sobre a cooperação . . . . . I - 5903

K — Quanto ao recurso da decisão controvertida: questão de saber se, nos termos da secção B, alínea d), da comunicação sobre a cooperação, a recorrente devia ser considerada a primeira empresa a fornecer à Comissão elementos determinantes para efeitos da prova da existência do cartel . . . . . I - 5904

L — Nova determinação do montante da coima aplicada à recorrente . . . . . I - 5909

M — Quanto às despesas . . . . . I - 5909

III — Conclusões . . . . . I - 5910

I — Antecedentes, procedimento e pedidos das partes

1. Com a Decisão 2002/742/CE, de 5 de Dezembro de 2001 (a seguir «decisão controvertida») [2], a Comissão, no termo de um processo nos termos do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 [3], declarou, no artigo 1.º, que a Archer Daniels Midland Co. (a seguir «recorrente» ou «ADM») e outras empresas cometeram uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE), ao participarem num acordo e/ou prática concertada contínuos no sector do ácido cítrico.

2. No considerando 158 da decisão controvertida, a Comissão identificou, como elementos pertinentes para, no caso em apreço, concluir pela existência da referida infracção, a repartição de mercados e de quotas de mercado, o congelamento/ /restrição/encerramento de capacidades de produção, o acordo de aumentos concertados de preços, a designação do produtor que devia «liderar» os aumentos de preços em cada mercado nacional, a circulação de listas de preços-objectivo actuais e futuros, a fim de coordenar os aumentos de preços, a concepção e aplicação de um sistema de comunicação de informações e de controlo para assegurar a aplicação dos acordos restritivos, a repartição ou afectação de clientes e a participação em reuniões periódicas e manutenção de outros contactos com o intuito de acordar essas restrições e aplicá-las e/ou alterá-las consoante o necessário.

3. No artigo 3.º da decisão controvertida, são aplicadas coimas às empresas responsáveis pela referida infracção. Para efeitos do cálculo

2 — Decisão da Comissão relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-1/36 604 — Ácido cítrico) (JO 2002, L 239, p. 18).

3 — Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), conforme alterado.

do montante das referidas coimas, a Comissão, ainda que sem o referir expressamente, aplicou a metodologia apresentada nas suas Orientações de 1998 para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (a seguir «Orientações») [4] e, sempre que se justificou, aplicou também a sua Comunicação de 1996 sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (a seguir «comunicação sobre a cooperação») [5].

4. O montante da coima aplicada foi fixado em 39,69 milhões de euros.

5. No âmbito da determinação do montante da coima, a Comissão, na avaliação da gravidade da infracção, teve especialmente em conta o facto de o acordo ter tido um efeito concreto sobre o mercado do ácido cítrico no EEE. Sobre o montante de base da coima calculada para a ADM, fixado em 58,8 milhões de euros, em função da gravidade e da duração da infracção, a Comissão aplicou, a título de circunstância agravante, um acréscimo de 35%, por a ADM, em conjunto com uma outra empresa, ter desempenhado um papel de líder no cartel. Além disso, foi recusado à ADM, em benefício de outra empresa, a Cerestar Bioproducts BV (a seguir «Cerestar»), o benefício previsto na secção B da comunicação sobre a cooperação, isto é, a «não aplicação» ou a «redução muito substancial» do montante da coima que lhe teria sido aplicada na falta de cooperação. Com efeito, a Comissão considerou que foi a Cerestar e não a ADM a primeira empresa a fornecer elementos determinantes para efeitos da prova da existência do acordo, na acepção da secção B, alínea b), da comunicação sobre a cooperação, e que a ADM, enquanto líder do cartel, nem sequer preenchia as condições previstas na secção B, alínea e), da mesma comunicação. No entanto, em aplicação da secção D da mesma comunicação, concedeu à ADM uma «redução significativa» (de 50%) do montante da coima.

6. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (a seguir «Tribunal»), em 28 de Fevereiro de 2002, a ADM pediu, por um lado, a anulação do artigo 1.º da decisão controvertida, na medida em que aí se declara que a recorrente cometeu uma infracção ao artigo 81.º CE e ao artigo 51.º do acordo EEE ao participar na restrição das capacidades do mercado em causa e na designação de um produtor que devia «liderar» os aumentos de preços em cada mercado nacional do referido mercado em causa e, por outro, a anulação do artigo 3.º da mesma decisão, na medida em que este a refere como destinatária ou, subsidiariamente, a sua modificação no sentido de uma supressão ou redução da coima aplicada.

4 — JO 1998, C 9, p. 3.
5 — JO 1996, C 207, p. 4.

7. Por acórdão de 27 de Setembro de 2006 (a seguir «acórdão recorrido») [6], o Tribunal deu provimento ao pedido apresentado pela recorrente de anulação parcial do artigo 1.º da decisão controvertida e negou provimento ao pedido da recorrente relativo à coima que lhe foi aplicada no artigo 3.º da mesma decisão, condenando a Comissão a suportar um décimo das despesas da recorrente e esta a suportar o resto das suas próprias despesas, bem como as despesas da Comissão.

8. Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Justiça, em 11 de Dezembro de 2006, a recorrente impugnou o acórdão referido, pedindo a sua anulação, na medida em que negou provimento ao seu recurso da decisão controvertida, e a anulação do artigo 3.º da mesma decisão, na medida em que lhe diz respeito, ou a sua alteração, anulando ou reduzindo significativamente a coima aplicada, ou, em alternativa, o reenvio do processo para o Tribunal de Primeira Instância para nova decisão de acordo com os princípios de direito definidos pelo Tribunal de Justiça, condenando, em qualquer caso, a Comissão nas despesas dos dois processos.

9. Na contestação, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e que condene a recorrente nas despesas.

6 — Processo Archer Daniels Midland/Comissão (T-59/02, Colect., p. II-3627).

10. Os representantes das partes foram ouvidos na audiência realizada em 18 de Maio de 2008.

II — Análise jurídica

A — *Introdução*

11. Em apoio do recurso, a recorrente invoca nove fundamentos, todos relativos à determinação do montante da coima aplicada.

12. Com os cinco primeiros fundamentos, a recorrente contesta as apreciações que levaram o Tribunal a rejeitar os argumentos que apresentou contra o aumento de 35% do montante de base da referida coima, que foi aplicado pela Comissão tendo em conta a circunstância agravante correspondente ao papel de líder desempenhado pela ADM no cartel relativo ao ácido cítrico. O primeiro desses fundamentos prende-se com a não constatação, pelo Tribunal, de uma violação dos direitos de defesa da recorrente, que decorre da não contestação da referida circunstância agravante ou dos factos a ela inerentes durante o procedimento administrativo. Os quatro fundamentos seguintes incidem, em vários aspectos, sobre apreciações que levaram o Tribunal a não aceitar que

as considerações constantes da decisão controvertida como fundamento da atribuição à ADM da qualidade de líder eram, como alega a recorrente, inadequadas para justificar tal qualificação.

B — *Quanto ao primeiro fundamento de anulação, relativo a uma violação dos direitos de defesa quanto à atribuição à recorrente da qualidade de líder do cartel*

1. Considerações do Tribunal

13. Os quatro últimos fundamentos de anulação prendem-se com o não reconhecimento de uma circunstância atenuante, a avaliação do impacto concreto do cartel no mercado e a apreciação da cooperação prestada pela recorrente à Comissão durante o procedimento administrativo.

14. Adianto desde já que alguns dos referidos fundamentos de anulação me parecem fundados, que, consequentemente, o acórdão recorrido, em minha opinião, deve ser anulado quanto a alguns aspectos e que considero que o estado do processo permite que o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 61.º, primeiro travessão, do seu Estatuto, se pronuncie definitivamente sobre o litígio, como pede a recorrente. Por facilidade de exposição, tendo em conta o número dos fundamentos de anulação, em alguns casos farei seguir a apreciação dos que considero fundados da análise dos correspondentes fundamentos do recurso de primeira instância que o Tribunal rejeitou com as partes do acórdão recorrido que deviam ser anuladas.

15. Perante o Tribunal, a recorrente alegou que a Comissão violou os seus direitos de defesa na medida em que a acusação de que foi líder do cartel não lhe foi feita durante o procedimento administrativo e na medida em que a comunicação de acusações não indicava os elementos (em particular, relativos ao papel desempenhado por alguns dos seus representantes nas reuniões do cartel) invocados em apoio de tal acusação na decisão controvertida. A recorrente lamentou ainda não ter podido pronunciar-se, durante o mesmo procedimento, sobre a utilização como prova, em apoio dessa acusação, do relatório do Federal Bureau of Investigation (FBI) dos Estados Unidos, relativo a declarações feitas a agentes do FBI por um antigo representante da ADM, em 11 e 12 de Outubro de 1996 (a seguir «relatório do FBI»), e da declaração escrita da Cerestar à Comissão, de 18 de Março de 1997 [7] (a seguir «declaração escrita da Cerestar»).

7 — A decisão controvertida refere a declaração da Cerestar de 25 de Março de 1999. No entanto, não se trata de duas declarações distintas mas da mesma. Como resulta do n.º 371 do acórdão recorrido, a declaração da Cerestar tem a data de 18 de Março de 1998, mas foi comunicada à Comissão em 25 de Março de 1999.

16. Antes de mais, o Tribunal invocou o acórdão do Tribunal de Justiça Musique diffusion française e o./Comissão [8], segundo o qual quando a Comissão, na comunicação de acusações, indica expressamente que vai apreciar se deve aplicar coimas às partes em causa e enuncia os principais elementos de facto e de direito que podem implicar a aplicação de uma coima, tais como a gravidade e a duração da alegada infracção e o facto de esta ter sido cometida «de forma intencional ou por negligência», cumpre a sua obrigação de respeitar o direito das empresas a serem ouvidas, fornecendo-lhes, desta forma, todos os elementos necessários para se defenderem não só contra a constatação da infracção mas também contra o facto de lhes ser aplicada uma coima [9].

17. No entanto, o Tribunal rejeitou as referidas alegações da recorrente, concluindo que, na comunicação de acusações, a Comissão indicou os principais elementos de facto e de direito que podem justificar a coima que ponderava aplicar à ADM e realçando que «[o] respeito dos direitos de defesa das empresas em causa não obriga a Comissão a indicar de forma mais específica, na comunicação de acusações, o modo como se servirá, sendo caso disso, de cada um desses elementos para determinar o nível da coima». Invocando o acórdão Michelin/ /Comissão [10], observou, em particular, que «a Comissão não era obrigada a indicar que podia considerar a ADM líder do cartel nem a importância do agravamento que eventualmente aplicaria à coima da ADM por essa razão». Sobre a utilização, como prova, do relatório do FBI e da declaração escrita da Cerestar, sublinhou que «a Comissão juntou estes documentos à comunicação de acusações e que as partes tiveram, por conseguinte, a oportunidade de se exprimirem a este respeito, incluindo no que se refere à sua utilização como elemento de prova» [11].

2. Argumentos das partes

18. Com o fundamento de anulação em apreço, a recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância, violando o princípio de protecção dos direitos de defesa, concluiu que a Comissão, na comunicação de acusações, não tem a obrigação de advertir a empresa destinatária da possibilidade de ser qualificada líder do cartel nem de indicar os factos em que se funda tal qualificação. Por outro lado, a segunda destas conclusões não estava suficientemente fundamentada.

19. Na opinião da recorrente, o papel de líder do cartel constitui um dos principais elementos de facto que qualificam a gravidade do comportamento de uma empresa que cometeu uma infracção e que devem resultar da comunicação de acusações [12], designadamente porque o agravamento aplicado pela

8 — Acórdão de 7 de Junho de 1983 (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 21).

9 — Acórdão recorrido, n.º 434.

10 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983 (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 20).

11 — Acórdão recorrido, n.os 436, 438 e 439.

12 — Sobre o assunto, a recorrente invoca os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, HFB e o./ /Comissão (T-9/99,Colect., p. II-1487, n.os 316 e 317) e LR AF 1998/Comissão (T-23/99, Colect., p. II-1705, n.os 203 a 205), e de 8 de Julho de 2004, Corus UK/Comissão (T-48/00, Colect., p. II-2325, n.º 153).

Comissão devido a esta circunstância representa, em geral, entre 30% e 50% do montante da coima.

20. Além disso, também os factos em que se funda a qualificação de líder do cartel devem, segundo a recorrente, ser mencionados na comunicação de acusações ou, pelo menos, poder ser deduzidos dos documentos anexos à mesma [13]. No caso vertente, faltou tanto a menção desses factos na comunicação de acusações como a possibilidade de os deduzir dos documentos juntos, na medida em que: a) a Comissão indicou expressamente na comunicação de acusações que, no cálculo do montante da coima e, em particular, na avaliação do papel desempenhado por cada empresa, teve em conta os factos tal como descrito no mesmo documento; b) a identificação do líder do cartel era difícil por causa da complexidade dos factos, como foi reconhecido na decisão controvertida (considerando 273) e no acórdão recorrido (n.º 300); c) a Comissão, ao indicar à ADM, no procedimento administrativo, que podia beneficiar da secção B da comunicação sobre a cooperação, deixou-a pensar que não considerava a ADM líder do cartel; d) não pode pedir-se a uma empresa, quando não tenha sido especificamente avisada, que examine e refute com provas contrárias todos os factos resultantes dos diversos e volumosos documentos anexos a uma comunicação de acusações, atitude que pode valer à empresa a perda do benefício da aplicação da secção B da comunicação sobre a cooperação, a qual pressupõe designadamente uma cooperação permanente e total por parte da empresa.

13 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, Shell/Comissão (T-11/89, Colect., p. II-757, n.º 62).

21. A Comissão considera que as alegações da recorrente são infundadas. Baseiam-se numa distinção artificial entre o papel de líder assumido num cartel e as consequências que o referido papel têm sobre a determinação do montante da coima. A recorrente perdeu de vista o facto de que o papel de líder tem uma incidência sobre esse montante, mas não sobre a constatação da infracção. Não é, pois, necessário que, na comunicação de acusações, a Comissão indique mais pormenorizadamente «factos que, na realidade, constituem uma antecipação do montante da coima». Em sua opinião, no vertente caso, bastava indicar, como fez, que, na avaliação da gravidade da infracção, teve em conta o papel desempenhado por cada uma das empresas interessadas.

22. A Comissão observa que o relatório do FBI e a declaração escrita da Cerestar se incluíam entre os oito documentos anexos à comunicação de acusações.

23. Acrescenta que o papel desempenhado pela recorrente no cartel é mencionado na parte principal da comunicação de acusações (referindo-se, a título exemplificativo, aos n.os 63, 71, 84, 85, 93, 94 e 104 desta última). Além disso, na sua resposta à mesma comunicação, a recorrente referiu-se expressamente aos dois documentos mencionados e tomou amplamente posição sobre o seu papel no cartel, excluindo que fosse o de um líder ou de um instigador e baseando-se, para o demonstrar, precisamente no relatório do FBI. Isto demonstra que a recorrente tinha a possibilidade de constituir a sua própria defesa com base no conteúdo daquela comunicação.

3. Apreciação

24. Apesar de não faltarem algumas afirmações isoladas passíveis de interpretação em sentido contrário [14], pode considerar-se consolidado na jurisprudência que as empresas objecto de um processo por violação das regras de concorrência do Tratado CE gozam do direito de serem ouvidas pela Comissão não apenas sobre a existência das infracções de que são acusadas, mas também sobre a aplicação de uma coima e sobre os critérios de determinação da mesma.

25. Como recordou o Tribunal no acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça afirmou que, quando a Comissão indica expressamente, na sua comunicação das acusações, que vai apreciar se deve aplicar coimas às partes em causa e enuncia os principais elementos de facto e de direito que podem dar origem a uma coima, tais como a gravidade e a duração da suposta infracção e o facto de esta ter sido cometida «de forma intencional ou por negligência», cumpre a sua obrigação de respeitar o direito das empresas a serem ouvidas, fornecendo-lhes, desta forma, todos os elementos necessários para se defenderem não só contra a constatação da infracção mas também contra o facto de lhes ser aplicada uma coima [15].

26. Em particular, no acórdão Michelin/Comissão [16], o Tribunal de Justiça parece ter-se afastado, em parte, da proposta do advogado-geral Verloren Van Themaat, que considerava «óbvio que [a Comissão] não pode indicar, enquanto o procedimento administrativo se encontrar pendente, o montante da coima *ou os critérios da sua fixação*, dado que só no final do procedimento tem a possibilidade de determinar a medida da culpa ou da negligência» [17]. Quanto aos critérios de fixação da coima, com efeito, o Tribunal de Justiça considerou necessário salientar, naquele acórdão, que «a Comissão declarou expressamente, na comunicação de acusações (…), que tinha a intenção de aplicar [à empresa interessada] uma coima cujo montante foi fixado tendo em conta a duração e a gravidade — *na sua opinião, relevante* — da infracção», colocando, assim, aquela empresa «em condições de se defender não só contra a constatação da infracção, mas também contra a aplicação de uma coima» [18].

14 — V. acórdão de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, dita «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 e C-254/99 P, Colect., p. I-8375, n.º 91) segundo o qual o «domínio do exercício dos direitos de defesa organizado pelos Regulamentos n.º 17 e n.º 99/63 [está] *circunscrito* às questões respeitantes ao apuramento e à pertinência dos factos e circunstâncias invocados e aos documentos considerados pela Comissão para sustentar a sua afirmação da *existência de uma infracção* ao direito da concorrência» (sublinhado por mim).

15 — Acórdãos Musique diffusion française e o./Comissão, já referido na nota 8 (n.º 21), e de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 428).

16 — Já referido na nota 10.

17 — Conclusões de 21 de Junho de 1983 no processo Michelin/Comissão, já referido na nota 10 (n.º 7). Sublinhado meu.

18 — Acórdão Michelin/Comissão, já referido na nota 10 (n.º 20). Sublinhado meu.

27. Mais recentemente, no acórdão Showa Denko/Comissão [19], o Tribunal de Justiça sublinhou, em termos absolutamente claros, que as empresas que são objecto de um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE têm o direito de ser ouvidas «não apenas quanto ao princípio da aplicação de uma coima, mas ainda sobre cada um dos elementos que [a Comissão] pretendia ter em conta no quadro da fixação das coimas».

28. A fórmula jurisprudencial que invoquei no n.º 25 é, contudo, um tanto genérica e não permite compreender o que deve entender-se por «principais elementos de facto e de direito» relevantes para a coima que devem resultar da comunicação de acusações; em especial, se é suficiente que a Comissão indique, na comunicação de acusações, que terá em conta, na decisão sobre o *an* e sobre o *quantum* da coima, a gravidade, a duração e o elemento subjectivo da infracção ou se, pelo contrário, é necessário que especifique as suas apreciações sobre esses aspectos.

29. Pode certamente excluir-se que possa bastar à Comissão invocar, em abstracto, os três referidos elementos: gravidade, duração e elemento subjectivo da alegada infracção. Como o Tribunal já teve oportunidade de observar, «a obrigação de dar uma indicação quanto à gravidade e ao carácter deliberado ou negligente da infracção ficaria esvaziada do seu conteúdo se uma simples paráfrase do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 bastasse, só por si, para a cumprir» [20]. Quanto à duração da infracção, o Tribunal de Justiça já esclareceu que deve ficar determinada na comunicação de acusações [21].

30. Pelo contrário, pode excluir-se, com base na jurisprudência, que o respeito dos direitos de defesa das empresas implique que, na comunicação de acusações, se deve especificar o modo como a Comissão pretende invocar cada um dos «elementos de facto e de direito» para a determinação do valor da coima. Com efeito, dar indicações sobre o valor das coimas, antes de as empresas terem tido a possibilidade de apresentar a respectiva defesa sobre as acusações que lhes são feitas, equivaleria a antecipar, de modo inoportuno, a decisão da Comissão [22].

31. No espaço compreendido entre aquelas duas hipóteses extremas, demonstrado que devem resultar da comunicação de acusações tanto a duração da infracção como se foi cometida intencionalmente ou por negligência, resta, no entanto, determinar se basta à Comissão elencar, na comunicação de acusações, os critérios de determinação da gravidade da infracção que pretende seguir ou se deve especificar as apreciações que pretende fazer em aplicação de tais critérios.

19 — Acórdão de 29 de Junho de 2006 (C-289/04 P, Colect., p. I-5859, n.º 70).

20 — Acórdão Corus UK/Comissão, já referido na nota 12 *supra* (n.º 145).

21 — Acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido na nota 8 *supra* (n.º 15).

22 — V. acórdãos Michelin/Comissão, já referido na nota 10 (n.º 19); Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido na nota 8 (n.º 21); Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido na nota 15 (n.ºs 434 e 439), e de 10 de Maio de 2007, SGL Carbon/Comissão (C-328/05 P, Colect., p. I-3921, n.º 58).

Em particular, no caso em apreço, bastava à Comissão indicar, como fez, na comunicação de acusações, que, na fixação da coima, teve em conta, designadamente, o papel desempenhado por cada empresa na infracção (indicação do critério), ou devia antes antever já, nessa comunicação, a possibilidade de atribuir à ADM a qualidade de líder do cartel (apreciação em aplicação do critério)?

32. Não me parece que a jurisprudência do Tribunal de Justiça forneça indicações úteis para a resolução desta questão. O mesmo se pode dizer dos acórdãos do Tribunal HFB/Comissão e LR AF 1998/Comissão, invocados pela recorrente em apoio da segunda solução [23]. Embora seja verdade que, nestes acórdãos, o Tribunal sublinhou que a comunicação de acusações enviada às empresas recorrentes referia, entre outras circunstâncias, o papel activo [24] ou o papel de mentor [25] desempenhado pelas mesmas no cartel em questão, para depois constatar que «[a]o fazê-lo, a Comissão referiu, na comunicação de acusações, os elementos de facto e de direito nos quais se iria basear para o cálculo da coima a aplicar à recorrente, de modo que, a este respeito, o direito de ser ouvido desta última foi devidamente respeitado» [26], todavia, daí não se pode deduzir que o Tribunal considerou aquela referência *necessária* para efeitos do respeito deste direito.

33. Diversamente, reconhece-se que, no acórdão Corus UK/Comissão [27], também invocado pela recorrente, o Tribunal efectivamente interpretou como mais restritivas as obrigações da Comissão quanto ao conteúdo da comunicação de acusações, considerando, no essencial, insuficiente a indicação de um dado critério de gravidade não acompanhada de uma apreciação provisória em aplicação desse critério. Depois de ter referido que a Comissão «está obrigada a expor, na comunicação de acusações, uma breve apreciação provisória quanto à duração da infracção alegada, à sua gravidade e à questão de saber se a infracção foi cometida dolosamente ou por negligência nas circunstâncias do caso concreto», considerou que, no caso submetido à sua apreciação, a comunicação de acusações estava «ferida de um vício na medida em que a Comissão não indicou, na [comunicação de acusações], qual a sua qualificação provisória da gravidade da infracção cometida», não tendo esclarecido se, segundo ela, estava em causa uma infracção «grave» ou «muito grave» na acepção das Orientações [28]. Além disso, o Tribunal observou que o referido vício não implicava a anulação da decisão recorrida pois não ficou provado que, caso este vício não existisse, a recorrente, na sua resposta à comunicação de acusações e para minimizar a gravidade da infracção cometida, teria apresentado argumentos sensivelmente diferentes dos que efectivamente constam da referida resposta [29].

34. Pela minha parte, pergunto-me se não será mais correcta uma abordagem de algum modo inversa. Mais do que determinar, no início e de um modo abstracto, o âmbito das

23 — Já referidos na nota 12.
24 — Acórdão HFB e o./Comissão, já referido na nota 12 (n.º 316).
25 — Acórdão LR AF 1998/Comissão, já referido na nota 12 (n.º 204).
26 — Acórdãos HFB e o./Comissão (n.º 317) e LR AF 1998/Comissão (n.º 205), já referidos na nota 12.
27 — Já referido na nota 12.
28 — *Ibidem* (n.os 146, 151 e 153).
29 — *Ibidem* (n.os 154 a 159).

obrigações que recaem sobre a Comissão quanto ao conteúdo da comunicação de acusações, para depois verificar se a sua violação incidiu concretamente sobre os direitos de defesa, era certamente mais apropriado deduzir o âmbito daquelas obrigações da necessidade de os referidos direitos serem respeitados.

35. Se, como é frequentemente afirmado pela jurisprudência e recordado no n.º 435 do acórdão recorrido, «no que respeita à determinação do montante da coima, os direitos de defesa das empresas em causa, face à Comissão, são garantidos através da possibilidade de apresentarem observações sobre a duração, a gravidade e a possibilidade de prever o carácter anticoncorrencial da infracção» [30], as obrigações que recaem sobre a Comissão deveriam ser aquelas, e apenas essas, que se destinam a tornar essa possibilidade efectiva.

36. Neste sentido, parece-me que, desde que a Comissão indique na comunicação de acusações, como fez no caso vertente, que, na fixação da coima a aplicar a uma empresa, terá em conta, no âmbito da apreciação da gravidade da infracção, o papel desempenhado pela mesma nos acordos fraudulentos descritos na mesma comunicação, a empresa em questão está em condições de apresentar observações sobre as conclusões a tirar dos factos mencionados pela Comissão, quanto ao papel que desempenhou, deduzindo, por exemplo, que aqueles factos não denotam que esse papel foi activo ou até o de um líder.

37. Sou, pois, de opinião que o Tribunal não cometeu um erro de direito ao concluir que a Comissão não tinha a obrigação de indicar, na comunicação de acusações, que podia considerar a ADM líder do cartel em questão.

38. Já no que respeita à segunda parte do presente fundamento, relativa à não indicação, na comunicação de acusações, de factos indicados na decisão controvertida como fundamento da atribuição à ADM da qualidade de líder do cartel, considero que os argumentos da recorrente devem ser parcialmente acolhidos.

39. Os factos que a recorrente refere no âmbito desta parte do fundamento são as circunstâncias apresentadas nos considerandos 265 e 266 da decisão controvertida e que figuravam no relatório do FBI e na declaração escrita da Cerestar. Segundo o relatório do FBI, um representante da ADM idealizou os mecanismos do acordo «G-4/5», teve um papel bastante activo na reunião de 6 de Março de 1991, em Basileia, onde foi formulado o acordo sobre o ácido cítrico, era considerado como «o velho sábio» e era alcunhado de «o Pregador» por um representante da Jungbunzlauer (considerando 265). Segundo a declaração escrita da Cerestar, um

30 — Esta afirmação, que se encontra em diversos outros acórdãos do Tribunal de Primeira Instância (de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão [T-83/91, Colect., p. II-755, n.º 235]; HFB e o./Comissão, n.º 312, e LR AF 1998/Comissão, n.º 200, já referidos na nota 12; de 15 de Junho de 2005, Tokai Carbon e o./Comissão [T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, não publicado na Colectânea, n.º 140]; de 25 de Outubro de 2005, Groupe Danone/Comissão [T-38/02, Colect, p. II-4407, n.º 51], e de 15 de Março de 2006, BASF/Comissão [T-15/02, Colect., p. II-497, n.º 49]), foi validada pelo Tribunal de Justiça no acórdão SGL Carbon/Comissão, já referido na nota 22 (n.º57).

outro representante da ADM desempenhava um papel de liderança e presidia às reuniões denominadas «Sherpa» (que intervinham a nível técnico, contrapostas às reuniões denominadas «Masters», realizadas a mais alto nível), preparando os temas e fazendo as propostas de listas de preços a acordar (considerando 266). A Comissão considerou estas circunstâncias como elementos suplementares suficientes para concluir «que a ADM era um dos líderes do cartel», depois de ter declarado que «o facto de se ter realizado uma ronda de reuniões bilaterais entre a ADM e os seus concorrentes pouco tempo antes da primeira reunião multilateral do cartel não é suficiente para provar que a ADM era a instigadora do cartel» (considerando 264). As referidas circunstâncias factuais são assim decisivas para efeitos da atribuição à recorrente da qualidade de líder do cartel.

40. Pode considerar-se infundada a alegação relativa a falta de fundamentação do acórdão recorrido no que respeita ao argumento da recorrente baseado na falta de indicação daquelas circunstâncias na comunicação de acusações. Embora o Tribunal não tenha ilustrado muito claramente as razões pelas quais a referida omissão, em sua opinião, não implicava uma violação dos direitos de defesa da ADM, pode considerar-se que as referidas razões decorrem implicitamente do n.º 439 do acórdão recorrido. É certo que o referido número se reporta principalmente ao outro argumento, que foi rejeitado, com que a recorrente lamentou não ter podido pronunciar-se durante o procedimento administrativo sobre a utilização do relatório do FBI e da declaração escrita da Cerestar como provas. Todavia, o alcance daquele ponto é mais vasto, como decorre da expressão «incluindo no que se refere à sua utilização como elemento de prova», na medida em que o Tribunal parece considerar que o facto de a Comissão ter invocado os dois documentos referidos na comunicação de acusações era suficiente para permitir às partes tomarem posição não só sobre a sua utilização como prova mas também sobre as circunstâncias factuais que aí eram descritas.

41. Por outro lado, sou, porém, de opinião que tal apreciação do Tribunal, na medida em que considerou que não era necessário apresentar, na comunicação de acusações, as circunstâncias factuais referidas nos considerandos 265 e 266 da decisão controvertida, é juridicamente errada.

42. Com efeito, em minha opinião, o respeito dos direitos de defesa exige que, na comunicação de acusações, sejam, pelo menos, revelados à empresa destinatária tanto o material factual como o correspondente material probatório sobre o qual a Comissão entende basear as suas apreciações na decisão final [31].

43. Segundo o Tribunal de Justiça, «[o] respeito dos direitos de defesa exige que a empresa em causa tenha podido, durante o procedimento administrativo, dar a conhecer

31 — Sobre o assunto, v. acórdão de 25 de Outubro de 1983, AEG-Telefunken/Comissão (107/82, Recueil, p. 3151), segundo o qual a Comissão não podia tomar em consideração na decisão final, na medida em que não era mencionado na comunicação de acusações, nem determinadas circunstâncias particulares (v. n.os 21 e 28) nem determinados documentos (v. n.os 21 e 27).

utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados, bem como sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infracção» [32].

44. O ónus, para a Comissão, de comunicação prévia às empresas do material factual e do correspondente material probatório que pretende utilizar na decisão final, assim declarado no que respeita à constatação da infracção, deve, em minha opinião, ser igualmente válido no que respeita à determinação do *an* e do *quantum* da coima [33].

45. O caso vertente caracteriza-se, em particular, pelo facto de a conclusão da Comissão relativa ao papel de líder da ADM se fundar, o que é pacífico, em circunstâncias factuais (referidas nos considerandos 265 e 266 da decisão controvertida) não mencionadas na comunicação de acusações, mas demonstradas por documentos que, como sublinhou a Comissão, não só estavam juntos à mesma comunicação como também eram nela mencionados, ou seja, como prova dos factos por ela narrados.

46. Deve considerar-se que o facto de as referidas circunstâncias resultarem daqueles documentos, que a comunicação de acusações especificava terem sido utilizados como prova, era susceptível de permitir à ADM tomar posição sobre a realidade e a importância dessas mesmas circunstâncias?

47. A recorrente propõe que se tome por referência o acórdão do Tribunal Shell/ /Comissão [34], do qual resulta, em particular, que:

— documentos anexos à comunicação de acusações mas nela não mencionados podem ser tidos em conta na decisão que recai sobre a empresa destinatária apenas se esta última, partindo daquela comunicação, pudesse razoavelmente deduzir as conclusões que a Comissão deles pretendia retirar [35];

32 — Acórdão de 25 de Janeiro de 2007, Dalmine/Comissão (C-407/04 P, Colect., p. I-829, n.º 44, e jurisprudência aí indicada).

33 — No acórdão de 14 de Julho de 2005, ThyssenKrupp/Comissão (C-65/02 P e C-73/02 P, Colect., p. I-6773, n.º 92), o Tribunal de Justiça retoma a fórmula jurisprudencial referida no n.º 43 das presentes conclusões, utilizando, no entanto, termos que parecem ampliar o seu alcance: «[o Tribunal de Primeira Instância] recordou, com razão, que o respeito efectivo por este princípio exige que a empresa em causa tenha tido a possibilidade, desde a fase do procedimento administrativo, de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a relevância dos factos e circunstâncias *alegados* [...] *pela Comissão em apoio das suas alegações*» (sublinhado meu).

34 — Já referido na nota 13.

35 — *Ibidem*, n.º 56. No mesmo sentido, v. também acórdãos de 10 de Março de 1992, ICI/Comissão (T-13/89, Colect., p. II-1021, n.º 35); de 15 de Março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão (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, n.º 323) e de 30 de Setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão (T-191/98 e T-212/98 a T-214/98, Colect., p. II-3275, n.º 162).

— documentos anexos à comunicação de acusações e nela mencionados em apoio de uma determinada acusação podem ser utilizados na decisão em apoio de uma acusação distinta contra a mesma empresa apenas se esta pudesse com toda a probabilidade deduzir da comunicação de acusações e do conteúdo dos documentos as conclusões que a Comissão deles pretendia retirar [36].

48. Tais critérios podem ser partilhados, na medida em que permitem uma conjugação equilibrada entre exigências relativas à defesa das empresas e exigências relativas à eficaz tramitação da acção administrativa da Comissão. Aliás, os documentos invocados na comunicação de acusações podem ser (e são frequentemente) muito numerosos ou volumosos, pelo que, como adequadamente sustenta a recorrente, não é pensável atribuir às empresas destinatárias das comunicações o ónus de retirar destes qualquer elemento que, em abstracto, possa ser interpretado como elemento em seu desfavor e de contestar a sua materialidade ou significado.

49. Um critério análogo aos retirados do acórdão Shell/Comissão deveria, em minha opinião, poder aplicar-se também na situação, que ocorre no presente caso, em que os documentos anexos à comunicação de acusações e nela mencionados são utilizados na decisão final como provas de circunstâncias factuais distintas das apresentadas na referida comunicação. Tal utilização deveria ser permitida apenas se se verificar que a empresa interessada podia deduzir, *partindo da comunicação de acusações* e à luz do conteúdo desses documentos, as conclusões *de facto* que a Comissão pretendia deduzir destes últimos.

50. Considero, pois, que o Tribunal incorreu num erro de direito quando, omitindo tal tipo de verificação, considerou que o mero facto de o relatório do FBI e de a declaração escrita da Cerestar terem sido juntos à comunicação de acusações permitia à Comissão imputar à ADM, na decisão final, as circunstâncias de facto referidas nos considerandos 265 e 266 dessa decisão.

51. Em minha opinião, tal erro de direito não pode ser sanado através de uma substituição de fundamentos [37], a qual é admissível apenas quando os fundamentos juridicamente errados podem ser substituídos por fundamentos puramente jurídicos [38]. Ora, a realização da referida verificação, destinada a determinar se a ADM podia deduzir da comunicação de acusações e do conteúdo dos dois documentos em questão que a Comissão pretendia imputar-lhe as circunstâncias factuais supramencionadas, implica uma apreciação dos factos que o Tribunal de

36 — Acórdão Shell/Comissão, já referido na nota 13 (n.º 62).

37 — Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora os fundamentos de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância revelem uma violação do direito comunitário, se a sua parte decisória se mostrar fundada por diferentes razões jurídicas, deve ser negado provimento ao recurso dele interposto (v., nomeadamente, acórdãos de 9 de Junho de 1992, Lestelle/Comissão, C-30/91 P, Colect., p. I-3755, n.º 28, de 15 de Dezembro de 1994, Finsider/Comissão, C-320/92 P, Colect., p. 5697, n.º 37, e de 13 de Julho de 2000, Salzgitter/Comissão, C-210/98 P, Colect., p. I-5843, n.º 58).

38 — V., para além da jurisprudência referida na nota anterior, de modo mais explícito, as conclusões do advogado-geral Léger no processo Ojha/Comissão, cujo acórdão foi proferido a 12 de Novembro de 1996 (C-294/95 P, Colect., p. I-5863, n.º 179), bem como as minhas conclusões, de 11 de Janeiro de 2007, no processo Holcim (Deutschland)/Comissão, cujo acórdão foi proferido a 19 de Abril de 2007 (C-282/05 P, Colect., p. I-2941, n.º 123).

Justiça não pode efectuar em sede de apreciação do recurso. O acórdão recorrido deveria, pois, em minha opinião, ser anulado quanto ao aspecto mencionado no número anterior, sem que, para esse efeito, devam ser tidos em consideração os argumentos da recorrente invocados no n.º 20, alíneas a) a c), *supra* ou os da Comissão, invocados no n.º 23 *supra*, que só são relevantes no âmbito da realização da verificação referida.

C — *Quanto ao recurso da decisão controvertida: apreciação da existência de uma violação dos direitos de defesa no que respeita à atribuição à recorrente da qualidade de líder do cartel*

52. Para efeitos da análise, na parte pertinente, do fundamento do recurso de primeira instância relativo à violação dos direitos de defesa da recorrente quanto à questão da liderança do cartel, cumpre verificar, como antes referi, se a recorrente podia razoavelmente deduzir, a partir da comunicação de acusações e tendo em conta o conteúdo dos documentos anexos à mesma comunicação, que a Comissão pretendia imputar-lhe os factos mencionados nos considerandos 265 e 266 da decisão controvertida como elementos indiciadores da sua qualidade de líder do cartel.

53. Ora, parece-me precisamente que não se pode responder afirmativamente a tal questão. Como adequadamente sublinha a recorrente, a comunicação de acusações indicava, no n.º 161, que, na avaliação da gravidade da infracção, a Comissão teve em conta os «factos como acima descritos e apreciados» e, no n.º 162, que, na determinação da coima a aplicar a cada empresa, teve em conta, designadamente, o papel desempenhado por cada uma nos acordos fraudulentos «como acima descrito». Os factos indicados nos considerandos 265 e 266 da decisão controvertida não são descritos nem nos n.os 63, 71, 84, 85, 93, 94 e 104, que a Comissão refere na sua contestação, nem em outros pontos da comunicação de acusações. Por outro lado, embora o n.º 50 da comunicação de acusações referisse que a Comissão pretendia utilizar como prova, entre outros documentos, o relatório do FBI e a declaração escrita da Cerestar, todavia fazia-se referência à prova dos «factos apresentados na secção C» da mesma comunicação [39].

54. Quanto ao facto, sublinhado pela Comissão, de, na sua resposta à comunicação de acusações, a recorrente se ter referido aos dois referidos documentos e até se ter baseado no relatório do FBI para excluir que o seu papel no cartel fosse o de um líder ou de um instigador, não pode certamente significar que a recorrente compreendia ou devia compreender que lhe eram imputadas as circunstâncias referidas nos considerandos 265 e 266 da decisão controvertida.

39 — A tradução dos referidos pontos da comunicação de acusações, redigida em língua inglesa, é minha.

55. Não vejo, pois, como se pode razoavelmente considerar que o teor da comunicação de acusações, ainda que considerado à luz dos documentos que lhe foram juntos, era susceptível de permitir à recorrente concluir que lhe eram imputadas essas mesmas circunstâncias.

56. O fundamento do recurso de primeira instância baseado na violação dos direitos de defesa da recorrente deveria, pois, em minha opinião, ser acolhido no sentido supra descrito.

57. Ao apreciar se a ADM desempenhou um papel de líder do cartel do ácido cítrico, não se pode, portanto, ter em conta as circunstâncias de facto referidas nos considerados 265 e 266 da decisão controvertida, as quais, no entanto, como referi no n.º 39 *supra*, foram decisivas para efeitos do reconhecimento daquele papel por parte da Comissão, conforme ela própria admitiu. Para além disso, acrescento que também não decorre claramente da decisão controvertida se, entre os elementos e que a Comissão assentou esse reconhecimento, está também o ciclo de encontros bilaterais entre a ADM e os seus concorrentes realizado pouco antes da primeira reunião multilateral do cartel, referida no considerando 263 daquela decisão. A seguir, no considerando 264, a Comissão considerou que tais reuniões bilaterais sugeriam em larga medida que a ADM era a *instigadora* do cartel, muito embora fosse uma forte indicação de que assim acontecia. Contudo, a Comissão acrescentou que estava na posse de «elementos adicionais suficientes para concluir que a ADM era um dos *líderes* do cartel» [40].

40 — Sublinhado meu.

58. Ora, como sugere o mesmo n.º 2 das Orientações, relativo às circunstâncias agravantes, cumpre distinguir o «líder (…) da infracção», que tem que ver com o funcionamento do cartel, do «instigador da infracção», que tem que ver com o momento da fundação ou do alargamento do cartel [41]. Por isso, indícios acerca do papel de instigador eventualmente desempenhado por uma empresa não podem constituir prova do papel de líder desempenhado pela mesma. Os encontros bilaterais em apreço não assumem, pois, relevo para efeitos da qualificação da ADM como líder do cartel.

59. A Comissão não invocou, seja no Tribunal de Primeira Instância seja no Tribunal de Justiça, outras circunstâncias relevantes para efeitos de tal qualificação que o juiz comunitário pudesse tomar em consideração ao abrigo da sua competência jurisdicional também de mérito em matéria de coimas.

60. Por conseguinte, não estando preenchidos os pressupostos para se poder considerar que a ADM desempenhou um papel de líder no cartel, o agravamento de 35% do

41 — O Tribunal de Primeira Instância manifestou-se nesse sentido no acórdão BASF/Comissão, já referido na nota 30 (n.º 316), acrescentando que «na ocasião da apreciação do papel desempenhado pela recorrente nas infracções do caso em apreço, há que distinguir a noção de líder da infracção da de instigador, e efectuar as duas análises separadamente para verificar se a recorrente desempenhou um ou outro papel».

montante de base da coima, aplicado pela Comissão à recorrente a título de circunstância agravante, deveria ser anulado.

61. Passo agora a analisar os quatro fundamentos seguintes de impugnação, também relativos à questão da liderança do cartel, independentemente das conclusões a que cheguei nos números anteriores, tendo em conta o interesse de algumas questões que os referidos fundamentos suscitam e para o caso de o Tribunal de Justiça, contrariamente ao que sugeri, dever considerar improcedente o fundamento de anulação acima analisado.

D — *Quanto ao segundo fundamento de anulação, relativo à violação das garantias processuais em consequência da utilização do relatório do FBI como prova da liderança do cartel pela recorrente*

1. Considerações do Tribunal

62. Perante o Tribunal, a recorrente alegou que a Comissão cometeu um erro de direito ao fundar a sua conclusão sobre o papel de líder da ADM em alguns excertos do relatório do FBI. Segundo a recorrente, o referido relatório não deveria ter sido utilizado pela Comissão como prova da liderança do cartel pela recorrente. A este propósito, invocou razões de ordem processual e razões atinentes à fiabilidade do documento. Quanto ao primeiro aspecto, a recorrente sublinhou, em particular, que tinha sido redigido pelas autoridades de um país terceiro no âmbito de um inquérito em que não eram aplicáveis as garantias processuais oferecidas pelo direito comunitário; que o relatório das declarações do antigo representante da ADM constante do referido relatório não foi analisado, aprovado e subscrito por este ou pelo seu advogado; que, quanto às declarações constantes daquele documento, a recorrente não teve a oportunidade de exercer, perante a Comissão, o seu direito, de fonte comunitária, de se opor à auto-incriminação; que as autoridades antitrust dos Estados Unidos tinham afirmado expressamente que as declarações proferidas pelo antigo representante da ADM não seriam divulgadas a não ser no âmbito de processos intentados pelas autoridades dos Estados Unidos, excepto por ordem judicial. Quanto ao segundo aspecto, a recorrente alegou que o relatório do FBI, pela sua própria natureza, por contradições internas e por contraste com outros elementos probatórios, não era fidedigno.

63. No acórdão recorrido, o Tribunal rejeitou tanto as alegações de ordem processual, com as considerações constantes dos n.os 261 a 270 do acórdão, como às relativas à justeza da apreciação efectuada pela Comissão sobre o conteúdo daquele relatório.

64. Com o presente fundamento de anulação, apenas são criticadas as considerações constantes dos n.os 261 a 270 do acórdão recorrido.

65. Neles, o Tribunal, antes de mais, considerou «pacífico que nenhuma disposição proíbe a Comissão de se basear, enquanto elemento de prova que possa servir para demonstrar uma infracção aos artigos 81° CE e 82° CE e para fixar uma coima, num documento que, como no caso em apreço o relatório do FBI, foi elaborado no âmbito de um procedimento que não o instaurado pela própria Comissão» [42].

66. Depois de recordar que a jurisprudência comunitária, a partir do acórdão Orkem/Comissão [43], reconheceu o direito de uma empresa não ser coagida pela Comissão, ao abrigo do artigo 11° do Regulamento n.º 17, a confessar a sua participação numa infracção, o Tribunal sublinhou que a situação fáctica do caso em apreço é diferente da que foi objecto de análise na referida jurisprudência [44] e que se caracteriza pelo facto de a Comissão ter enviado às empresas pedidos de informação.

67. Do mesmo modo, o Tribunal considerou que «quando, como no caso em apreço, a Comissão se baseia, no âmbito da livre apreciação dos elementos de prova de que dispõe, numa declaração feita num contexto diferente do do procedimento instaurado na Comissão, e quando esta declaração comporta potencialmente informações que a empresa em causa tinha o direito de recusar fornecer à Comissão ao abrigo da jurisprudência Orkem/Comissão (…), esta última é obrigada a garantir à empresa em causa direitos processuais equivalentes aos conferidos pela referida jurisprudência» [45].

68. Segundo o Tribunal, «[o] respeito destas garantias processuais implica que, num contexto como o do caso em apreço, a Comissão é obrigada a examinar oficiosamente se, à primeira vista, há dúvidas sérias quanto ao respeito dos direitos processuais das partes em causa no âmbito do processo em que estas prestaram essas declarações. Se não existirem tais dúvidas sérias, os direitos processuais das partes em causa devem ser considerados suficientemente garantidos se, na comunicação de acusações, a Comissão referir claramente, eventualmente juntando os documentos em causa a essa comunicação, que pretende basear-se nas declarações em causa. Desta forma, a Comissão permite às partes em causa tomar posição em relação não apenas ao conteúdo destas declarações mas também a eventuais irregularidades ou a circunstâncias particulares que tenham acompanhado a sua elaboração ou a sua apresentação à Comissão» [46].

69. Aplicando esses critérios ao caso em apreço, o Tribunal, em primeiro lugar, observou que «o relatório do FBI foi subme-

42 — Acórdão recorrido, n.º 261.
43 — Acórdão de 18 de Outubro de 1989 (374/87, Colect., p. 3238).
44 — Acórdão recorrido, n.os 262 e 263.
45 — Acórdão recorrido, n.º 264.
46 — Acórdão recorrido, n.º 265.

tido à Comissão por um concorrente da ADM, a Bayer, que também tinha feito parte do acordo (…), e que a ADM não alegou que este documento tinha sido obtido de forma ilegal pela Bayer ou pela Comissão» [47].

70. Em segundo lugar, observou que «o relatório do FBI constitui um documento elaborado pela autoridade competente dos Estados Unidos para perseguir cartéis secretos, que foi apresentado aos tribunais americanos no processo de que era objecto o mesmo acordo» e que «não comportava qualquer sinal exterior que devesse ter incitado, oficiosamente, a Comissão a ter dúvidas quanto ao seu valor probatório» [48].

71. Em terceiro lugar, o Tribunal recordou que, na comunicação de acusações, a Comissão manifestou a sua intenção de se basear nesse relatório, anexo à referida comunicação, permitindo, assim, à ADM «tomar posição em relação não apenas ao conteúdo desse documento mas também a eventuais irregularidades ou a circunstâncias particulares que tenham acompanhado quer a sua elaboração (…), quer a sua produção na Comissão, irregularidades ou circunstâncias em razão das quais, segundo a ADM, a Comissão não se podia basear nesse documento sem violar os direitos processuais garantidos pelo direito comunitário» [49].

72. O Tribunal observou ainda que a ADM não formulou nenhuma crítica na sua resposta à comunicação de acusações quanto ao facto de esse documento ter sido tido em conta pela Comissão, antes se tendo baseado expressamente nesse documento para apresentar os seus argumentos. Acrescentou que a ADM nem sequer alegou ter, em qualquer momento do procedimento administrativo, chamado a atenção da Comissão para a falta de fiabilidade do relatório do FBI ou pedido à Comissão para interrogar o antigo representante da ADM quanto à veracidade das afirmações contidas nesse relatório [50].

73. O Tribunal concluiu, pois, que, «[n]esta situação», a Comissão não violou os direitos processuais garantidos pelo direito comunitário ao basear-se no relatório do FBI, no âmbito da «sua livre apreciação das provas de que dispunha» [51].

2. Argumentos das partes

74. A recorrente, fundando-se nos acórdãos Banca Espanhola [52] e Otto [53], alega que a Comissão, num processo por infracção nos termos do artigo 81.º CE, não pode utilizar como provas informações obtidas e utilizadas, ainda que legalmente, por autoridades públicas no âmbito de outros processos. O relatório do FBI foi preparado num quadro legal inteiramente distinto daquele em que se

47 — Acórdão recorrido, n.º 266.
48 — Acórdão recorrido, n.º 267.
49 — Acórdão recorrido, n.º 268.
50 — Acórdão recorrido, n.º 269.
51 — Acórdão recorrido, n.º 270.
52 — Acórdão de 16 de Julho de 1992, Asociación Española de Banca Privada e o. (C-67/91, Colect., p. I-4785).
53 — Acórdão de 10 de Novembro de 1993 (C-60/92, Colect., p. I-5683).

move a Comissão, com aplicação de garantias processuais distintas das conferidas pelo direito comunitário. Observa que nem o antigo representante da ADM nem o seu advogado tiveram a possibilidade de ler, aprovar ou subscrever o referido relatório. Além disso, sublinha que este último devia permanecer confidencial, como resulta da sua primeira página, e servir apenas no âmbito de processos nos Estados Unidos, como decorria do compromisso escrito assumido nesse sentido pelas autoridades antitrust dos Estados Unidos numa carta de 13 de Junho de 1997, junta aos autos do processo de primeira instância [54].

75. No que especificamente respeita à garantia constituída pelo direito de as empresas se oporem à auto-incriminação, como se reconhece no acórdão Orkem/ /Comissão [55], a recorrente alega que se deduz do referido acórdão Otto [56] que aquele direito é violado pela Comissão quando utiliza como prova informações que, obtidas noutros processos mediante o exercício de poderes coercivos, não teria podido obter directamente, por efeito daquele direito, mediante o exercício dos seus próprios poderes coercivos [57].

76. Ora, os critérios expostos pelo Tribunal no n.º 265 do acórdão recorrido (v. n.º 68 *supra*) estavam em contradição com as referidas regras que a recorrente retira da jurisprudência comunitária. Além disso, o respeito das garantias processuais conferidas às empresas pelo direito comunitário, em particular pelo direito de se oporem à auto-incriminação, impunha-se, em qualquer caso, à Comissão, mesmo que não existisse um pedido nesse sentido da empresa interessada, sem que possam pesar em sentido contrário a inexistência de dúvidas sérias acerca do respeito dos direitos processuais no âmbito do processo «externo» em que as informações foram obtidas ou do facto de o documento que as contém ter sido junto pela Comissão à comunicação de acusações. Também não são relevantes outras circunstâncias que o Tribunal valorizou na sua análise, de resto — segundo a recorrente — sem coerência com os referidos critérios que acolheu, como o facto de o mesmo documento ter eventualmente sido obtido e transmitido legalmente à Comissão por uma empresa terceira, ter sido redigido pela autoridade competente dos Estados Unidos, ou, o que não ocorreu, ter valor probatório e sido apresentado perante tribunais dos Estados Unidos no âmbito de um processo relativo ao cartel do ácido cítrico.

77. No âmbito destas alegações, a recorrente alega também que o Tribunal, ao considerar, no n.º 229 do acórdão recorrido as declarações relatadas no relatório do FBI como prestadas durante um «interrogatório pelo 'grand jury'» e no n.º 267 do mesmo acórdão, que o referido relatório «foi apresentado aos tribunais americanos no processo de que era objecto o mesmo acordo [sobre o ácido cítrico]», procedeu a um apuramento dos factos viciada por inexactidões materiais resultantes dos documentos do processo, como tal criticáveis em sede de impugnação. Com efeito, por um lado, decorria do mesmo relatório do FBI que o antigo representante da ADM foi ouvido não por um «grand jury», mas por procuradores da divisão antitrust do Ministério da Justiça dos Estados Unidos e por um agente do FBI; por outro, não existiu

54 — V. petição, n.os 42 e 44, *in fine*.
55 — Já referido na nota 43.
56 — Já referido na nota 53.
57 — V. petição, n.os 41 e 43.

qualquer processo nos tribunais dos Estados Unidos relativo ao acordo do ácido cítrico, tendo todas as empresas envolvidas no cartel celebrado «plea agreements» (transacções judiciais).

78. A recorrente acusa também o Tribunal de uma «desvirtuação das provas», quando conclui que a Comissão não podia ter dúvidas sérias, à primeira vista, acerca do respeito dos direitos processuais. Segundo a recorrente, algumas circunstâncias do caso vertente, resultantes do relatório do FBI, depunham claramente no sentido da aplicabilidade da jurisprudência iniciada pelo acórdão Orkem/Comissão, aplicabilidade essa que a Comissão devia ter considerado oficiosamente.

79. Finalmente, a recorrente critica o acórdão recorrido na parte em que afirma que a não contestação, pela ADM, na sua resposta à comunicação de acusações, da admissibilidade do relatório do FBI como prova é susceptível de «justificar uma violação dos direitos fundamentais» e implica a prescrição do direito da ADM de submeter a referida contestação ao órgão jurisdicional comunitário.

80. A Comissão entende que o presente fundamento de anulação é improcedente em todos os aspectos.

81. Alega, antes de mais, que o Tribunal considerou correctamente que a protecção garantida pelo acórdão Orkem/Comissão devia, no caso em análise, ser adaptada às circunstâncias específicas do mesmo, tendo em conta o facto de a Comissão ter recebido o relatório do FBI de uma empresa terceira e não o ter pedido directamente à ADM. Nas referidas circunstâncias, na opinião da Comissão, incumbia à própria instituição verificar se a utilização do documento, por si, podia lesar os direitos processuais da recorrente. O melhor modo de o fazer foi, como entendeu o Tribunal, dar à recorrente a possibilidade de manifestar o seu próprio ponto de vista sobre a utilização do documento, coisa que a Comissão tinha pontualmente feito, citando o documento na comunicação de acusações e juntando-o à mesma.

82. Na audiência, o agente da Comissão observou que o direito reconhecido pelo acórdão Orkem/Comissão é renunciável e a empresa é livre de exercê-lo ou não, e que a ADM, embora tendo tido a possibilidade de o fazer, não colocou objecções à utilização do relatório do FBI no decurso do procedimento administrativo perante a Comissão. O referido agente acrescentou que os direitos de defesa foram respeitados pelas autoridades dos Estados Unidos que procederam à recolha das declarações do antigo representante da

ADM e que, em particular, nos Estados Unidos, as empresas, diversamente das pessoas singulares, não dispõem do direito ao silêncio garantido pela quinta emenda da Constituição americana.

83. A Comissão salienta que, se fosse acolhida a alegação da recorrente quanto ao modo como o Tribunal adaptou a protecção oferecida pelo acórdão Orkem/Comissão às circunstâncias do presente caso, chegar-se-ia ao resultado «aberrante» de excluir automaticamente a possibilidade de utilização de quaisquer documentos contendo declarações de uma empresa que tenha sido transmitido por outra empresa.

84. Além disso, a Comissão considera que, contrariamente ao alegado pela recorrente (v. n.º 76 *supra*), todos os elementos de apreciação utilizados pelo Tribunal são pertinentes enquanto necessários a uma aplicação da regra consagrada no acórdão Orkem/ /Comissão que se adaptasse ao caso vertente.

85. Quanto à alegada desvirtuação das provas, a Comissão considera difícil compreender o sentido de tal alegação e de que modo esta, ainda que pudesse ser compartilhada, era susceptível de demonstrar a ilegalidade do acórdão recorrido. Em seguida, considera absurda a alegação mencionada no n.º 79 *supra*, por entender que só teria existido violação dos direitos fundamentais da recorrente se esta não tivesse sido avisada da intenção da Comissão de utilizar o relatório do FBI e posta em condições de apresentar observações sobre a utilização de tal documento. Todavia, como observou o Tribunal, a Comissão, com a comunicação de acusações, avisou devidamente a recorrente daquela intenção, dando-lhe a possibilidade de contestar a utilização do relatório do FBI.

3. Apreciação

a) Interpretação do acórdão recorrido

86. O raciocínio do Tribunal constante dos n.os 261 a 270 do acórdão recorrido não é nítido em todas as suas partes.

87. O ponto de partida desse raciocínio é, todavia, claro e corresponde substancialmente às seguintes asserções: em princípio, não é proibido à Comissão utilizar como prova, num processo por infracção aos artigos 81.º e 82.º CE, um documento elaborado no âmbito de um processo que não o instaurado pela própria Comissão [58].

58 — Acórdão recorrido, n.º 261.

88. O segundo nível do raciocínio corresponde substancialmente à seguinte asserção: quando a Comissão utiliza como prova uma declaração feita num contexto diferente do do procedimento por ela instaurado, é obrigada a garantir à empresa em causa «direitos processuais equivalentes» aos de que esta dispõe por força do direito comunitário no âmbito do procedimento por ela instaurado [59]. Esta asserção, embora seja em si mesma clara, deve, todavia, ser esclarecida à luz das observações que o Tribunal apresenta quando descreve o modo como a Comissão deve cumprir esta obrigação.

89. A este propósito, o Tribunal refere que a Comissão, num primeiro momento, é obrigada a «examinar oficiosamente se, à primeira vista, há dúvidas sérias quanto ao respeito dos direitos processuais das partes em causa no âmbito do processo em que estas prestaram essas declarações» [60].

90. Ora, esta passagem, em aparente contradição com a premissa relativa ao necessário respeito de direitos equivalentes aos conferidos pelo direito comunitário [61] e com as referências ulteriores ao respeito dos «direitos processuais garantidos pelo direito comunitário» [62] parece referir-se ao respeito dos direitos processuais invocáveis naquele procedimento, isto é, no caso em apreço, aos previstos pela legislação dos Estados Unidos no que respeita aos inquéritos realizados pelas autoridades antitrust americanas. Parecem, vagamente, orientar-se neste sentido também as referências feitas pelo Tribunal a «eventuais irregularidades» relativas à elaboração ou à apresentação do relatório do FBI à Comissão [63], irregularidades cuja existência terá que ser apreciada com base no direito dos Estados Unidos, bem como a referência, no âmbito da que parece ser a aplicação ao caso em apreço daquele primeiro critério da verificação *prima facie* da ausência de dúvidas sérias acerca do respeito dos direitos processuais (v. n.º 70 *supra*), a questões de direito americano, como a da competência da autoridade que redigiu o relatório em questão.

91. Ainda que se possa notar uma insuficiência ou contradição na fundamentação do acórdão quanto ao aspecto em análise, considero que se pode porém razoavelmente interpretar essa fundamentação, para além da infeliz formulação de algumas das suas partes, no sentido de que:

a) a possibilidade de serem utilizadas declarações prestadas num processo «alheio» como prova num processo instaurado pela Comissão pressupõe, por um lado, que tenham sido respeitadas as garantias processuais previstas no ordenamento estrangeiro em relação à obtenção

59 — *Ibidem*, n.º 264.
60 — *Ibidem*, n.º 265.
61 — *Ibidem*, n.º 264.
62 — *Ibidem*, n.ºs 268 e 270.
63 — *Ibidem*, n.ºs 265 e 268.

dessas declarações *e,* por outro, que as regras seguidas na obtenção das mesmas pelas autoridades estrangeiras sejam compatíveis com os direitos processuais conferidos pelo ordenamento comunitário;

b) antes de utilizar tais declarações como prova num seu procedimento, a Comissão tem a obrigação de verificar se existem sérias dúvidas *tanto* sobre o respeito, no âmbito do processo estrangeiro, dos direitos processuais conferidos à parte interessada pelo ordenamento estrangeiro *como* sobre a compatibilidade das normas utilizadas naquele procedimento para a obtenção das declarações em questão com os direitos processuais conferidos pelo ordenamento comunitário.

92. O Tribunal refere depois que a Comissão, não tendo dúvidas sérias quanto ao respeito dos «direitos processuais», deve referir, na comunicação de acusações, que pretende utilizar as declarações prestadas no processo estrangeiro [64].

93. Sobre o assunto, tendo em conta o teor literal do n.º 265 do acórdão recorrido, o Tribunal parece considerar que o cumprimento de tal obrigação é, por si só, suficiente para garantir a tutela daqueles direitos. Tal conclusão seria, em minha opinião, claramente incorrecta. Com efeito, parece óbvio que dar à empresa interessada a possibilidade de contestar, por ser lesiva dos seus direitos processuais, a utilização do documento que contém aquelas declarações não pode bastar para excluir que a referida utilização possa lesar aqueles direitos. Será também necessário, caso a empresa efectivamente o conteste, que a Comissão tome em consideração uma contestação e avalie a sua procedência com uma argumentação juridicamente correcta.

94. O que o Tribunal, na realidade, parece querer dizer é que, na falta de contestação por parte da empresa interessada quanto à utilização como prova, no processo que a Comissão instaurou, de declarações proferidas num processo distinto, a Comissão está autorizada a considerar que a referida utilização não é lesiva dos direitos processuais de que a empresa é titular.

b) Quanto à justeza dos critérios de análise adoptados no acórdão recorrido

95. Passo, pois, a analisar, à luz dos argumentos apresentados pelas partes, a conformidade com o direito comunitário dos critérios seguidos pelo Tribunal no seu raciocínio, como especificados nos n.os 87 (inexistência de uma proibição geral de utilização pela Comissão de provas apresentadas no quadro de um processo distinto do que instaurou), 91, alínea a) (condição para tal

64 — Acórdão recorrido, n.º 265.

utilização correspondente ao respeito dos direitos processuais), bem como 91, alínea b), e 94 (regras que a Comissão deve observar para garantir o respeito daqueles direitos).

96. O tema abordado, relativo ao regime da prova nos processos por infracção aos artigos 81.º e 82.º CE e à circulação das provas entre processos e mesmo entre ordenamentos distintos, é de inquestionável delicadeza, exigindo, portanto, uma análise aprofundada.

i) Quanto à inexistência de uma proibição geral de utilização, pela Comissão, de provas apresentadas no contexto de um processo distinto do que ela própria instaurou

97. A recorrente questiona, antes de mais, a faculdade de a Comissão utilizar como prova, num processo por infracção ao artigo 81.º CE, informações obtidas no quadro de um processo distinto daquele que ela própria instaurou, invocando, para tanto, os acórdãos «Banca Espanhola» e Otto, já referidos.

98. No acórdão «Banca Espanhola» [65], o Tribunal de Justiça deduziu do artigo 214.º do Tratado CE (actual artigo 287.º CE, relativo ao segredo profissional) e do disposto no Regulamento n.º 17 que os Estados-Membros, no âmbito da competência que lhes é reconhecida para a aplicação das normas nacionais e comunitárias da concorrência, não podem utilizar, como meios de prova, nem as informações não publicadas contidas nas respostas aos pedidos de informação dirigidos às empresas ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, nem as informações contidas nos pedidos e notificações previstos nos artigos 2.º, 4.º e 5.º do mesmo regulamento. A invocação deste acórdão pela recorrente mostra-se, porém, pouco eficaz, a partir do momento em que é relativo (e considera proibida) à utilização de informações obtidas pela Comissão num seu processo ao abrigo do Regulamento n.º 17 como prova *num processo conduzido pelas autoridades nacionais de concorrência*, dado que não estava em questão no processo regulado por aquele acórdão a obtenção de informações como provas *no processo conduzido pela Comissão*, tema sobre que incide o presente fundamento de impugnação.

99. Quanto ao acórdão Otto [66], a proibição de utilização como prova pela Comissão, num seu processo, de determinadas declarações proferidas no âmbito de uma acção cível nacional não é concebida como uma proibição de carácter geral devida à separação entre os processos, mas decorre da necessidade de respeitar o direito da empresa a opor-se à auto-incriminação, como é reconhecido no acórdão Orkem/Comissão, com base no pressuposto da natureza auto-incriminatória daquelas declarações.

65 — Já referido na nota 52 (n.º 55).

66 — Já referido na nota 53 (n.º 20).

100. Indicações mais significativas em apoio da tese defendida pela recorrente poderiam retirar-se dos acórdãos Dow Benelux/Comissão [67] e PVC II [68] (a seguir «acórdãos PVC»), dos quais resulta que informações ou documentos obtidos pela Comissão num processo ao abrigo do Regulamento n.º 17 no âmbito de verificações efectuadas na acepção do artigo 14.º do mesmo regulamento não podem ser utilizados directamente como provas num segundo processo *instaurado pela própria Comissão nos termos do mesmo regulamento*.

101. Poder-se-ia argumentar que, se estes dois acórdãos sancionaram a obrigação da Comissão de utilizar como provas, num seu processo por infracção às normas de concorrência, informações que *ela mesma* admitiu num outro processo do mesmo tipo, por maioria de razão deveria considerar-se proibida à Comissão a utilização como prova, num seu processo, das informações obtidas por autoridades públicas de um país terceiro no âmbito de um processo desencadeado por estas por infracção às regras de concorrência daquele país.

102. Todavia, em minha opinião, este argumento *a fortiori* não pode ser acolhido.

103. Nos acórdãos PVC, o Tribunal de Justiça declarou que as informações recolhidas no decurso das diligências de instrução efectuadas nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 17 não devem ser utilizadas para outras finalidades que as indicadas no mandado para proceder às diligências de instrução ou na decisão de proceder a essas diligências e que essa exigência visa preservar, para além do segredo profissional, expressamente mencionado no artigo 20° do mesmo regulamento, o direito de defesa das empresas, que o artigo 14.º, n.º 3, deste último visa garantir. Segundo o Tribunal de Justiça, «[e]stes direitos ficariam gravemente comprometidos se a Comissão pudesse invocar em relação às empresas provas, obtidas no decurso de diligências de instrução, que fossem estranhas ao objecto ou à finalidade dessa instrução».

104. A proibição estabelecida pelos acórdãos PVC é, pois, instrumental à tutela de garantias, como a do sigilo profissional e a dos direitos de defesa, que, por efeito de regras de direito comunitário, são *inerentes à recolha de informações por parte da Comissão no processo por ela instaurado*, vinculando-a e aos seus funcionários e agentes quanto à utilização dessas informações. Sendo essa a *ratio* daquela proibição [69], não se pode deduzir automaticamente e *a fortiori* da mesma uma proibição geral de utilização como prova, por parte da Comissão, de informações obtidas num processo antitrust externo.

67 — Acórdão de 17 de Outubro de 1989 (85/87, Colect., p. 3137, n.os 17 a 19).

68 — Já referido na nota 14 (n.os 298 a 300 e 305).

69 — A mesma ratio tem, aliás, segundo o acórdão «Banca Espanhola», já referido na nota 52 *supra* (n.os 36 a 38 e 47 a 50), a proibição de utilizar como prova pelas autoridades nacionais de concorrência as informações obtidas pela Comissão por força do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 ou por ela recebidas nos pedidos e notificações previstos nos artigos 2.º, 4.º e 5.º do mesmo regulamento.

105. A inexistência, em direito comunitário, de uma proibição geral de utilização como prova, num processo instaurado pela Comissão por violação do artigo 81.º CE, de informações obtidas num processo instaurado por outras autoridades é confirmada pelo acórdão do Tribunal de Justiça Dalmine/ /Comissão [70].

106. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça, à semelhança do que fez o Tribunal de Primeira Instância [71], pronunciou-se no sentido da admissibilidade da utilização como prova, num processo promovido pela Comissão ao abrigo do Regulamento n.º 17, de actas de interrogatórios de antigos dirigentes de uma sociedade envolvida naquele processo, a Dalmine, efectuados pelo ministério público de um Estado-Membro, no âmbito de inquéritos penais.

107. Perante o Tribunal de Primeira Instância, a Dalmine acusou a Comissão de ter cometido uma grave violação das normas de processo ao utilizar declarações feitas no âmbito de um processo penal totalmente alheio às averiguações de que a instituição estava encarregada, tendo invocado, a este propósito, o acórdão «Banca Espanhola». O Tribunal rejeitou a alegação da Dalmine, sublinhando, quanto ao facto de o referido acórdão dizer respeito à utilização pelas autoridades nacionais de informações recolhidas pela Comissão ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 e de essa situação ser expressamente regulada pelo artigo 20.º do Regulamento n.º 17, que «a legalidade da transmissão pela Comissão de [tais] informações (…) a uma autoridade nacional e a da proibição da utilização directa dessas informações como provas por esta última se incluem no direito comunitário», «[p]elo contrário, a legalidade da transmissão à Comissão, por um procurador nacional ou pelas autoridades competentes em matéria de concorrência, de informações recolhidas nos termos do direito penal nacional e da sua posterior utilização pela Comissão são questões que, em princípio, fazem parte do direito nacional que rege a condução dos inquéritos efectuados pelas referidas autoridades nacionais [e são questões que], em caso de contencioso judicial, [são] da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais». O Tribunal observou, no entanto, que não havia indicação de que a Dalmine tenha submetido a um órgão jurisdicional italiano competente a questão da utilização a nível comunitário das actas em causa e que também não lhe tinham sido fornecidos elementos susceptíveis de demonstrar que essa utilização era contrária às disposições aplicáveis do direito italiano. Por isso, segundo o Tribunal, os argumentos da Dalmine só poderiam afectar a credibilidade dos testemunhos constantes das actas, mas não a sua admissibilidade como prova no processo instaurado pela Comissão [72].

108. Na sua apreciação, o Tribunal de Justiça, seguindo, quanto a este aspecto, as conclusões do advogado-geral Geelhoed [73], validou esta análise do Tribunal com o seguinte raciocínio:

70 — Já referido na nota 32.
71 — Acórdão de 8 de Julho de 2004, Dalmine/Comissão (T-50/00, Colect., p. II-2395).
72 — *Ibidem* (n.os 84 a 87 e 90).
73 — Conclusões apresentadas em 12 de Setembro de 2006 (n.os 66 e 67).

«62 No que respeita, em seguida, à admissibilidade das referidas actas enquanto elementos de prova, não se pode deixar de observar, como o Tribunal de Primeira Instância o fez (…), que a legalidade da transmissão à Comissão, por um procurador nacional ou pelas autoridades competentes em matéria de concorrência, de informações recolhidas nos termos do direito penal nacional é uma questão que cai no âmbito do direito nacional. Além disso, como o Tribunal de Primeira Instância recordou (…), o juiz comunitário não é competente para fiscalizar a legalidade, à luz do direito nacional, de um acto adoptado por uma autoridade nacional (…).

63 Quanto à utilização das referidas informações pela Comissão, o Tribunal de Primeira Instância declarou acertadamente (…) que os argumentos da Dalmine só podiam afectar «a credibilidade e, por conseguinte, a força probatória dos testemunhos dos seus directores e não a admissibilidade desses elementos no processo». Com efeito, (…) o princípio que prevalece é o da [livre administração das provas] [74] e o único critério pertinente para apreciar as provas apresentadas reside na sua credibilidade. Por conseguinte, uma vez que a transmissão das actas em causa não foi declarada ilegal por um órgão jurisdicional italiano, não se pode considerar que esses documentos eram elementos de prova inadmissíveis que deviam ser desentranhados do processo».

109. O referido acórdão exclui, como é evidente, a existência de uma proibição geral, para a Comissão, de utilizar como prova, num processo que tenha instaurado ao abrigo do Regulamento n.º 17, declarações proferidas num processo estrangeiro. O argumento de carácter geral da recorrente, invocado no n.º 97 *supra*, em minha opinião, não deve, pois, ser acolhido.

ii) Quanto à violação de determinadas garantias processuais

110. Para além do argumento de carácter geral, com o presente fundamento de anulação a recorrente, de qualquer modo, queixa-se essencialmente da contradição entre a utilização, como prova, do relatório do FBI e específicas garantias processuais de que era titular, relativas tanto ao processo perante as autoridades antitrust americanas como ao processo instaurado perante a Comissão.

74 — Algumas versões linguísticas (designadamente as versões inglesa, alemã e portuguesa) do acórdão do Tribunal de Justiça Dalmine/Comissão contêm no n.º 63 um erro de tradução: a expressão «libera produzione delle prove» que figura na versão italiana (que faz fé, nos termos do artigo 31.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, porque é a língua do processo), que corresponde à expressão «libre administration des preuves» utilizada na versão francesa (língua interna de trabalho no Tribunal de Justiça), foi traduzida por uma expressão correspondente a *libera valutazione delle prove* (livre apreciação das provas).

— Quanto à existência de condições de utilização, pela Comissão, de provas obtidas no quadro de um processo distinto daquele que instaurou: o respeito dos direitos processuais

111. Cumpre, antes de mais, verificar, para efeitos da análise destes argumentos mais específicos invocados pela recorrente, se a utilização, pela Comissão, de provas obtidas no quadro de um processo distinto do que esta instaurou, está sujeito a restrições. Esta verificação impõe-se, dada a referência feita pelo Tribunal de Justiça, no acórdão Dalmine/Comissão (v. n.º 108 *supra*), ao princípio da livre administração das provas em direito comunitário, a qual, em minha opinião, exige algumas especificações importantes.

112. O princípio da livre administração das provas em direito comunitário não pode ser entendido no sentido de que qualquer *elemento* de prova é sempre utilizável e que o que conta é unicamente a sua credibilidade.

113. Não se deve confundir, em matéria de prova, princípios de significado diverso. Em apoio da afirmação, que também formulou no acórdão Dalmine/Comissão [75], segundo a qual o princípio vigente no direito comunitário é o da livre administração das provas e o único critério pertinente para apreciar as provas apresentadas é o da sua credibilidade, o Tribunal citou as conclusões do juiz Vesterdorf, no exercício de funções de advogado-geral, no processo Rhône Poulenc/Comissão [76], e o acórdão Met-Trans e Sagpol [77]. As observações do juiz Vesterdorf que o Tribunal invocou parecem-me respeitar antes a um princípio distinto, o da livre administração das provas por parte do juiz, ou seja, noutros termos, o da livre convicção do juiz quanto ao conteúdo da prova e ao significado que se lhe deve atribuir [78]. No processo objecto do acórdão Met-Trans e Sagpol, pedia-se designadamente ao Tribunal de Justiça que especificasse que meios de prova eram suficientes para demonstrar uma dada situação abrangida por uma certa disposição de direito comunitário e, em particular, se era exigível uma prova documental que preenchesse determinados requisitos [79]. Respondendo, sobre o assunto, que da letra daquela disposição resultava que a prova daquela dada circunstância não é limitada a determinados meios de prova «na ausência de uma regulamentação comunitária do conceito de prova, todos os meios de prova que os direitos processuais dos Estados-Membros admitem em processos similares são, em princípio, admissíveis», o Tribunal de Justiça, como é evidente, sancionou um princípio da liberdade dos meios de prova que é entendido como faculdade de, para provar um determinado facto, recorrer a

75 — Já referido na nota 71 (n.º 72).

76 — Conclusões de 10 de Julho de 1991 no processo T-1/89, cujo acórdão foi proferido em 24 de Outubro de 1991 (Colect., p. II-867, especialmente p. II-954).

77 — Acórdão de 23 de Março de 2000 (C-310/98 e C-406/98, Colect., p. I-1797, n.º 29).

78 — À livre convicção do juiz opõe-se, em geral, em alguns ordenamentos jurídicos nacionais, o sistema da «prova legal», que vincula o juiz quanto ao significado a dar ao conteúdo da prova.

79 — Tratava-se, concretamente, de determinar se, para efeitos da prova do local em que efectivamente ocorreu a infracção durante um transporte efectuado ao abrigo de uma caderneta TIR na acepção do artigo 454.º, n.º 3, do Regulamento (CEE) n.º 2454/93 da Comissão, de 2 de Julho de 1993 (JO L 253, p. 1), as declarações do titular da caderneta e o depoimento do motorista do camião que efectuou o transporte eram suficientes como prova ou esta só podia ser feita através de documentos dos quais resultasse claramente que as autoridades competentes do outro Estado-Membro verificaram que a infracção foi cometida no seu território.

meios de prova *de qualquer natureza* (por exemplo, prova testemunhal, prova documental, confissão, etc.) e que está sujeito às excepções explicitamente previstas pela regulamentação comunitária [80].

114. Logo, se é verdade que, em direito comunitário, salvo disposição em contrário, um determinado facto pode ser provado com *meios de prova* de qualquer natureza (liberdade dos meios de prova) e a determinação do valor probatório de um elemento de prova é remetida para a convicção íntima do juiz e não para um sistema de prova legal (liberdade de apreciação da prova), não pode, pelo contrário e em minha opinião, afirmar-se que cada *elemento de prova* apresentado é utilizável e deve ser objecto de apreciação quanto ao mérito por parte da Comissão ou do tribunal comunitário. Não se poderia pensar isso, por exemplo, de uma declaração que seja extorquida com violência pelas autoridades precedentes. Para além deste exemplo académico, basta recordar que, segundo a jurisprudência comunitária, não podem ser utilizados pela Comissão, como prova num processo ao abrigo do Regulamento n.º 17:

— declarações ou documentos obtidos pela Comissão no âmbito de um anterior processo ao abrigo do mesmo regulamento (v. n.º 100 *supra*);

— documentos sobre os quais, durante o processo, não foi dada à empresa que dele é objecto a possibilidade de exercer o seu direito de ser ouvida [81];

— comunicações entre advogados e clientes com carácter reservado protegido pela lei [82]Colect., p. II-3523;

— declarações feitas por dirigentes de uma empresa em resposta a perguntas colocadas no âmbito de uma inquirição prévia a um processo cível nacional, cuja resposta implique o reconhecimento de uma violação das normas relativas à concorrência [83];

— de actas interrogatório provenientes de um processo penal nacional, quando a sua transmissão à Comissão tenha sido declarada ilegítima pelo órgão jurisdicional nacional competente (v. n.ºs 107 e 108 *supra*).

80 — O acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Dezembro de 2005, General Electric/Comissão (T-210/01, Colect., p. II-5575, n.º 297) refere-se a esta problemática quando recorda que «o princípio que prevalece em direito comunitário é o da liberdade da prova» e observa que «as provas sólidas» que a Comissão deve fornecer para demonstrar a probabilidade de comportamentos futuros anticoncorrenciais da entidade resultante da fusão não devem consistir necessariamente em estudos económicos, podendo, em certos casos, ser constituídos pelas «simples realidades económicas e comerciais do caso em análise».

81 — Acórdão AEG-Telefunken/Comissão, já referido na nota 31.

82 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1982, AM & S/Comissão (155/79, Recueil, p. 1575, n.ºs 29 a 31), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 17 de Setembro de 2007, Akzo Nobel e Akcros/Comissão (T-125/03 e T-253/03, Colect., p. II-3523).

83 — Acórdão Otto, já referido na nota 53 (n.º 20).

115. A estes exemplos de inadmissibilidade de utilização de provas por parte da Comissão, o acórdão recorrido no presente processo acrescenta outro, o das declarações feitas no quadro de um processo distinto do instaurado pela Comissão, quando não tenham sido garantidos à parte interessada os direitos processuais que lhe incumbiam no âmbito daquele processo ou aqueles de que disporia por força do direito comunitário em caso de obtenção directa daquelas declarações pela Comissão.

116. Quanto aos limites à utilização como prova, no processo instaurado pela Comissão, de declarações feitas num processo distinto, o acórdão recorrido e os acórdãos Dalmine/ /Comissão [84] não se mostram, porém, homogéneos. Com base nestes últimos, parece que apenas pode ocorrer um problema de inadmissibilidade de tal utilização no caso de a transmissão à Comissão ou de a utilização, por esta última, da acta em que as referidas declarações são relatadas ser ilegal com base na legislação do Estado da autoridade que as obteve (e essa ilegalidade ter sido declarada pelo órgão jurisdicional nacional competente) [85]. O acórdão recorrido, de forma mais ampla, destaca a inobservância das garantias processuais exigíveis no âmbito do outro processo — entre as quais bem podem, em minha opinião, considerar-se incluídos também os limites que o ordenamento estrangeiro estabeleça no interesse do declarante na transmissão das declarações a outras autoridades e na utilização das mesmas por parte destas últimas — e a incompatibilidade das regras de obtenção daquelas declarações seguidas naquele processo com as garantias processuais conferidas pelo ordenamento comunitário.

117. O facto de os acórdãos Dalmine/ /Comissão não terem ressalvado o fundamento de não utilização relativo à inobservância destas últimas garantias pode talvez dever-se ao facto de a Dalmine não ter contestado a legalidade da utilização como prova, no processo instaurado pela Comissão, das actas de interrogatório em questão pela violação de *específicos* direitos processuais (como, por exemplo, o direito de se opor à auto-incriminação garantido pelo direito comunitário), mas, mais na origem, por um alegado conflito geral com os direitos de defesa da utilização, como provas, naquele processo, de elementos de informação oriundos de um processo distinto.

118. Além disso, não se omite que a concepção particularmente redutora dos limites à utilização pela Comissão de provas obtidas no âmbito de um processo instaurado por outras autoridades, assumida precisamente pelos órgãos jurisdicionais comunitários no processo Dalmine/Comissão, pode também dever ser entendida como inerente apenas aos casos em que se trate de autoridades dos Estados-Membros da Comunidade Europeia e fundada, em definitivo, numa

84 — Já referidos nas notas 32 e 71.

85 — Na realidade, nos n.os 62 e 63 do acórdão do Tribunal de Justiça Dalmine/Comissão (v. n.º 108 *supra*), refere-se apenas a questão da legitimidade da *transmissão* do documento à Comissão e não também a questão da legitimidade da *utilização* como prova do mesmo por esta. Tanto o acórdão do Tribunal de Primeira Instância Dalmine/Comissão (v. n.º 107 *supra*) como as conclusões do advogado-geral Geelhoed (já referidas na nota 73, n.os 71 a 73 e 76) referiam explicitamente, como circunstância que se opõe à utilização do documento pela Comissão, também o caso de o órgão jurisdicional nacional competente ter declarado a ilegalidade de tal utilização com base na legislação nacional, independentemente da legalidade da transmissão. Refira-se, no entanto, que o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Dalmine/Comissão, quanto a este aspecto, pode ser interpretado num sentido conforme às conclusões do advogado-geral Geelhoed, entendendo o termo «transmissão» do documento como referido a uma transmissão com vista à utilização do mesmo.

presunção implícita de equivalência substancial na protecção dos direitos de defesa a nível comunitário e a nível de Estados-Membros [86]. Ora, tal presunção não pode obviamente ser válida quando são considerados processos instaurados em Estados terceiros.

119. Em qualquer caso, compartilho inteiramente da ideia, seguida no acórdão recorrido e não controvertida entre as partes no presente processo, de considerar como necessário, para efeitos da utilização como prova, num processo instaurado pela Comissão, de elementos de informação obtidos no âmbito de um processo instaurado por autoridades de um país terceiro, o respeito *tanto* das garantias processuais estabelecidas para este último *como* das estabelecidas para o processo conduzido pela Comissão. Esta ideia, que corresponde à aplicação cumulativa da lei do Estado de origem e da lei do Estado de recepção da prova, impõe-se, em minha opinião, atento o facto de nos encontrarmos no âmbito do direito público, particularmente em matéria de sanções, e de o respeito dos direitos de defesa em qualquer processo em que possam ser impostas sanções, em particular coimas ou multas, constituir um princípio fundamental do direito comunitário, que deve ser observado mesmo que se trate de um procedimento de natureza administrativa [87].

120. O respeito dos direitos processuais num caso como o vertente pressupõe, pois, que a prova produzida no outro processo tenha aí sido obtida no respeito das formalidades estabelecidas pelas disposições pertinentes do referido ordenamento, que a sua transmissão à Comissão e a sua utilização por esta sejam permitidas por aquele ordenamento e que a referida utilização não colida com as garantias específicas de que a empresa interessada teria beneficiado, por força do direito comunitário, se a obtenção da prova tivesse ocorrido directamente no processo conduzido pela Comissão.

— Quanto aos critérios elaborados pelo Tribunal de Primeira Instância no que respeita às regras que a Comissão deve observar para garantir o respeito dos direitos processuais e quanto à sua aplicação no caso vertente

121. Na sua petição a recorrente critica os critérios que o Tribunal elaborou, no n.º 265 do acórdão recorrido, quanto ao modo como a Comissão deve garantir os referidos direitos. Com efeito, o respeito dos mesmos impunha-

86 — Neste contexto, não pode deixar de se referir o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1), que substituiu o Regulamento n.º 17, que dispõe expressamente, no artigo 12.º, n.º 1, que «[p]ara efeitos da aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem comunicar entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais». O décimo sexto considerando do Regulamento n.º 1/2003 refere, a este propósito, que, «[s]empre que as informações trocadas forem utilizadas pela autoridade receptora para impor sanções às empresas, não deve haver qualquer outro limite à sua utilização, a não ser o que se refere à obrigação de as utilizar para os fins para foram recolhidas, dado o facto de que as sanções impostas às empresas são semelhantes em todos os regimes», acrescentando que «*[o]s direitos de defesa de que dispõem as empresas nos diversos regimes podem considerar-se suficientemente equivalentes*» (sublinhado meu).

87 — V., por todos, acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217, n.º 9), e de 2 de Outubro de 2003, ARBED/Comissão (C-176/99 P, Colect., p. I-10687, n.º 19).

se sempre, pelo que a Comissão não podia, como entendeu o Tribunal, limitar-se a constatar a inexistência de dúvidas sérias e que a empresa interessada não tinha apresentado qualquer contestação a este propósito. Recorda que, segundo a jurisprudência, o próprio Tribunal tem a obrigação de suscitar oficiosamente a questão do respeito das garantias processuais.

122. Substancialmente, o Tribunal considerou que não pode existir, por parte da Comissão, violação dos direitos processuais da empresa interessada através da utilização como prova das declarações obtidas no processo estrangeiro, quando a referida empresa, previamente informada da intenção da Comissão de proceder a tal utilização, não suscitou objecções sobre o assunto e a própria Comissão não tem motivos para, à primeira vista, ter dúvidas sérias sobre a compatibilidade da referida utilização com o respeito daqueles direitos.

123. Entendo que a recorrente tem razão ao contestar a conformidade de tal construção com o direito. Os direitos processuais devem ser sempre respeitados pela Comissão, mesmo quando a empresa interessada não os invoca no decurso do procedimento administrativo. Em direito comunitário, não existe qualquer regra que exija que a empresa, sob pena de prescrição, suscite questões de direito no procedimento administrativo perante a Comissão. Não existe qualquer regra de concordância obrigatória entre a resposta à comunicação de acusações e o recurso para o órgão jurisdicional comunitário. Também não recai sobre a empresa a obrigação de responder à comunicação de acusações. A Comissão tem o dever de adoptar uma decisão final conforme com o direito, independentemente do efectivo exercício, por parte da empresa interessada, dos direitos de defesa no procedimento administrativo e do âmbito desse exercício.

124. Por outro lado, há que observar que a Comissão tem a obrigação, em nome do respeito dos direitos de defesa, de manifestar, *sempre*, à empresa destinatária da comunicação de acusações, a sua intenção de utilizar as declarações provenientes de um processo estrangeiro como prova para efeitos da sua decisão final, independentemente do facto de alimentar ou não dúvidas sérias sobre a compatibilidade de tal utilização com o respeito dos direitos processuais.

125. Mesmo admitindo que, como observa a Comissão, se fosse renunciar aos direitos processuais, o mero facto de não apresentar a esta instituição observações sobre a utilização das informações provenientes de um processo estrangeiro como prova, anunciado na comunicação de acusações, não pode ser interpretado como renúncia a invocar os direitos processuais, mas simplesmente como um não exercício do direito da empresa a ser ouvida pela Comissão quanto à legitimidade daquela utilização.

126. O acórdão recorrido parece-me, pois, quanto ao aspecto em análise, viciado por um erro de direito.

127. Além disso, mesmo considerando conformes com o direito os critérios elaborados pelo Tribunal no n.º 265 do acórdão recorrido, o próprio acórdão parece-me, de qualquer modo, viciado por erros de direito, na medida em que a aplicação que o Tribunal fez de tais critérios ao caso vertente não se afigura correcta.

128. Por um lado, observe-se que o Tribunal, sem mais análises, não podia acusar a recorrente, associando-lhe a prescrição, de, na sua resposta à comunicação de acusações, não se ter oposto à utilização, como prova, do relatório do FBI pela Comissão. No processo em primeira instância, a recorrente contestava a utilização desse relatório para efeitos de prova das circunstâncias factuais indicadas no considerando 265 da decisão controvertida. Todavia, dado que tais circunstâncias não constavam da comunicação de acusações, onde só figuravam circunstâncias cuja materialidade não era contestada pela recorrente, o Tribunal, antes de fazer a referida acusação à recorrente, deveria ter verificado se esta podia razoavelmente deduzir, partindo da comunicação de acusações e à luz do conteúdo do relatório do FBI que aí era mencionado e junto, que a Comissão pretendia considerar também aquelas circunstâncias (v. n.os 46 a 50 *supra*), e se a recorrente tinha, pois, interesse em, em resposta àquela comunicação, suscitar objecções contra a utilização do relatório do FBI como prova. O silêncio da recorrente sobre eventuais razões da impossibilidade de utilização do documento como prova apenas pode ser interpretado como aquiescência quanto à utilização feita na comunicação de acusações.

129. Por outro lado, em minha opinião, subsistiam neste caso fundamentos para, à primeira vista, duvidar seriamente da compatibilidade da utilização do relatório do FBI como prova com os direitos processuais da recorrente.

130. A este respeito, concordo, antes de mais, com a recorrente em considerar que os elementos tidos em consideração pelo Tribunal nos n.os 266 e 267 do acórdão recorrido (v. n.os 69 e 70 *supra*) são, quando não inteiramente irrelevantes quanto ao problema do respeito das garantias processuais, inadequados para excluir a existência de dúvidas sérias quanto à compatibilidade da utilização desse relatório pela Comissão com as garantias processuais concretamente invocadas pela recorrente no Tribunal de Primeira Instância e, agora, no Tribunal de Justiça. Trata-se, recordo, do direito de se opor à auto-incriminação, da obrigação da autoridade que procede à obtenção de informações de submeter ao declarante, para aprovação, o relato escrito das declarações feitas preparado pela mesma autoridade, bem como da protecção do carácter confidencial das declarações do antigo representante da ADM às autoridades americanas antitrust no quadro da colaboração prestada a estas últimas pela própria ADM.

131. Detenho-me, em particular, sobre este último aspecto, que merece particular atenção porque se prende com o delicado tema das relações bilaterais entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos em matéria de cooperação entre as autoridades de concorrência.

132. Ao afirmar que o relatório do FBI se destinava a servir unicamente no âmbito de processos nos Estados Unidos, a recorrente evidenciou, por um lado, que a primeira página do referido relatório indica que a divulgação deste a terceiros é proibida e, por outro, que as autoridades antitrust americanas tinham acordado expressamente com o advogado do antigo representante da ADM que as informações fornecidas por este não seriam divulgadas a não ser para efeitos da sua utilização em processos desencadeados pelos Estados Unidos. Tais circunstâncias resultam efectivamente dos documentos apresentados ao Tribunal de Primeira Instância.

133. É verdade que a Comissão, provavelmente, não dispunha da carta que continha esse compromisso assumido pelas referidas autoridades [88] e que o relatório do FBI não lhe foi transmitido por estas mas por outra empresa envolvida no processo instaurado pela Comissão.

134. Todavia, em minha opinião, a Comissão não podia ignorar a possibilidade de a utilização, como prova, no processo por ela instaurado, do relatório do FBI colidir com garantias conferidas pelo ordenamento jurídico dos Estados Unidos no que respeita ao tratamento confidencial das informações prestadas pelo antigo representante da ADM, não só na medida em que, como sublinhou a recorrente, o documento continha, na primeira página, uma indicação sobre a proibição de divulgação a terceiros mas sobretudo em consideração do equilíbrio das relações entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos em matéria de cooperação entre as respectivas autoridades de concorrência.

135. Quando da adopção da decisão controvertida, essas relações regiam-se, como aliás continuam a ser, por um acordo bilateral concluído em 1991 [89], completado por um segundo acordo bilateral celebrado em 1998 [90]. Os dois acordos prevêem a consulta, a cooperação e a coordenação entre a Comissão, por um lado, e a Divisão antitrust do Ministério da Justiça e a Federal Trade Commission, por outro, no desenvolvimento das actividades destinadas a garantir a aplicação do direito da concorrência. Nenhuma disposição desses acordos prevê explicitamente a troca de informações entre essas

88 — Carta de 13 de Junho de 1997, subscrita pelo Trial Attorney da Divisão Antitrust do Ministério da Justiça dos Estados Unidos (apresentada pela ADM em anexo à sua resposta às questões escritas remetidas pelo Tribunal de Primeira Instância).

89 — Acordo entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América, de 23 de Setembro de 1991, relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência - Troca de cartas interpretativas de 31 de Maio e de 31 de Julho de 1995, relativas ao próprio acordo (JO 1995, L 95, p. 47). O acordo foi aprovado, em nome da Comunidade Europeia e da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, pela Decisão 95/145/CE, CECA do Conselho e da Comissão, de 10 de Abril de 1995 (JO L 95, p. 45, rectificada no JO 1995, L 131, p. 38).

90 — Acordo entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América, de 4 de Junho de 1998, relativo aos princípios de cortesia positiva na aplicação dos respectivos direitos de concorrência (JO 1998, L 173, p. 28). O acordo foi aprovado, em nome da Comunidade Europeia e da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, pela Decisão 98/386/CE, CECA do Conselho e da Comissão, de 29 de Maio de 1998 (JO L 173, p. 26).

autoridades *para efeitos de prova* das violações do direito da concorrência. No acordo de 1991, prevê-se, em particular, quanto à troca de informações entre essas autoridades, que a parte contraente que possui a informação não tem a obrigação de a fornecer à outra parte se a própria lei interna vedar a sua divulgação e que cada contraente tem a obrigação de manter, na medida mais ampla possível, a reserva de quaisquer informações que lhe são fornecidas pela outra parte, em aplicação do acordo, e a opor-se, na medida mais vasta possível, a qualquer pedido de divulgação da informação apresentada por terceiros sem autorização da contraente que a forneceu (artigo VIII). Especifica-se também que as disposições do acordo devem ser interpretadas de modo coerente com as leis existentes das partes contraentes ou dos seus Estados-Membros e de forma a que não seja necessário modificar estas últimas (artigo IX). Além disso, na troca de cartas interpretativas relativas ao mesmo acordo, foi declarado, pela Comunidade Europeia, em referência aos artigos VIII e IX do acordo, que as informações cobertas pelo sigilo profissional referido no artigo 20.º do Regulamento n.º 17 não seriam comunicadas pela Comissão às autoridades antitrust dos Estados Unidos a não ser com o consentimento expresso da «fonte» em causa. Também o acordo de 1998, nos artigos IV, n.º 2, alínea c), iii), e V, contém referências à necessidade de obter previamente o acordo da fonte interessada para efeitos da transmissão de informações de carácter reservado às autoridades de concorrência da outra parte contraente.

136. Substancialmente, com base nestes acordos, a Comissão e as autoridades antitrust dos Estados Unidos não estão autorizadas a trocar informações que não possam ser divulgadas segundo o ordenamento jurídico da autoridade que possui a informação [91], estando em particular «vinculadas às normas internas em matéria de protecção da confidencialidade das informações recolhidas durante as respectivas investigações» [92].

137. A troca de informações entre as referidas autoridades é, pois, efectuada «dentro dos limites das disposições vigentes em matéria de confidencialidade» [93] e é a renúncia da parte interessada ao direito à confidencialidade que permite às autoridades em questão a troca de informações reservadas [94]. A impossibilidade de as autoridades da concorrência, com base nos actuais acordos de cooperação, trocar informações reservadas sem o consentimento da fonte interessada é aliás evidenciada como limite significativo à eficácia da cooperação na luta contra os

91 — Neste sentido, Nazzini R., Concurrent Proceedings in Competition Law, Oxford University Press, New, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 75-76.

92 — Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de Agosto de 2003, relativo à aplicação dos acordos entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo do Canadá, relativos à aplicação dos respectivos direitos da concorrência (1 de Janeiro de 2002 a 31 de Dezembro de 2002), ponto 1.1, in Eur-Lex, sob o Código 52003DC0500.

93 — *Ibidem*, ponto 1.2.2..

94 — V. relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de Setembro de 2002, relativo à aplicação dos acordos entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo do Canadá, relativos à aplicação dos respectivos direitos da concorrência — 1 de Janeiro de 2001 a 31 de Dezembro de 2001, ponto 1.2.2., in Eur-Lex, sob o Código 52002DC0505, onde a Comissão refere que, no caso Fine Art Auction Houses, «uma empresa implicada apresentou também uma renúncia ao direito de confidencialidade, o que permitiu que as duas entidades trocassem pontos de vista relativamente a provas confidenciais».

cartéis, tanto que, em várias sedes institucionais, se espera a celebração de um acordo dito de «segunda geração» destinado a permitir também o intercâmbio de informações confidenciais [95].

138. O limite à troca de informações entre autoridades representado pelo respeito da confidencialidade das informações assume, aliás, uma importância muito particular quando se trata, como no vertente caso, de informações fornecidas voluntariamente no âmbito da colaboração oferecida por uma empresa para efeitos da obtenção de um tratamento favorável ao nível sancionatório. Com efeito, é evidente que, se informações do género pudessem ser transmitidas pela autoridade que as recebe no quadro de um pedido de tratamento favorável a autoridades de concorrência de outros países, daí resultaria, sobretudo na ausência de qualquer coordenação entre os programas de perdão estabelecidos pelas autoridades nacionais, um fortíssimo desincentivo para as empresas oferecerem a sua colaboração no âmbito de tais programas [96].

139. Como sublinhou o Competiton Commitee da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), «as trocas de informações não deverão prejudicar imprudentemente as investigações sobre os cartéis graves, incluindo a concretização dos programas de perdão»; «com esse objectivo, a

95 — Assim, a própria Comissão, no seu relatório ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 4 de Outubro de 2000, relativo à aplicação do acordo entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América, relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência — 1 de Janeiro de 1999 a 31 de Dezembro de 1999, ponto 2.2., in Eur-Lex, sob o Código 52000DC0618. V. também o terceiro relatório do Competition Committee da OCDE, de 2005, sobre a aplicação da recomendação do Conselho, de 25 de Março de 1998, relativa a uma acção efectiva contra os cartéis graves, n.º 4, no sítio da OCDE (www.oecd.org). Recordo que a faculdade de trocar e utilizar como prova também informações confidenciais está actualmente prevista, dentro de certos limites, no artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003, no âmbito da cooperação no interior da rede constituída pela Comissão e pelas autoridades de concorrência dos Estados-Membros.

96 — Não surpreende, pois, encontrar no relatório referido na nota 92 *supra* (ponto 1.2.2.) que a Comissão interveio em três processos cíveis nos Estados Unidos para efeitos de tutelar a confidencialidade de informações escritas apresentadas no quadro da sua política de tratamento favorável, fazendo-o não só em apoio de uma das partes dos referidos processos, mas para «salvaguardar a integridade» dessa política. Além disso, na Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis: na versão de 2002 (JO C 45, p. 3, n.º 33), a Comissão especificou que qualquer declaração que lhe fosse feita relacionada com a própria Comunicação não podia ser divulgada ou utilizada para outros fins que não os da aplicação do artigo 81.º CE, enquanto na versão de 2006 (JO C 298, p. 17, n.º 35) especificou que essas declarações só serão transmitidas às autoridades de concorrência dos Estados-Membros se estiverem preenchidas certas condições. Em ambas as versões da comunicação (respectivamente, nos pontos 32 e 40), se refere que a divulgação pública dessas declarações recebidas no contexto desta Comunicação prejudicaria certos interesses públicos ou privados, como por exemplo a protecção do objectivo das actividades de inspecção e inquérito, na acepção do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145, p. 43).

maior parte dos países membros [da OCDE] adoptou políticas por força das quais não trocam informações fornecidas por um sujeito que pede o perdão sem o prévio conhecimento deste» [97].

140. Ora, à luz do equilíbrio das relações bilaterais entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos, na matéria em análise, e das problemáticas inerentes à divulgação de informações prestadas por empresas que aderem a programas de perdão, que a Comissão não podia ignorar, considero que, recebido o relatório do FBI através de outra empresa também envolvida no processo intentado pela Comissão, a referida instituição devia tomar os cuidados convenientes quanto ao tratamento a reservar ao documento naquele processo, de modo a evitar o risco de violar possíveis garantias reconhecidas pelo ordenamento dos Estados Unidos quanto à divulgação do conteúdo do mesmo documento.

141. Em particular, penso que a Comissão não podia legitimamente utilizar como prova o relatório do FBI sem antes ter solicitado à empresa que lho forneceu esclarecimentos sobre o modo como esta o obteve e sem antes perguntar às autoridades antitrust americanas, em cumprimento dos seus deveres de leal colaboração com as mesmas por força dos acordos bilaterais existentes, se, segundo o direito americano, o referido relatório era um documento confidencial, como podia presumir-se até prova em contrário, para além da sua primeira página, do contexto, conhecido na Comissão, no qual foi estabelecido (e como parece resultar da carta de 13 de Junho de 1997 da Division Antitrust do Ministério da Justiça dos Estados Unidos).

142. O facto de ter sido uma empresa terceira e não as referidas autoridades a transmitir-lhe o relatório do FBI não pode, certamente, justificar a não adopção desses cuidados pela Comissão. Tal facto não podia permitir que a Comissão considerasse que aquele documento tinha perdido o carácter confidencial. A Comissão, com base numa interpretação de boa fé do artigo VIII do acordo bilateral de 1991, devia, em minha opinião, evitar o risco de, ao utilizar esse relatório para efeitos de prova, levar a ulteriores consequências uma eventual violação do carácter reservado do mesmo cometida nos Estados Unidos.

143. O facto de o referido relatório não ter sido transmitido à Comissão pelas autoridades antitrust dos Estados Unidos distingue ainda substancialmente o presente caso do que foi objecto do acórdão Dalmine/ /Comissão [98], em que a Comissão recebeu as actas de interrogatório em questão directamente da autoridade nacional que tinha

97 — Documento de Outubro de 2005, intitulado *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations,* no sítio internet da OCDE (www.oecd.org). Tradução minha. É interessante referir que a própria Comissão, na sua Comunicação sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (JO 2004, C 101, p. 43), previu, no ponto 40, que, salvo determinadas excepções, «as informações voluntariamente apresentadas por um requerente do programa de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante apenas serão transmitidas a outro membro da rede nos termos do artigo 12.º do Regulamento [n.º 1/2003] com o consentimento do requerente».

98 — Já referidas nas notas 32 e 71.

procedido à sua redacção. No caso Dalmine/ /Comissão, segundo o Tribunal de Justiça, a Comissão, uma vez que a transmissão das actas em causa não foi declarada ilegal por um órgão jurisdicional nacional, estava autorizada a utilizá-las como prova [99]. Em contrapartida, no presente caso, não existindo transmissão directa do relatório do FBI pelas autoridades antitrust dos Estados Unidos, não poderia ser relevante a falta de uma decisão análoga de um órgão jurisdicional americano. A consulta das autoridades antitrust dos Estados Unidos quanto à conformidade com o direito americano da utilização do documento pela Comissão era necessária precisamente para que esta obtivesse, pelo menos, uma primeira decisão sobre o assunto, ainda que não de carácter jurisdicional, das autoridades nacionais competentes.

144. Pelas razões expostas nos n.os 121 segs., considero, pois, que, caso se deva considerar improcedente o primeiro fundamento de anulação, o acórdão recorrido deve ser anulado na parte em que rejeitou as alegações da recorrente, fundadas na violação de garantias processuais, que suscitou a propósito da utilização do relatório do FBI, pela Comissão, para efeitos de prova da qualidade de líder que a ADM desempenhou no cartel.

99 — Acórdão do Tribunal de Justiça, Dalmine/Comissão, já referido na nota 32 (n.º 63).

E — *Quanto ao recurso da decisão controvertida: possibilidade de a Comissão utilizar o relatório do FBI como prova da liderança do cartel pela recorrente*

145. Já sublinhei no n.º 141 que a Comissão não podia legitimamente utilizar como prova o relatório do FBI sem antes ter obtido da empresa que lho forneceu e das autoridades antitrust americanas os esclarecimentos necessários para estabelecer o regime jurídico daquele documento quanto à confidencialidade. O fundamento do recurso de primeira instância relativo à violação de garantias processuais, na parte relativa à incompatibilidade entre a utilização desse relatório como prova pela Comissão e o tratamento confidencial assegurado ao mesmo pelas referidas autoridades, deve, pois, em minha opinião, ser acolhido.

F — *Quanto aos fundamentos (terceiro, quarto e quinto) de anulação relativos à declaração da Cerestar*

146. Com três diferentes fundamentos de anulação, a recorrente contesta as considerações que levaram o Tribunal a concluir que, contrariamente ao que ela defendeu na primeira instância, a Comissão não incorreu em erros manifestos na apreciação da declaração escrita da Cerestar quanto ao papel desempenhado pelo antigo representante da ADM no grupo.

147. A este respeito, recorde-se, em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça não é competente para apreciar os factos, nem, em princípio, para examinar as provas em que o Tribunal baseou a sua apreciação desses factos. Com efeito, uma vez que essas provas foram obtidas regularmente e os princípios gerais de direito, bem como as regras processuais em matéria de ónus e de produção da prova, foram respeitados, incumbe unicamente ao Tribunal pronunciar-se sobre o valor a atribuir aos elementos que lhe foram apresentados. Esta apreciação não constitui, pois, excepto em caso de desvirtuação desses elementos, uma questão de direito que, enquanto tal, é submetida ao controlo do Tribunal de Justiça [100].

148. Com o primeiro destes fundamentos, a recorrente lamenta precisamente a desvirtuação de um elemento de prova, o relatório do FBI. Em sua opinião, diversamente do que o Tribunal entendeu no n.º 288 do acórdão recorrido, o referido relatório não corrobora, de modo algum, a declaração escrita da Cerestar segundo a qual o antigo representante da ADM desempenhou um papel de líder no cartel, presidindo às reuniões «Sherpa», preparando os argumentos e apresentando as propostas sobre listas de preços a aprovar. Nos termos daquele relatório, esteve um outro representante da ADM a desempenhar um papel particularmente activo no âmbito do cartel.

149. Este fundamento não me parece merecer acolhimento. Antes de mais, como observa a Comissão, no n.º 288 do acórdão recorrido não se indica que o relatório do FBI corrobora, quanto à questão invocada, a declaração escrita da Cerestar, mas simplesmente que existe coerência entre os dois documentos. Além disso, esta observação foi feita pelo Tribunal de Primeira Instância no âmbito da análise da credibilidade da declaração escrita da Cerestar, que não estava em consonância com o declarado pelo antigo representante da ADM à Comissão durante o procedimento administrativo. Ora, o Tribunal considerou mais credível a declaração escrita da Cerestar não só porque era coerente com o relatório do FBI, mas também porque era pacífico que a Cerestar não tinha desempenhado um papel activo no seio do cartel e porque as declarações do antigo representante da ADM à Comissão tinham sido «efectuadas *in tempore suspecto*» [101]. Porém, a recorrente não contesta tais observações posteriores do Tribunal.

150. Com o segundo dos fundamentos referidos, a recorrente denuncia uma falta de fundamentação do acórdão recorrido na parte em que rejeita o argumento com que alegou que a declaração escrita da Cerestar sobre o papel desempenhado pelo antigo representante da ADM nas reuniões «Sherpa» era desprovida de qualquer credibilidade, não estando a Cerestar em condições de identificar qualquer das reuniões nem de fornecer pormenores sobre o objecto das mesmas.

100 — Acórdão de 21 de Setembro de 2006, JCB Service/Comissão (C-167/04 P, Colect., p. I-8935, n.º 107 e jurisprudência aí indicada).

101 — V. acórdão recorrido, n.ºs 288 e 290.

151. Também o referido fundamento me parece de rejeitar. Com efeito, no n.º 289 do acórdão recorrido, o Tribunal evidenciou, substancialmente, que o facto de não ter podido fornecer detalhes sobre algumas das reuniões do cartel não era susceptível de impedir a Cerestar de declarar que as mesmas eram organizadas e dirigidas pelo antigo representante da ADM.

152. Finalmente, com o terceiro dos referidos fundamentos, a recorrente alega que, no n.º 290 do acórdão recorrido, o Tribunal considerou erradamente que ela não podia contestar, aí, a exactidão da declaração escrita da Cerestar, pois não o tinha feito no procedimento administrativo. Concordo, no entanto, com a Comissão ao considerar que a referida acusação está afectada por uma leitura manifestamente errada do referido ponto, no qual o Tribunal, longe de declarar que a recorrente não podia pronunciar-se, só sublinhou que à declaração escrita da Cerestar era reconhecida «uma força probatória superior» do que à declaração do antigo representante da ADM, pelo que não podia deduzir-se da mera incompatibilidade entre as duas declarações a inexactidão da primeira.

153. Os fundamentos de anulação relativos à declaração escrita da Cerestar devem, pois, em minha opinião, ser rejeitados.

G — *Quanto ao recurso da decisão controvertida: se a Comissão fez prova bastante do papel de líder que a ADM desempenhou no cartel*

154. Decorre das considerações que anteriormente teci sobre a utilização que a Comissão fez do relatório do FBI para efeitos de prova da qualidade de líder do cartel atribuído à ADM que, sendo tal utilização ilegítima, a Comissão, na apreciação do papel da ADM, não devia considerar as circunstâncias factuais referidas no considerando 265 da decisão controvertida, que resultavam unicamente do referido relatório.

155. Cumpre, pois verificar, no âmbito da análise do recurso contra a decisão controvertida que proponho ao Tribunal de Justiça que efectue em aplicação do disposto no artigo 61.º, primeiro travessão, do seu Estatuto, e tendo em conta as observações que formulei nos n.ºs 57 a 59 *supra*, se a atribuição à ADM da qualidade de líder do cartel pode justificar-se apenas com base nas circunstâncias indicadas no considerando 266 da decisão controvertida, retiradas da declaração escrita da Cerestar. Trata-se, recordo, da «impressão» da Cerestar de que o antigo representante da ADM tinha um papel de líder e o facto de que presidia às reuniões «Sherpa» e «preparava normalmente os temas e fazia as propostas de listas de preços a acordar».

156. Em minha opinião, não se pode atribuir qualquer valor particular à referida

«impressão» da Cerestar, em si mesma considerada, pois a qualificação de uma empresa como líder de um cartel deve basear-se em factos concretos e não em impressões ou juízos de outros participantes no cartel. Quanto aos factos concretos, parece-me que a presidência das reuniões «Sherpa» e a preparação de temas e propostas pelo antigo representante da ADM, se evidenciam que a recorrente desempenhou um papel activo no âmbito do cartel, não são porém suficientes para fundamentar um juízo sobre a liderança. Com efeito, está provado que as decisões importantes do cartel eram tomadas no âmbito das reuniões «Masters», realizadas entre dirigentes hierarquicamente mais importantes, e que estas reuniões, como afirmou a Cerestar, eram geralmente presididas por representantes da Hoffmann-La Roche e da Jungbunzlauer, sem que, contudo, a Comissão tenha considerado esta última líder do cartel. Resulta, de resto, da própria declaração escrita da Cerestar que o antigo representante da ADM, ao presidir às reuniões «Sherpa», «fazia regularmente um relato dos acordos alcançados nas reuniões 'Masters'» [102]. Além disso, a própria Comissão sublinhou, no considerando 273 da decisão controvertida, que «outros membros do cartel também desenvolveram actividades normalmente associadas a um papel de liderança, tais como a presidência das reuniões, ou a centralização da recolha e distribuição de dados».

157. Parece-me, pois, que a qualidade de líder da ADM no cartel relativo ao ácido cítrico não se pode considerar suficientemente demonstrada.

158. Proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça, também por esta razão, que elimine o agravamento de 35% do montante de base da coima da recorrente, aplicado pela Comissão na decisão controvertida.

H — *Quanto ao sexto fundamento, relativo ao não reconhecimento de uma circunstância atenuante na cessação da participação da ADM no cartel desde as primeiras intervenções das autoridades antitrust dos Estados Unidos*

1. Considerações do Tribunal

159. No Tribunal, a recorrente lamentou que a Comissão não a tivesse feito beneficiar da circunstância atenuante mencionada no n.º 3, terceiro travessão, das Orientações, ou seja, «ter posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão (nomeadamente verificações)». Sublinhando que pôs termo à sua participação no cartel do ácido cítrico imediatamente após a busca efectuada pelo FBI nas suas instalações, nos Estados Unidos, em Junho de 1995 [103], a recorrente defendeu que o não reconhecimento da referida circunstância atenuante

102 — Anexo 15 da petição, p. 3.

103 — Na realidade, existe incerteza quanto ao facto de a participação da ADM no grupo sobre o ácido cítrico ter cessado *a seguir* à busca nas suas instalações pelo FBI, em Junho de 1995. A decisão controvertida refere que a duração da participação da ADM no grupo se prolongou até Maio de 1995 (v. considerando 247 e artigo 1.º, segundo travessão) e a ADM, na sua resposta à comunicação de acusações (ponto 5.2), indicou que tinha posto fim a tal participação por sua iniciativa, em Maio de 1995, «quando o cartel deixou de funcionar e antes da intervenção das autoridades». A decisão controvertida contém, no entanto, mais de uma indicação no sentido de que a participação da ADM no grupo terminou em Junho de 1995 com a busca do FBI (v. considerandos 128 e 193).

pela Comissão era contrária ao princípio de proporcionalidade, bem como, tendo a Comissão adoptado uma decisão de sentido oposto num caso anterior caracterizado por circunstâncias análogas, ao princípio de igualdade de tratamento.

160. Com fundamentação articulada, apresentada nos n.os 331 a 346 do acórdão recorrido, o Tribunal rejeitou ambas as alegações.

161. Em primeiro lugar, o Tribunal entendeu dever «interpretar restritivamente a disposição que figura no ponto 3, terceiro travessão, das orientações, de forma a que essa interpretação não seja contrária ao efeito útil do artigo 81.º, n.º 1, CE». Uma análise puramente textual da disposição, que «poderia dar a impressão que o simples facto de um infractor cessar a infracção desde as primeiras intervenções da Comissão constitui de uma forma geral e sem reserva uma circunstância atenuante», «diminuiria o efeito útil das disposições que permitem a manutenção de uma concorrência eficaz, pois enfraqueceria tanto a sanção que poderia ser imposta na sequência de uma violação do artigo 81.º CE, como o efeito dissuasor dessa sanção». Segundo o Tribunal, «pôr termo a uma infracção unicamente na sequência de uma intervenção da Comissão não pode ser equiparado aos méritos decorrentes de uma iniciativa autónoma da parte do infractor, constituindo apenas uma reacção adequada e normal à referida intervenção», «consagra-[ndo] apenas o facto de o infractor voltar a ter um comportamento lícito». «Por conseguinte, [dever-se-ia] interpretar esta disposição [das orientações] no sentido de que só as circunstâncias particulares do caso concreto, nas quais a hipótese do termo da infracção desde as primeiras intervenções da Comissão se concretiza, podem justificar a tomada em conta desta última circunstância como circunstância atenuante» [104].

162. Em segundo lugar, o Tribunal considerou que, «no contexto particular do caso em apreço», «o facto de a ADM ter posto termo à infracção na sequência da primeira intervenção de uma autoridade da concorrência não é susceptível de constituir uma circunstância atenuante», pois, tratando-se de «um acordo secreto que tinha por objecto a fixação de preços e uma repartição dos mercados», não restava «qualquer dúvida de que esta infracção foi cometida intencionalmente pelas partes em causa» [105].

163. Finalmente, o Tribunal realçou que «o simples facto de a Comissão ter apreciado, na sua prática decisória anterior, um certo comportamento de uma determinada maneira não implica que seja obrigada a fazer a mesma apreciação quando da adopção de uma decisão ulterior» e, consequentemente, que o precedente invocado pela recorrente não é susceptível de pôr em causa a análise que efectuou, traduzindo apenas a apreciação da Comissão [106].

104 — Acórdão recorrido, n.os 335 a 338.
105 — Acórdão recorrido, n.os 339 a 342.
106 — Acórdão recorrido, n.º 345.

2. Argumentos das partes

164. Com o presente fundamento, a recorrente alega que o Tribunal, com as considerações referidas, violou o princípio por força do qual a Comissão tem a obrigação de respeitar as regras que ela própria se impõe ou, se assim não for, de indicar as razões pelas quais não as aplica. A recorrente apresenta diversos argumentos sobre o assunto, com os quais, substancialmente:

— critica a interpretação que o Tribunal fez do ponto 3, terceiro travessão, das Orientações, com a qual se confundiu uma verdadeira obrigação com uma mera faculdade da Comissão de conceder uma diminuição do montante da coima em caso de cessação da infracção antes das suas primeiras intervenções;

— contesta, em qualquer caso, o facto de o Tribunal não ter declarado que a Comissão não cumpriu a sua obrigação de indicar as razões pelas quais não exerceu, no caso em apreço, o seu poder de apreciar se a cessação da participação no cartel depois da primeira intervenção das autoridades americanas justificava uma diminuição do montante da coima.

165. A Comissão, por sua vez, sublinha que o Tribunal examinou de maneira aprofundada as alegações da recorrente, interpretou correctamente a disposição das orientações em questão e avaliou correctamente as circunstâncias do caso em apreço, para concluir, com razão, que a cessação da participação da ADM no cartel a partir da busca efectuada pelo FBI junto das suas instalações não constituía uma circunstância atenuante.

3. Apreciação

166. Direi desde já que partilho a ideia, adoptada pelo Tribunal, segundo a qual a cessação da participação de uma empresa num grupo secreto manifestamente ilícito não constitui uma circunstância que atenue significativamente a gravidade da infracção e que, portanto, deve ser recompensada com uma diminuição significativa do montante da coima [107].

167. Não compartilho [108], no entanto, do raciocínio com que o Tribunal rejeitou a alegação da recorrente relativa a uma violação

107 — Neste sentido, v. também as conclusões do advogado-geral Trstenjak, de 15 de Maio de 2008, no processo Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, ainda não publicadas na Colectânea, n.º 232), relativo ao cartel do gluconato de sódio.

108 — Contrariamente ao advogado-geral Trstenjak, nas conclusões referidas na nota anterior.

do princípio da proporcionalidade devido ao não reconhecimento da circunstância atenuante em análise. Em particular, sou de opinião que a recorrente tem razão ao alegar que o Tribunal interpretou erradamente o n.º 3, terceiro travessão, das Orientações.

168. Como é reconhecido no n.º 335 do acórdão recorrido, o teor literal dessa disposição é no sentido de que o simples facto de o infractor cessar a infracção desde as primeiras intervenções da Comissão constitui uma circunstância atenuante. Nenhum elemento da disposição dá lugar a possíveis distinções ou a uma aplicação do benefício em questão «só [em] circunstâncias particulares». Por outro lado, só com as novas Orientações de 2006 [109] é que a Comissão, integrando a formulação adoptada no n.º 3, terceiro travessão, das Orientações, indicou que a circunstância atenuante correspondente a ter posto termo à infracção desde as primeiras intervenções da Comissão «não será aplicad[-a] aos acordos ou práticas de natureza secreta (em especial os cartéis)».

169. Por isso, foi não acolhendo o critério segundo o qual *in claris non fit interpretatio* que o Tribunal entendeu dever adoptar uma interpretação restritiva do n.º 3, terceiro travessão, das Orientações que o tornava aplicável apenas em «circunstâncias particulares», invocando o facto de que «o reconhecimento do termo de uma infracção desde as primeiras intervenções da Comissão como circunstância atenuante poria injustificadamente em causa o efeito útil do artigo 81.º, n.º 1, CE, pela diminuição tanto da sanção como do efeito dissuasor da mesma».

170. Tal estatuição parece-me, acima de tudo, forçada. Para além do facto de o artigo 81.º, n.º 1, CE, enquanto tal, não prever nenhuma sanção, mas apenas uma proibição, não vejo como o reconhecimento, em princípio, de tal circunstância atenuante pode comprometer o efeito útil daquele artigo — ou, de qualquer modo, dos artigos 83.º CE e 15.º do Regulamento n.º 17, que regulam a aplicação de coimas — dado que o valor da redução de coima, que pode ser adaptado em função das características do caso em apreço e ser até ínfimo, não é, portanto, susceptível de incidir sobre o efeito dissuasor da coima.

171. Observe-se que as Orientações não contemplam entre as circunstâncias agravantes referidas no n.º 2 a prossecução da infracção depois das primeiras intervenções da Comissão. Assim, é possível pensar que as Orientações pretenderam distinguir o tratamento de empresas participantes num acordo proibido que reagem diversamente à intervenção da Comissão — umas cessando a infracção, as outras perpetrando-a — através de um prémio (diminuição de coima), a dar no primeiro caso, e de uma penalização (aumento de coima), a dar no segundo.

109 — Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2). V. n.º 29, primeiro travessão.

172. Aliás, interpretar o n.º 3, terceiro travessão, das Orientações num sentido coincidente com o seu teor literal, como pretendido pela recorrente, não significa reconhecer que a Comissão se obrigou a considerar *sempre* a mera cessação da infracção a partir das suas primeiras intervenções como circunstância atenuante. Com efeito, tem razão a recorrente ao recordar que, em conformidade com a jurisprudência, a Comissão pode afastar-se das Orientações desde que exponha as razões que a levam a fazê-lo e que estas sejam compatíveis com o princípio de igualdade [110].

173. Considero, pois, que o n.º 3, terceiro travessão, das Orientações pode ser interpretado no sentido de que a cessação da infracção desde aquelas intervenções é, em princípio — e, portanto, não só em circunstâncias particulares, como considerado no acórdão recorrido —, recompensada com uma diminuição do montante de base da coima.

174. Todavia, esta interpretação não implica que o Tribunal devesse necessariamente reconhecer a favor da recorrente a circunstância atenuante prevista na referida disposição e atribuir-lhe, por isso, uma diminuição do montante de base da coima.

175. Com efeito, o Tribunal, dispondo, por força dos artigos 229.º CE e 17.º do Regulamento n.º 17, de uma competência jurisdicional também quanto ao mérito no que respeita às coimas aplicadas ao abrigo desse regulamento, «para além da simples fiscalização da legalidade da sanção, (…) pode substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação», e pode anular, reduzir ou até aumentar o montante da coima aplicada pela Comissão quando a questão desse montante é submetida à sua apreciação [111]. Consequentemente, como o advogado-geral Jacobs já teve oportunidade de sublinhar nas suas conclusões no processo JCB Service/Comissão [112], o Tribunal de Primeira Instância não está vinculado pelas Orientações.

176. O Tribunal de Primeira Instância podia, pois, rejeitar o pedido da recorrente utilizando precisamente os argumentos apresentados nos n.ºs 336, 340 e 341 do acórdão recorrido — que considero perfeitamente partilháveis [113] e que, substancialmente, se centrou na ideia de que pôr termo a uma infracção cujo carácter ilícito é manifesto é uma reacção «adequada e normal» à intervenção da Comissão — no quadro, porém, de uma avaliação efectuada no plano da oportunidade, isto é, que traduza escolhas feitas no âmbito da discricionariedade atribuída ao juiz comunitário.

110 — V. acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido na nota 15 (n.º 209).

111 — Acórdão de 8 de Fevereiro de 2007, Groupe Danone/Comissão (C-3/06 P, Colect., p. I-1331, n.ºs 61 e 62). V. também conclusões do advogado-geral Kokott, de 8 de Dezembro de 2005, no processo cujo acórdão foi proferido em 21 de Setembro de 2006, Technische Unie/Comissão (C-113/04, Colect., p. I-8831, n.º 132), e conclusões do advogado-geral Poiares Maduro, de 16 de Novembro de 2006, no processo Groupe Danone/Comissão, já referido (n.ºs 45 e 48).

112 — Conclusões de 15 de Dezembro de 2005, no processo referido na nota 100 *supra* (n.º 141).

113 — Excepto, quanto ao que antes referi, as duas últimas linhas do n.º 336, que se referem à atenuação da sanção e ao efeito dissuasor da mesma.

177. O presente fundamento de anulação deve, pois, em minha opinião, ser acolhido na medida em que alega que o Tribunal cometeu um erro de direito na interpretação das Orientações. O acórdão recorrido deve ser anulado quanto a esse ponto. Dado que o estado dos autos o permite, a alegação feita pela recorrente em primeira instância pode ser reapreciada e, em minha opinião, rejeitada pelo Tribunal de Justiça no exercício da competência de plena jurisdição de que também dispõe quando se pronuncia definitivamente sobre litígios ao abrigo do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do seu Estatuto [114].

I — *Quanto ao nono fundamento, relativo ao impacto concreto do cartel no mercado*

1. Considerações do Tribunal de Primeira Instância

178. Perante o Tribunal de Primeira Instância, a recorrente fez várias alegações nas quais afirmava que a Comissão não fez prova bastante do que, como declarado na decisão controvertida em aplicação do ponto 1. A, primeiro travessão, das Orientações [115], o cartel em apreço teve um impacto concreto no mercado. Na petição que apresentou no Tribunal de Justiça, quanto a esse aspecto, critica apenas as apreciações com que o Tribunal, nos n.os 198 a 203 do acórdão recorrido, rejeitou a sua argumentação segundo a qual o referido impacto não podia considerar-se demonstrado na medida em que a Comissão não procedeu à identificação prévia do mercado do produto em causa. A recorrente concluiu que tal identificação era exigível no âmbito de uma análise destinada a apurar os efeitos do cartel para fins da avaliação da gravidade da infracção, evidenciando que na decisão controvertida não figurava qualquer conclusão segundo a qual o ácido cítrico constituía o mercado do produto em causa [116].

179. O Tribunal rejeitou a referida argumentação essencialmente com base nas seguintes considerações:

«198 Importa observar, em primeiro lugar, que, na decisão, a Comissão não analisou se o mercado do produto em causa devia ser limitado ao ácido cítrico ou se devia ser apreendido, como afirma a ADM, de forma mais ampla, englobando os seus produtos de substituição. Sob os títulos «O PRODUTO» (…) e «O MERCADO DE ÁCIDO CÍTRICO» (…), a Comissão limitou-se a descrever as diferentes aplicações do ácido cítrico, bem como a dimensão do mercado de ácido cítrico.

199 Ora, no relatório especializado que a ADM submeteu à Comissão no procedimento administrativo, o mercado de

114 — V. acórdão de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 218).

115 — Nos termos dessa disposição, «[a] avaliação do grau de gravidade da infracção deve ter em consideração», designadamente «o seu impacto concreto no mercado quando este for quantificável».

116 — V. petição do recurso de primeira instância, n.º 7.2.3.

produtos em causa é analisado e definido como sendo mais vasto, englobando produtos de substituição, designadamente, os fosfatos e os ácidos minerais. No entanto, na decisão, a Comissão não examinou os argumentos da ADM relativos à necessidade de recorrer a uma definição mais ampla do mercado do produto relevante.

200 Nesta medida, há que considerar que a argumentação da ADM só poderia prosperar se esta demonstrasse que, se a Comissão tivesse definido o mercado de produtos em causa em conformidade com as afirmações da ADM, deveria ter concluído que a infracção não teve impacto no mercado definido como sendo o do ácido cítrico e dos seus substitutos (…).

201 Ora, face à análise da evolução dos preços e das quotas de venda, efectuada pela Comissão nos n.os 213 e seguintes da decisão, a ADM não conseguiu demonstrar nem mesmo apresentar elementos que, reunidos, constituíssem um conjunto de indícios coerente que demonstrasse, com uma probabilidade razoável, que o impacto do acordo relativo ao ácido cítrico no mercado mais amplo que engloba os seus substitutos teria sido inexistente ou, pelo menos, desprezável. Mesmo no relatório especializado, quando este postula que o mercado devia ser definido de forma mais ampla, a análise quanto à pretensa inexistência de influência do acordo na evolução dos preços limita-se ao mercado do ácido cítrico».

2. Argumentos das partes

180. Na sua petição, a recorrente alega que, depois de acertadamente ter concluído, no n.º 198 do acórdão recorrido, que a Comissão não definiu o mercado do produto em causa, o Tribunal não podia concluir que a Comissão provou que o cartel teve efeitos no mercado. A recorrente sustenta que a definição do mercado do produto em causa é indispensável para efeitos da verificação dos elementos de um cartel, sublinhando especialmente que um acordo relativo aos preços de um produto não pode ter efeitos se os consumidores puderem orientar a sua procura para produtos de substituição e que um aumento generalizado dos preços ou da procura destes últimos pode determinar um aumento do preço do produto objecto do cartel, independentemente deste. Considerando que incumbia à recorrente demonstrar que, se o mercado do produto tivesse sido definido como o apresentou, a Comissão deveria ter verificado que a infracção não tinha tido impacto sobre o referido mercado, foi erradamente que o Tribunal tinha atribuído à recorrente o ónus da prova quanto aos efeitos de um cartel, que, pelo contrário, recaía sobre a Comissão. O Tribunal violou o princípio segundo o qual a Comissão deve respeitar as regras, como as constantes das Orientações, que impõe a si mesma. Não estando provados os efeitos do cartel no mercado, o montante da coima deveria, consequentemente, ser reduzido.

181. Considerando que o Tribunal não declarou que, na decisão controvertida faltava a definição de um mercado, a Comissão exclui que o Tribunal tenha cometido um erro quanto ao ónus da prova e considera que, com o presente fundamento, a recorrente, na realidade, procura que o Tribunal de Justiça analise uma questão de facto relativamente à qual não forneceu a prova necessária durante o processo em primeira instância. Na audiência, o seu representante acrescentou que, em quaisquer circunstâncias, a análise do mercado do produto em causa não era necessária no caso em apreço.

3. Apreciação

182. Cabe sublinhar, a título preliminar, que, para a definição do mercado do produto em causa, a recorrente considera a bem conhecida operação de identificação do conjunto dos produtos ou serviços que, em razão das suas características, são particularmente adequados para satisfazer exigências constantes e não são facilmente permutáveis com outros produtos [117], operações a que a Comissão procede em sede de aplicação dos artigos 81.º e 82.º CE e do controlo das concentrações de dimensão comunitária. Trata-se de uma operação que, conjuntamente com a identificação do mercado geográfico relevante, permite determinar as pressões concorrenciais a que são submetidas as empresas interessadas por um determinado comportamento no mercado ou por uma concentração e, portanto, avaliar o seu poder de mercado.

183. Como a própria Comissão recorda na sua comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência [118], «o conceito de mercado relevante é distinto dos outros conceitos de mercado frequentemente utilizados noutros contextos. Por exemplo, as empresas empregam frequentemente o termo mercado para se referirem à área em que vendem os seus produtos ou, em termos gerais, à indústria ou ao sector em que se integram». Pode, aliás, referir-se genericamente o mercado de um produto (por exemplo, o do ácido cítrico) como o âmbito em que se encontram a procura e a oferta desse produto, independentemente de poderem existir produtos que com ele se possam permutar e cuja procura e oferta possam interagir com a procura e oferta daquele produto. É à noção de mercado do produto em causa descrita no número anterior, contraposta à noção de mercado do produto em sentido mais genérico, a que me referirei a seguir ao falar de mercado do produto relevante.

184. A alegação da recorrente tinha como objectivo que o Tribunal de Primeira Instância se pronunciasse sobre a questão de saber se uma avaliação dos efeitos de um acordo proibido pelo artigo 81.º CE, no âmbito da determinação da gravidade da infracção, pressupõe necessariamente uma definição do mercado do produto em causa ou se pode ser conduzida apenas por referência ao produto objecto da concentração, independentemente da existência de outros produtos eventualmente permutáveis com aquele do ponto de vista dos consumidores.

117 — Por todos, acórdão Michelin/Comissão, já referido na nota 10 (n.º 37).

118 — JO 1997, C 372, p. 5 (n.º 3).

185. O presente fundamento de anulação parte da ideia de que o Tribunal constatou, na decisão controvertida, a falta de uma definição do mercado do produto em causa e que, substancialmente, considerou, erradamente, desnecessária, no presente caso, a referida definição para efeitos de uma apreciação do impacto do cartel no mercado.

186. Embora as considerações do Tribunal não sejam muito claras quanto a este aspecto e a Comissão observe que não a acusou de ter omitido a definição de um mercado, considero que decorre suficientemente dos números 198 e 199 do acórdão recorrido que a Comissão se limitou a tomar em consideração o produto ácido cítrico sem se interessar em verificar a susceptibilidade de ser substituído por outros produtos. O facto de o Tribunal ter reconhecido que a decisão controvertida fazia referência ao «mercado do ácido cítrico» não pode significar que o Tribunal reconheceu que a Comissão chegou a definir o mercado do produto em causa.

187. Aliás, a mesma Comissão, se, na tréplica apresentada em primeira instância, sublinhou que a decisão controvertida «indica claramente que o mercado do produto a tomar em consideração era o do ácido cítrico» [119], na resposta às questões escritas apresentadas pelo Tribunal declarou que, com isso, não pretendia afirmar que efectuou «uma análise *extensiva e detalhada* do mercado do produto em causa» [120] como entendido na sua comunicação referida no n.º 183 *supra*, não sendo necessário, para efeitos do caso em apreço, examinar todos os possíveis substitutos do ácido cítrico. Para mais, na referida resposta, a Comissão acrescentou que, na decisão controvertida, tinha simplesmente «descrito *os produtos que interessavam ao cartel* bem como a oferta e a procura de tais produtos» [121], afirmação susceptível de excluir que tenha feito uma *qualquer* análise do mercado do produto em causa.

188. Considero, pois, que a recorrente não comete um erro quando afirma que o Tribunal constatou que a Comissão não chegou a definir o mercado do produto em causa, tendo-se limitado a considerar o *produto* ácido cítrico e o respectivo mercado em sentido genérico.

189. Ora, se se devesse considerar fundada a tese da recorrente segundo a qual é sempre necessária a definição do mercado do produto em causa para se poder verificar o impacto concreto de um cartel no âmbito da avaliação da gravidade da infracção, esta teria razão em defender, na sua petição, que o raciocínio seguido pelo Tribunal nos n.os 120 e 121 do acórdão recorrido transfere indevidamente para a recorrente um ónus da prova que antes recai sobre a Comissão. Se a Comissão devia definir o mercado do produto em causa e não o fez, interessando-se apenas pelo produto ácido cítrico sem ter em conta a susceptibilidade de o mesmo ser substituído por outros

119 — Tréplica, n.º 25.

120 — V. resposta ao quesito n.º 1, p. 2. Tradução não oficial (sublinhado meu).

121 — *Ibidem*, p. 3. Tradução não oficial (sublinhado meu).

produtos, o Tribunal não podia deixar de constatar a omissão da Comissão e não devia ter pedido à recorrente a prova de que, no mercado do produto em causa, definido como esta última tinha sugerido, a concentração não tinha tido impacto.

190. O presente fundamento de anulação suscita, pois, uma questão de direito, não colocando de novo em discussão a apreciação dos factos efectuada pelo Tribunal. É, por isso, admissível.

191. Quanto ao mérito, compartilho, no essencial, das apreciações do Tribunal de Primeira Instância.

192. Nenhuma consequência prática parece ter o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter apreciado a alegação da recorrente no sentido de que se destinava a obter a declaração de que houve uma definição *errada* do mercado do produto em causa [122], quando, na realidade, se referia à *omissão* da definição desse mercado. O Tribunal de Primeira Instância partiu da ideia de que a falta de análise, pela Comissão, da permutabilidade entre o ácido cítrico e outros produtos se tinha traduzido, na prática, na tomada em consideração de um mercado relevante limitado ao ácido cítrico, quando a recorrente o considerava mais vasto. A alegação feita pela recorrente no Tribunal de Primeira Instância partia antes da ideia de que a Comissão considerou o ácido cítrico como mercado do produto em sentido apenas genérico. Substancialmente, no entanto, esta diferença de apresentação é desprovida de efeito prático, na medida em que o que a recorrente denuncia é essencialmente o facto de, em consequência da falta de definição do mercado do produto em causa, a Comissão não ter verificado os efeitos do cartel sobre o que, em sua opinião, era o mercado do produto em causa, ou seja, um mercado que incluía não só o ácido cítrico mas também outros produtos.

193. Como a Comissão, considero improcedente a tese da recorrente segundo a qual, para poder estabelecer o impacto concreto de um cartel no quadro da apreciação da gravidade da infracção, é sempre necessária a definição do mercado do produto em causa.

194. Recorde-se, antes de mais, que nem todas as apreciações que a Comissão é chamada a efectuar em sede de aplicação das regras do Tratado CE relativas à concorrência pressupõem que tenha sido previamente definido um mercado relevante.

122 — V. acórdão impugnado, n.os 194 e 203, onde se referem, respectivamente «erros na definição do mercado relevante» e «definição errada do mercado de produtos em causa».

195. A definição do mercado relevante é, por exemplo, indispensável, como se sabe, para se poder constatar uma posição dominante na acepção e para os efeitos do artigo 82.º CE [123].

196. Quanto ao artigo 81.º CE, o Tribunal de Justiça teve oportunidade de afirmar que « [a] definição do mercado em causa, no âmbito da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE (actual artigo 81.º, n.º 1, CE), tem o único objectivo de determinar se o acordo em apreço pode prejudicar o comércio entre os Estados-Membros e tem por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum» [124]. Além disso, como esclarece a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância, a obrigação de proceder a uma delimitação do mercado em causa numa decisão adoptada em aplicação do artigo 81° CE não é absoluta, impondo-se à Comissão «*apenas quando, sem essa delimitação*, não é possível determinar se [o cartel em causa] é susceptível de afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros e tem por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum» [125].

197. A definição do mercado relevante é, além disso, necessária para verificar se, numa determinada situação, está preenchida a condição prevista no artigo 81.º, n.º 3, alínea b), CE para efeitos da declaração de inaplicabilidade do n.º 1 do mesmo artigo [126], enquanto não o é para efeitos de verificar se estão preenchidas as outras condições referidas no artigo 81.º, n.º 3, CE [127].

198. Também no âmbito da determinação da gravidade de uma infracção, para efeitos da aplicação do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, cumpre apreciar a necessidade de uma definição prévia do mercado relevante em relação à apreciação concreta que se pretende efectuar.

199. No que respeita à avaliação do impacto concreto de uma concentração, não me parece que, para efeitos de verificar se um carel teve esse impacto, a Comissão tenha sempre que delimitar previamente o mercado em causa.

200. No caso em apreço, a Comissão concluiu que o cartel teve efeitos sobre os preços do ácido cítrico. As alegações que a recorrente fez contra essa conclusão no Tribunal foram rejeitadas por este com apreciações, apresen-

123 — V., *ex multis*, acórdãos de 31 de Maio de 1979, Higin/ /Comissão (22/78, Recueil, p. 1869, n.º 5), Michelin/ /Comissão, já referido na nota 10 (n.º 37), e de 13 de Dezembro de 2007, United Pan-Europe Communications e o. (C-250/06, Colect., p. I-11135, n.º 21).

124 — Despacho de 16 de Fevereiro de 2006, Adriatica di Navigazione/Comissão (C-111/04 P, Colect, p. I-22, n.º 31).

125 — Acórdão de 19 de Março de 2003, CMA CGM e o./ /Comissão (T-213/00, p. II-913, n.º 206). Sublinhado meu. V. também acórdãos de 6 de Julho de 2000, Volkswagen/ /Comissão (T-62/98, Colect., p. II-2707,.º 230), e de 8 de Julho de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comissão (T-44/00, Colect., p. II-2223, n.º 132).

126 — Neste sentido, v. comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, já referida na nota 118 (n.º 11), e acórdão CMA CGM e o./Comissão, já referido na nota anterior (n.º 226).

127 — Acórdão CMA CGM e o./Comissão, já referido na nota 125 (n.º 226).

tadas nos n.os 152 a 168 e 180 a 193 do acórdão recorrido, que não foram contestadas na petição. Os referidos efeitos devem, pois, considerar-se definitivamente apurados.

201. Ora, mesmo admitindo que o mercado do produto em causa inclua, neste caso, outros produtos além do ácido cítrico, resta o facto de o acordo ter tido efeitos, pelo menos, num segmento desse hipotético mercado mais vasto, precisamente o segmento representado pelo ácido cítrico. Constatados tais efeitos, em minha opinião, a Comissão cumpriu o ónus de provar que o cartel tinha tido um impacto concreto no mercado. Nessa altura, incumbia à recorrente refutar a convicção a que se chegou sobre esses efeitos a este respeito, alegando e demonstrando, por exemplo, que eram compensados por efeitos em sentido contrário que o cartel estendeu a outros segmentos daquele mercado mais vasto. Todavia, como adequadamente sublinhou o Tribunal no n.º 201 do acórdão recorrido, a recorrente não apresentou qualquer elemento que pudesse levar a crer que, se tivesse considerado também os produtos de substituição do ácido cítrico, a Comissão teria concluído que o impacto do cartel naquele mercado mais amplo teria sido inexistente ou irrelevante.

202. Assim, em minha opinião, o presente fundamento de anulação não deve ser acolhido.

J — *Quanto aos fundamentos (sétimo e oitavo) de anulação relativos à violação do princípio do respeito da confiança legítima, em sede da apreciação da cooperação da ADM durante o procedimento administrativo*

203. No Tribunal de Primeira Instância, a recorrente criticou a decisão controvertida na parte em que lhe negou o benefício previsto na secção B da comunicação sobre a cooperação, relativo à «[n]ão aplicação ou redução muito substancial da coima». Essa recusa, na parte em que se fundamentava no facto de a ADM não preencher as condições previstas na alínea b) da referida secção B, era contrária ao princípio do respeito da confiança legítima por duas razões. Em primeiro lugar, a recorrente deduzia que, contrariamente ao referido na decisão controvertida, ela, e não a Cerestar, foi a primeira empresa a produzir elementos determinantes para efeitos da prova da existência do cartel, na acepção da alínea b) da referida secção. Com efeito, segundo a ADM, os elementos de prova facultados pela Cerestar na reunião com os funcionários da Comissão, em 29 de Outubro de 1998, não permitiam demonstrar a existência do cartel, contrariamente aos que a ADM forneceu à Comissão, na reunião de 11 de Dezembro de 1998. Em segundo lugar, alegava que, de qualquer modo, em diversas reuniões com os serviços da Comissão e na correspondência trocada com os referidos serviços durante o procedimento administrativo, lhe tinha sido confirmado que fora a primeira a cooperar com a Comissão, nos termos da secção B da referida comunicação.

204. O Tribunal de Primeira Instância rejeitou ambas as alegações. A primeira foi considerada inoperante, dado que a ADM não

preenchia a condição prevista na alínea e) do ponto B da comunicação sobre a cooperação, tendo-se provado que desempenhou um papel de líder no cartel e que as condições estabelecidas na mesma secção B, alíneas a) a e), devem ser cumulativamente preenchidas para efeitos da atribuição do benefício em questão [128]. A segunda foi julgada improcedente, na medida em que o Tribunal, após análise das declarações invocadas pela recorrente, considerou que a Comissão, durante o procedimento administrativo, não forneceu garantias precisas de que concederia aquele benefício à ADM, não podendo, aliás, fornecer garantias desse género, dado que só com base numa apreciação de todas as informações apresentadas pelas empresas durante o procedimento administrativo a Comissão pode decidir se alguma pode gozar do referido benefício [129].

1. Quanto ao fundamento relativo às declarações dos agentes da Comissão durante o procedimento administrativo

205. Com o presente fundamento, a recorrente alega que, tendo-se declarado, nos n.os 391 e 392 do acórdão recorrido, que «a Comissão tentou efectivamente incitar as partes em causa a cooperar consigo da forma mais completa possível ao tornar-lhes este exercício o mais atractivo possível mediante referência à secção B da comunicação sobre a cooperação» e que «indicou à ADM que, em princípio, esta era 'elegível' para uma redução muito substancial da coima nos termos da [referida] secção», o Tribunal deveria ter concluído que tinham sido dadas à recorrente garantias precisas susceptíveis de criar uma confiança legítima quanto à atribuição do benefício em questão.

206. Além disso, o Tribunal considerou erradamente que não se podiam conferir tais garantias, dado que a apreciação, pela Comissão, da cooperação das empresas ocorre só no final do procedimento administrativo. A comunicação sobre a cooperação afirmava que a confiança legítima surge no próprio momento em que as provas são fornecidas.

207. A Comissão alega que as observações do Tribunal estão isentas de erros de direito. Sublinha, em particular, que, embora seja verdade que a comunicação sobre a cooperação cria legítimas expectativas, uma empresa, no momento em que fornece provas à Comissão, não pode alimentar uma expectativa legítima quanto ao facto de esta lhe vira conceder uma redução de coima nos termos da secção B da referida comunicação. A Comissão só estava efectivamente em condições de apreciar se aquela empresa preenche os requisitos cumulativos previstos na referida secção após ter obtido e avaliado todas as provas.

208. Pela minha parte, observo, em primeiro lugar, que a questão de saber se, com as declarações prestadas pelas agentes da Comissão durante o procedimento adminis-

128 — V. acórdão recorrido, n.os 375 a 379.
129 — V. acórdão recorrido, n.os 384 a 395.

trativo, foram dadas à recorrente garantias precisas sobre a aplicação, em seu benefício, da secção B da comunicação sobre a cooperação, integra a esfera da avaliação dos factos efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, que não pode ser posta em causa em sede de recurso, excepto em caso de alegação de uma desvirtuação dos próprios factos ou dos elementos destinados a provar esses factos. Ora, na petição, a recorrente não faz qualquer alegação dessa natureza.

209. Por outro lado, considero que as conclusões do Tribunal não são incompatíveis com as observações que efectuou nos n.os 391 e 392 do acórdão recorrido (v. n.º 205 *supra*), das quais não se pode inferir que tenham sido dadas à recorrente garantias precisas quanto ao facto de lhe vir a ser concedido o benefício referido na secção B da comunicação sobre a cooperação. Resulta apenas de tais observações que a concessão desse benefício foi mencionada à ADM pelos agentes da Comissão como uma possibilidade, «nos termos» daquela secção, o que significa subordinadamente à verificação das condições aí previstas.

210. Além disso, o Tribunal considerou acertadamente que, no momento em que a recorrente cooperou no inquérito da Comissão, nunca poderia surgir na recorrente uma confiança legítima na concessão de tal benefício. Com efeito, a recorrente devia estar consciente, já naquele momento, do facto de que, como refere expressamente a secção E, n.º 2, da comunicação sobre a cooperação [130], a Comissão só aprecia se estão preenchidas as condições estabelecidas no ponto B daquela comunicação no momento da adopção da decisão final.

211. O presente fundamento deve, pois, ser rejeitado.

2. Quanto ao fundamento relativo à violação das condições previstas na secção B da comunicação sobre a cooperação

212. Com o presente fundamento, a recorrente, substancialmente, alega que a rejeição, por inoperante, do fundamento do seu recurso de primeira instância fundado na violação da alínea b) da secção B da comunicação sobre a cooperação, e, portanto, do princípio do respeito da confiança legítima, está afectada pela errada declaração do não preenchimento, pela ADM, da condição prevista na alínea e) da referida secção B. Esta constatação errada foi a consequência dos erros de direito cometidos pelo Tribunal na análise dos fundamentos com que a recorrente contestou a apreciação da Comissão segundo a qual desempenhou um papel de líder no cartel.

130 — Nos termos do qual «[o] preenchimento ou não das condições estabelecidas nos pontos B, C ou D e, por conseguinte, a concessão ou não de qualquer redução da coima ou mesmo a não aplicação de coimas só será apreciado no momento da adopção da decisão pela Comissão.»

213. A Comissão sublinha que, com o presente fundamento, a recorrente reitera simplesmente as alegações que, no âmbito de outros fundamentos de anulação, formulou contra as apreciações com que o Tribunal confirmou a atribuição à ADM da qualidade de líder do cartel, efectuada na decisão controvertida. A Comissão alega, pois, que o presente fundamento deve ser rejeitado dado que aquelas alegações, como argumentou em resposta às mesmas, são improcedentes.

214. Dado que, em resultado da análise dos fundamentos relativos ao papel de líder alegadamente desempenhado pela ADM no cartel do ácido cítrico, considerei que, tanto por razões processuais como substantivas, não se pode concluir que a recorrente efectivamente desempenhou esse papel, não posso deixar de propor que o presente fundamento de anulação seja acolhido. Não podendo considerar que a recorrente era um líder daquele cartel e que, por isso, não preenche a condição prevista na alínea e) da secção B da comunicação sobre a cooperação, o Tribunal deveria ter analisado, quanto ao mérito, a alegação relativa à aplicação errada, pela Comissão, da alínea b) da mesma secção B.

215. O acórdão recorrido deve, pois, ser anulado na parte em que considera a referida alegação inoperante, alegação essa que passo a analisar, considerando que o estado dos autos permite ao Tribunal de Justiça pronunciar-se definitivamente sobre ela, nos termos do artigo 61.º, primeiro travessão, do seu Estatuto.

K — *Quanto ao recurso da decisão controvertida: questão de saber se, nos termos da secção B, alínea d), da comunicação sobre a cooperação, a recorrente devia ser considerada a primeira empresa a fornecer à Comissão elementos determinantes para efeitos da prova da existência do cartel*

216. No Tribunal, a recorrente alegou que foi a primeira empresa a fornecer à Comissão elementos determinantes para efeitos da prova da existência do cartel do ácido cítrico. Tais elementos foram facultados, mediante depoimentos pessoais, provas documentais que remontam à época do cartel e documentos descritivos do contexto e da actuação do cartel, durante a reunião realizada entre os seus representantes e os agentes da Comissão em 11 de Dezembro de 1998. Em contrapartida, os elementos fornecidos pela Cerestar durante a reunião realizada entre os representantes desta última e os agentes da Comissão, em 29 de Outubro de 1998, contrariamente ao disposto na decisão controvertida, não podiam ser considerados como determinantes para efeitos da prova da existência do cartel.

217. Sobre este último aspecto, a recorrente referiu os seguintes argumentos [131]:

— a Cerestar não prestou informações sobre o cartel relativas ao período anterior ao seu envolvimento no mesmo;

131 — V. petição de primeira instância, n.º 9.2.1.

— as informações prestadas pela Cerestar quanto às datas das reuniões do cartel e aos participantes nas mesmas não eram precisas nem conclusivas e foram depois parcialmente desmentidas, após verificação aprofundada, pela própria Cerestar;

— a Cerestar prestou informações vagas e pouco concludentes sobre o objecto das reuniões e não indicou qualquer dado preciso quanto aos preços e às quotas acordadas;

— não parece que a Cerestar tenha fornecido à Comissão provas testemunhais directas;

— a própria Cerestar considerou necessário aprofundar e esclarecer as declarações orais prestadas na reunião de 29 de Outubro de 1998, através do envio de informações suplementares, após a reunião entre a ADM e os agentes da Comissão, de 11 de Dezembro de 1998;

— a Comissão enviou à Cerestar um pedido de informações detalhadas, datado de 3 de Março de 1999, que se baseava em afirmações da ADM.

218. A Comissão contrapôs que o carácter incompleto das informações prestadas por uma empresa não impede, na acepção da secção B, alínea b), da comunicação sobre cooperação, que se possa considerar que as referidas informações constituem elementos determinantes para efeitos da prova da existência de um cartel. A referida disposição não exige provas da duração exacta do cartel ou da constante participação de todos os seus membros.

219. A título preliminar, observe-se que a recorrente não colocou em dúvida que elementos determinantes na acepção daquela disposição podem também ser fornecidos oralmente e não lamentou a falta de certeza quanto ao conteúdo das declarações orais feitas pelas representantes da Cerestar na reunião de 29 de Outubro de 1998. O conteúdo dessas declarações resulta de uma «nota para o processo», de 6 de Novembro de 1998, redigida por um dos agentes da Comissão presentes naquela reunião e que foi junta ao processo de primeira instância, em cumprimento de um pedido concreto do Tribunal. Além disso, a recorrente não contestou, ou, pelo menos, não o fez de maneira suficientemente clara e circunstanciada, o que foi afirmado no início do considerando 306 da decisão controvertida, isto é, que as informações prestadas pela Cerestar naquela reunião correspondem às que figuram na declaração escrita da Cerestar.

220. Para efeitos da análise da presente alegação suscitada no recurso em primeira instância, cumpre, pois, verificar apenas, à luz dos argumentos expostos pela recorrente, se aquelas informações, como resultam da referida «nota para o processo» e da declaração escrita da Cerestar, constituíam elementos determinantes para efeitos da prova da existência do cartel do ácido cítrico.

221. A este propósito, sublinhe-se, antes de mais, que, como a jurisprudência do Tribunal já evidenciou, a noção de «elementos determinantes que provem a existência do acordo», na acepção da secção B, alínea b), da comunicação sobre cooperação, não se refere a provas que sejam, em si mesmas, suficientes para demonstrar a existência do cartel [132]. Porém, os elementos fornecidos não devem ser simplesmente uma fonte de orientação para os inquéritos que a Comissão deve efectuar, devendo poder ser utilizados directamente para provar a infracção [133].

222. A disposição em apreço não exige, de modo algum, que sejam fornecidos elementos de prova sobre todos os factos referidos na decisão da Comissão [134]. Os elementos fornecidos não têm, portanto, de necessariamente abranger todo o período de existência do cartel. A referida disposição também não impõe que os elementos de prova sejam necessariamente fornecidos através de depoimentos directos dos protagonistas das actividades ilícitas. O primeiro e o quarto argumentos referidos no n.º 217 *supra* são, pois, improcedentes e devem ser rejeitados.

223. O mero facto de, depois da reunião de 29 de Outubro de 1998, a Cerestar ter decidido fornecer mais informações ou de a Comissão lhe ter enviado um pedido de informações não é relevante para estabelecer se os elementos fornecidos durante aquela reunião eram determinantes para efeitos da prova da existência do cartel. Portanto, também o quinto e o sexto argumentos referidos no n.º 217 *supra* devem ser rejeitados.

224. Quanto à falta de precisão das informações fornecidas pela Cerestar em 29 de Outubro de 1998 sobre dados das reuniões do cartel e sobre os respectivos participantes, observe-se que as circunstâncias invocadas pela recorrente — isto é, que, segundo aquelas informações, oito reuniões foram identificadas como «possíveis» reuniões do cartel, que a identidade dos participantes foi transmitida apenas em relação a três reuniões do cartel efectivamente realizadas e que seis das reuniões mencionadas naquelas informações se revelaram inexistentes, segundo as conclusões da Comissão — não permitem excluir que, com aquelas informações, a Cerestar tenha, contudo, fornecido à Comissão elementos determinantes. Com efeito, ocorre que, como

132 — V. acórdãos Tokai Carbon e o./Comissão (n.º 362) e BASF/Comissão (n.º 492), já referidos na nota 30, bem como acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 15 de Março de 2006, Daiichi Pharmaceutical/Comissão (T-26/02, Colect., p. II-713, n.º 156), tendo todos evidenciado que o adjectivo «suficiente», utilizado na secção B, alínea a), da comunicação sobre a cooperação, não figura na secção B, alínea b), da mesma comunicação; v. também acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 26 de Abril de 2007, Bolloré e o./Comissão (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 e T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, Colect., p. II-947, n.º 692).

133 — V. acórdãos BASF/Comissão, já referido na nota 30 (n.º 493), e Daiichi Pharmaceutical/Comissão, já referido na nota anterior (n.º 157).

134 — Nesse sentido, acórdão Daiichi Pharmaceutical/Comissão, já referido na nota 132 (n.º 162).

resulta das próprias indicações da recorrente, com as mesmas informações — acompanhadas, se necessário, de oportunas e compreensíveis reservas, dado o tempo decorrido e a alegada falta de documentação escrita — a Cerestar teve a possibilidade de identificar um certo número de reuniões do cartel consideradas na decisão controvertida, bem como os respectivos participantes [135].

225. Finalmente, quanto ao carácter alegadamente vago e pouco conclusivo das informações prestadas pela Cerestar, em 29 de Outubro de 1998, sobre o objecto das reuniões do cartel e à falta de dados precisos relativos aos preços e às quotas acordadas, considero que não se trata de circunstâncias susceptíveis de excluir que a Cerestar tinha fornecido naquela data elementos determinantes para efeitos da prova da existência do cartel.

226. É certo que as referidas informações não são completas a ponto de indicar, para cada reunião efectiva do cartel que indicam, a data, o local, os participantes, o objecto e o andamento das discussões. Todavia, para cada uma das reuniões, fornecem detalhes específicos que as tornam passíveis de serem utilizadas directamente como elemento de prova de factos constitutivos de infracções, factos cuja prova plena resulta da combinação dessas informações com os elementos de prova que a Comissão obteve depois, de outras fontes.

227. Assim, por exemplo, se é verdade que, para a reunião do cartel, de 19 de Maio de 1992, em Jerusalém, as informações prestadas pela Cerestar não indicavam o objecto das discussões, mas apenas a data aproximada, o local e os participantes, a Comissão pode determinar, graças às informações prestadas por outras empresas, que, naquela reunião, foi analisado um sistema de compensação das vendas entre membros do cartel para os casos em que as quotas individuais de mercado acordadas eram excedidas [136]. Por outro lado, estas informações prestadas por outras empresas são, por sua vez, corroboradas pelas informações prestadas pela Cerestar, em 29 de Outubro de 1998, nas quais, ainda que sem referências a reuniões específicas do grupo, o referido sistema de compensação é descrito em termos gerais e são dados pormenores sobre transacções concretas celebradas pela Cerestar para efeitos de compensação.

228. Em relação à reunião de 2 de Novembro de 1994, em Bruxelas [137], as informações prestadas pela Cerestar incluíam, além disso, referências ao objecto das discussões, em

135 — Trata-se, em particular, das reuniões de 19 de Maio de 1992, em Jerusalém (v. considerando 103 da decisão controvertida e página 5 da declaração escrita da Cerestar, onde se indica o dia seguinte como data provável da reunião, portanto, com um hiato temporal mínimo); de 1 de Junho de 1993, na Irlanda (v. considerando 113 da decisão controvertida e página 6 da declaração escrita da Cerestar), e de 27 de Outubro de 1993, em Bruges (v. considerando 118 da decisão controvertida e página 6 da declaração escrita da Cerestar).

136 — V. considerando 103 da decisão controvertida.

137 — V. considerando 122 da decisão controvertida e páginas 7 e 8 da declaração escrita da Cerestar.

particular à iniciativa, acordada naquela sede, de fazer saber aos produtores chineses concorrentes, através de representantes próprios, da possibilidade de uma denúncia contra eles por práticas anti-dumping.

229. A circunstância de a Comissão, para provar factos constitutivos da infracção como as diferentes reuniões realizadas pelo cartel, ter tido que integrar os elementos de prova fornecidos pela Cerestar em 29 de Outubro de 1998 com os posteriormente fornecidos por outras empresas do cartel ou pela própria Cerestar não exclui o valor «determinante» daqueles primeiros elementos, idóneos a ponto de serem directamente utilizados para efeitos de prova e não como meras fontes de orientação dos inquéritos da Comissão.

230. Além disso, é certo que as informações prestadas pela Cerestar em 29 de Outubro de 1998 não continham dados precisos relativos aos preços acordados e que, quando às quotas, faziam unicamente referência à quota de 5% das vendas mundiais conjuntas dos membros do cartel atribuída à própria Cerestar.

231. Todavia, as referidas informações identificam os membros do cartel, permitem que se refira o período 1991-1995 como a duração aproximada da infracção, identificam um certo número de reuniões do grupo, o local dessas reuniões e os respectivos participantes, oferecem um relato pormenorizado das circunstâncias em que ocorre a Cerestar aderiu ao cartel e contêm uma descrição geral, mas nem por isso vaga, dos mecanismos de funcionamento do cartel, com referência à tipologia das reuniões («Masters» e «Sherpa») e às várias áreas temáticas abrangidas pelos acordos (em particular, preços, atribuição de quotas de mercado e troca de informações sobre volume de vendas). Em minha opinião, não há dúvida de que, com tais informações, ainda que não acompanhadas de dados numéricos sobre preços e quotas acordadas, a Cerestar forneceu elementos determinantes para efeitos da prova da existência do cartel [138], susceptíveis de facilitar substancialmente a tarefa da Comissão de reconstituir e provar os factos constitutivos da alegada infracção. Se, em seguida, este contributo, atento o limitado nível de pormenor que o caracteriza, merecia uma redução de coima tão vasta como a concedida à Cerestar pela Comissão (90%) é uma questão distinta que, obviamente, não deve ser tratada nesta sede.

232. Os argumentos da recorrente não me parecem, pois, susceptíveis de provar que a Comissão cometeu erros de apreciação ao considerar que os elementos fornecidos pela Cerestar, durante a reunião de 29 de Outubro de 1998, foram determinantes para efeitos da prova da existência do cartel do ácido cítrico.

138 — V., para conclusões análogas em circunstâncias similares, acórdão BASF/Comissão, já referido na nota 30 (n.º 568), bem como acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2006, Roquette Frères/Comissão (T-322/01, Colect., p. II-3137, n.os 238 a 244, em particular, n.º 242), e processo Archer Danils Midland/Comissão (T-329/01, Colect., p. II-3255, n.os 320 a 324, em especial, n.º 323).

233. A alegação da recorrente quanto a este aspecto, no recurso interposto da decisão controvertida, deve, pois, em minha opinião, ser rejeitada.

L — *Nova determinação do montante da coima aplicada à recorrente*

234. Retirando as consequências das considerações e conclusões até aqui formuladas, considero que o Tribunal de Justiça, decidindo definitivamente o litígio, nos termos do artigo 61.º, primeiro travessão, do seu Estatuto, deve fixar novamente o montante da coima aplicada à recorrente na decisão controvertida do seguinte modo: anulando o agravamento de 35% aplicado ao montante de base da coima calculado pela Comissão, a título de circunstância agravante pela qualidade de líder do cartel; em seguida, aplicando a esta última importância, equivalente a 58,8 milhões de euros, a redução de 50% concedida pela Comissão nos termos da secção D da comunicação sobre a cooperação.

235. A coima imposta à recorrente seria, assim, reduzida para 29,4 milhões de euros.

M — *Quanto às despesas*

236. Nos termos do artigo 122.º, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do mesmo regulamento, aplicável por força do 118.º deste último ao recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Todavia, nos termos do artigo 69.º, n.º 3, 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.

237. No caso em apreço, tendo em conta que ambas as partes foram vencidas, considero adequado que cada uma delas suporte as suas próprias despesas relativas ao presente recurso.

238. Além disso, tendo em conta a anulação parcial do acórdão recorrido e o acolhimento parcial do pedido da recorrente relativamente à decisão controvertida, considero justo, acolhendo parcialmente o pedido nesse sentido formulado pela recorrente na petição, rever a decisão sobre as despesas do acórdão recorrido. Assim, proponho que a Comissão seja condenada a suportar um quarto, e não só um décimo, das despesas suportadas pela recorrente no processo perante o Tribunal, e a recorrente a suportar as restantes despesas do mesmo processo.

III — Conclusões

239. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça:

1) que anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 27 de Setembro de 2006, Archer Daniels Midland/Comissão, T-59/02, na parte em que rejeita a alegação da recorrente relativa a uma violação dos direitos de defesa devido à não indicação, na comunicação de acusações, das circunstâncias factuais em que a Comissão se fundou para a considerar líder do cartel na Decisão 2002/742/CE, de 5 de Dezembro de 2001, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-1/36 604 — Ácido cítrico), ou, a título subordinado, que anule o referido acórdão na parte em que rejeita as alegações da recorrente, baseadas na violação de garantias processuais, relativas à utilização pela Comissão do relatório do FBI para efeitos de prova da qualidade de líder que a própria recorrente terá desempenhado no grupo;

2) que anule o referido acórdão na parte em que rejeita as alegações da recorrente relativas à violação do princípio da proporcionalidade por não aplicação da circunstância atenuante prevista no n.º 3, terceiro travessão, das orientações da Comissão no 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;

3) que anule o referido acórdão na parte em que considera inoperante a alegação da recorrente relativa à errada aplicação pela Comissão da secção B, alínea b), da sua comunicação de 1996 relativa à não aplicação ou à redução das coimas nos casos de acordos entre empresas;

4) que fixe o montante da coima aplicada à recorrente em 29, 4 milhões de euros;

5) quanto ao restante, que negue provimento ao recurso;

6) que condene a Comissão num quarto das despesas suportadas pela recorrente no processo que correu os seus termos no Tribunal de Primeira Instância e nas suas próprias despesas relativas ao presente recurso;

7) que condene a recorrente, relativamente ao processo no Tribunal de Primeira Instância, em três quartos das suas próprias despesas e na totalidade das despesas da Comissão, bem como nas suas próprias despesas relativas ao presente recurso.