CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 3 de Fevereiro de 1998 *

Índice

I — Matéria de facto e tramitação processual ..... I - 8424

II — O acórdão impugnado ..... I - 8427

III — O recurso ..... I - 8427

IV — Análise dos fundamentos invocados em apoio do recurso ..... I - 8429

A — Quanto ao primeiro fundamento, assente no desrespeito do «prazo razoável» ..... I - 8429

1. Quanto à admissibilidade do fundamento ..... I - 8429

a) A norma invocada ..... I - 8429

b) Natureza do fundamento invocado ..... I - 8432

c) A medida requerida ..... I - 8433

2. Quanto ao alcance do fundamento ..... I - 8434

3. Quanto à acção de indemnização como meio processual adequado ..... I - 8437

B — Quanto ao segundo fundamento assente em violação do princípio designado «da oralidade» ..... I - 8439

C — Quanto ao terceiro fundamento assente em violação dos princípios aplicáveis em matéria de prova ..... I - 8443

1. Quanto ao critério de análise do Tribunal de Primeira Instância ..... I - 8444

2. Quanto ao «dever de instrução» do Tribunal de Primeira Instância e ao princípio do «processo equitativo» ..... I - 8446

3. Quanto aos princípios da «livre apreciação da prova» e do «benefício da dúvida» ..... I - 8449

4. Quanto à fundamentação do indeferimento dos oferecimentos de prova ..... I - 8449

D — Quanto ao quarto fundamento assente em violação das regras da preclusão ..... I - 8450

E — Quanto ao quinto fundamento assente em violação do direito de acesso ao processo ..... I - 8452

* Língua original: francês.

F — Quanto ao sexto fundamento assente em violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado ..... I - 8457

1. Quanto à delimitação do mercado ..... I - 8457

2. Quanto à aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado ao acordo imputado à BStG e à Tréfilunion ..... I - 8460

3. Quanto à aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado aos acordos sobre quotas e preços imputados à BStG e aos produtores do Benelux ..... I - 8462

4. Quanto à não aplicação do Regulamento n.° 67/67 aos contratos de distribuição exclusiva celebrados entre, por um lado, a BStG e, por outro, a Bouwstaal Roermond BV e a Arbed SA afdeling Nederland ... I - 8464

5. Quanto à aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado aos acordos sobre quotas e preços no mercado do Benelux ..... I - 8468

G — Quanto ao sétimo fundamento assente em violação do artigo 15.° do Regulamento n.° 17 ..... I - 8472

1. Quanto à falta de apreciação individual das circunstâncias atenuantes e agravantes ..... I - 8473

2. Quanto à acusação de participação da BStG no cartel de crise estrutural ..... I - 8476

3. Quanto à ignorância da BStG relativamente à ilegalidade do cartel de crise estrutural e das actuações destinadas à respectiva protecção ..... I - 8478

4. Quanto ao carácter desproporcionado do montante da coima ..... I - 8479

a) A duração excessiva dos processos ..... I - 8481

b) O carácter desproporcionado do montante da coima em relação ao capital social ..... I - 8481

c) A não tomada em consideração do cartel de crise estrutural como circunstância atenuante ..... I - 8482

d) Violação do princípio da igualdade ..... I - 8482

e) A injustificada tomada em consideração do critério da quota de mercado na fixação do montante da coima ..... I - 8483

f) A injustificada tomada em consideração do volume de negócios global ..... I - 8483

H — Quanto ao pedido subsidiário de redução da coima para um montante razoável ..... I - 8484

Conclusão ..... I - 8484

1. No presente recurso, a sociedade de direito alemão Baustahlgewebe GmbH (a seguir «BStG» ou «recorrente») solicita ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, Baustahlgewebe/Comissão [1] (a seguir «acórdão impugnado» ou «acórdão»), no qual o Tribunal negou parcialmente provimento ao recurso de anulação da Decisão 89/515/CEE da Comissão, de 2 de Agosto de 1989, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE [2] (a seguir «decisão controvertida» ou «decisão»), e fixou o montante da coima aplicada em 3 milhões de ecus.

I — Matéria de facto e tramitação processual

2. O produto a que a decisão respeita é a rede electrossoldada para betão. Trata-se de um produto pré-fabricado de armadura, constituído por fios de aço para betão, lisos ou com nervuras, que são montados através da soldadura de cada ponto de cruzamento para formar uma rede. Este material é utilizado praticamente em todos os domínios da construção em betão armado.

3. Nos termos da decisão controvertida, existem vários tipos de rede electrossoldada para betão:

— painéis normalizados (Lager-oder Standardmatten),

— painéis de rede electrossoldada por catálogo (Listenmatten),

— painéis de rede electrossoldada por projecto (Zeichnungsmatten) [3].

4. Nos n.os 2 e 3 do acórdão, o Tribunal refere os seguintes factos:

«2 A partir de 1980, desenvolveram-se neste sector, nos mercados alemão, francês e do Benelux, um certo número de acordos e de práticas, que estão na origem da decisão.

3 No mercado alemão, o Bundeskartellamt autorizou, em 31 de Maio de 1983, a constituição de um cartel de crise estrutural dos produtores alemães de rede electrossoldada para betão, que, após ter sido prorrogado uma vez, expirou em 1988. O cartel tinha por objectivo uma redução das capacidades e previa também quotas de fornecimento e regulamentações de preços que, no entanto, só foram aprovadas para os

1 — T-145/89, Colect., p. II-987.

2 — IV/31.553 — Rede electrossoldada para betão, JO L 260, p. 1.

3 — Parte I, A, n.° 3, da decisão controvertida. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, a recorrente reconhece uma quarta categoria de painéis de rede electrossoldada, do tipo «Lettermatten» ou semi-normalizados, próxima da dos painéis normalizados (n.° 38 do acórdão).

dois primeiros anos da sua aplicação (pontos 126 e 127 da Decisão).»

5. Pela decisão controvertida, a Comissão aplicou a catorze produtores de rede electrossoldada para betão uma coima por, nos termos do artigo 1.°, terem violado «... o n.° 1 do artigo 85.°, dado que, entre 27 de Maio de 1980 e 5 de Novembro de 1985, participaram, num caso ou em vários, num ou vários acordos e/ou práticas concertadas, que consistiram na fixação de preços de venda, na limitação das vendas, na repartição dos mercados, bem como em medida de aplicação e de controlo desses acordos e práticas concertadas.»

6. Quanto à matéria de facto que está na origem do recurso para o Tribunal de Primeira Instância, resulta do acórdão impugnado que a decisão controvertida imputa em especial à recorrente:

No mercado alemão

— «... ter participado em acordos relativos às trocas de interpenetração entre a Alemanha e a França, com a empresa francesa Tréfilunion. Estes acordos foram celebrados durante um encontro que teve lugar em 7 de Junho de 1985, entre o Sr. Müller [4] e o Sr. Marie, director da Tréfilunion...». O Tribunal acrescenta que «Segundo a decisão... as concessões recíprocas feitas durante este encontro foram respeitadas, o que se comprova pelo facto de nem a Tréfilunion nem os outros produtores franceses terem denunciado à Comissão o cartel de crise estrutural alemão e de a fábrica da recorrente de Gelsenkirchen (Alemanha) não ter exportado painéis por catálogo para França» e que «... qualquer actividade futura de exportação devia subordinar-se à fixação de quotas de fornecimento» [5];

— «... no âmbito dos acordos destinados a proteger o cartel de crise estrutural alemão contra as exportações não controladas de rede electrossoldada para betão... ter participado num acordo com a Sotralentz sobre o contingentamento das exportações desta para a Alemanha» [6];

— «... ter participado em acordos no mercado alemão que tinham por objectivo, por um lado, regular as exportações dos produtores do Benelux para a Alemanha e, por outro, respeitar os preços em vigor no mercado alemão» [7];

4 — Gestor da BStG e representante legal e presidente do *Fachverband Betonstahlmatten (ponto 25)*. Este organismo é «... a associação dos fabricantes alemães de rede electrossoldada para betão. Nela se encontra associada a quase totalidade dos fabricantes de rede electrossoldada para betão» (ponto 18, nota 2, da decisão controvertida).

5 — N.° 59.

6 — N.° 69.

7 — N.° 83.

— «... [no] interesse... em limitar ou regular as exportações estrangeiras para a Alemanha...», ter celebrado dois contratos de fornecimento, de 24 de Novembro de 1976 e 22 de Março de 1982, com a Bouwstaal Roermond BV (posteriormente Tréfilarbed Bouwstaal Roermond) e a Arbed SA afdeling Nederland. «Nos termos desses contratos, a BStG assegurava a venda exclusiva na Alemanha, a um preço a fixar segundo critérios determinados, de um certo volume anual de redes electrossoldadas para betão provenientes da fábrica de Roermond. A Bouwstaal Roermond BV e a Arbed SA afdeling Nederland comprometiam-se, durante a vigência desses contratos, a não efectuar, directa ou indirectamente, fornecimentos na Alemanha» [8]. «A decisão... salienta que esses acordos de distribuição exclusiva não preenchiam as condições previstas no Regulamento n.° 67/67/CEE da Comissão, de 22 de Março de 1967, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos de exclusividade (JO 1967, 57, p. 849; EE 08 F1 p. 94...), pelo menos desde a existência dos acordos sobre as trocas de interpenetração entre a Alemanha e Benelux. Desde então, estes acordos devem ser considerados parte de um acordo global de repartição dos mercados...» [9];

— «... de ter participado num acordo com a Tréfilarbed, que tinha por objecto a cessação das reexportações de rede electrossoldada para betão da fábrica de St Ingbert para a Alemanha, através do Luxemburgo» [10].

No mercado do Benelux

— «... de ter participado em acordos entre os produtores alemães que exportam para o Benelux e os outros produtores que vendem no Benelux, sobre o respeito dos preços fixados para esse mercado. Segundo a decisão, estes acordos foram adoptados em reuniões que tiveram lugar em Breda e em Bunnik, entre Agosto de 1982 e Novembro de 1985...» [11]. «A decisão... acusa também a recorrente de ter participado em acordos entre os produtores alemães, por um lado, e os produtores do Benelux ("club de Breda"), por outro lado, relativos à aplicação de restrições quantitativas às exportações alemãs para a Bélgica e os Países Baixos, bem como à comunicação dos volumes de exportação de certos produtores alemães ao grupo belga-neerlandês» [12].

7. O montante da coima aplicada à BStG pela Comissão foi de 4,5 milhões de ecus.

8. Em 20 de Outubro de 1989, a recorrente interpôs recurso de anulação da decisão controvertida. Por despachos de 15 de Novembro de 1989, o Tribunal de Justiça remeteu ao Tribunal de Primeira Instância o referido

8 — N.° 95.
9 — N.° 96.
10 — N.° 110.
11 — N.° 123.
12 — N.° 124.

processo, bem como dez outros que lhe eram conexos, nos termos do artigo 14.° da Decisão 88/591/CECA, CEE, Euratom do Conselho, de 24 de Outubro de 1988, que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias [13].

9. A BStG pediu a anulação das disposições da decisão que se lhe referem e, subsidiariamente, a redução da coima para um montante razoável, bem como a condenação da Comissão nas despesas da instância. A BStG requereu ainda autorização para consultar determinado número de documentos relativos ao procedimento que teve lugar na Comissão, bem como documentação relativa às relações entre a Comissão, o Bundeskartellamt e os representantes da comunidade alemã no cartel, relativos ao cartel de crise estrutural.

10. A Comissão pede que o Tribunal negue provimento ao recurso e condene a recorrente nas despesas.

11. Em apoio do recurso, a recorrente invoca três fundamentos, assentes na violação dos direitos da defesa, bem como na violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, e do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 do Conselho [14].

13 — JO L 319, p. 1.

14 — Regulamento de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204, EE 08 F1 p. 22).

II — O acórdão impugnado

12. No acórdão impugnado, o Tribunal anulou o artigo 1.° da decisão controvertida, «... na medida em que declara a participação da recorrente num acordo com a Sotralentz SA, tendo por objectivo o contingentamento das exportações desta para o mercado alemão, e na medida em que declara a existência de um acordo entre a recorrente e a Tréfilunion SA, tendo por objectivo subordinar as respectivas exportações futuras à fixação de quotas». Em consequência, reduziu o montante da coima de 4,5 milhões para 3 milhões de ecus e negou provimento ao recurso quanto ao restante.

III — O recurso

13. No presente recurso, a BStG conclui pedindo que o Tribunal se digne, por um lado, a anular o acórdão do Tribunal de Primeira Instância na parte em que fixou o montante da coima em 3 milhões de ecus, negou provimento ao seu recurso e a condenou numa parte das despesas, e, por outro, anular os artigos 1.°, 2.° e 3.° da decisão controvertida, na parte em que se referem à recorrente e não foram anulados pelo referido acórdão.

14. A BStG requer, subsidiariamente, a redução da coima para um montante razoá-

vel. Por outro lado, pede a condenação da Comissão nas despesas da instância [15].

15. Por seu lado, a Comissão conclui pedindo que seja negado provimento ao recurso e que a recorrente seja condenada nas despesas da instância.

16. Em apoio do seu recurso, a BStG alega, no essencial que o Tribunal de Primeira Instância:

— com a duração excessiva do processo, ofendeu o direito da recorrente a uma protecção jurídica num «prazo razoável»;

— violou o princípio designado «da oralidade», uma vez que o acórdão foi proferido 22 meses após o encerramento da fase oral do processo;

— ignorou os princípios aplicáveis em matéria de prova;

— aplicou incorrectamente as disposições do Regulamento de Processo relativas à preclusão;

— indeferiu o seu pedido de acesso aos *dossiers* da Comissão;

— aplicou incorrectamente o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado;

— violou o artigo 15.° do Regulamento n.° 17, relativo à fixação da coima [16].

17. Analisaremos sucessivamente, pela sua ordem de apresentação, cada um destes fundamentos, justificando a importância do primeiro de entre eles que sobre o mesmo nos detenhamos.

15 — P. 2 da tradução francesa do recurso.

16 — N.° 6 do recurso.

IV — Análise dos fundamentos invocados em apoio do recurso

A — *Quanto ao primeiro fundamento, assente no desrespeito do «prazo razoável»*

18. A BStG afirma que o tempo que o Tribunal de Primeira Instância gastou para decidir relativamente ao seu recurso foi excessivo, pelo que contraria o artigo 6.°, n.° 1, da convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «convenção»). A recorrente recorda que o princípio do «julgamento equitativo» enunciado pela referida disposição inclui o direito de qualquer pessoa a que a sua causa seja examinada num «prazo razoável».

19. A recorrente considera que a duração do processo de modo nenhum se deveu às circunstâncias do caso concreto mas, pelo contrário, deve ser imputada ao Tribunal. A recorrente entende que este atraso constitui uma irregularidade processual que justifica a anulação do acórdão e da decisão controvertida, bem como o encerramento do processo. Subsidiariamente, alega que a duração excessiva do processo constitui, em qualquer caso, «motivo para redução da pena».

20. A Comissão discorda do carácter excessivo da duração do processo.

21. Antes de apreciar a duração de um processo que pode parecer longo, uma vez que decorreram mais de cinco anos e meio entre o acto que deu início à instância e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, correspondendo 22 meses desse período de tempo à elaboração da decisão, o Tribunal de Justiça deverá pronunciar-se sobre a admissibilidade do fundamento invocado pela BStG e, sobretudo, analisar cuidadosamente o seu alcance.

22. Como é sabido, as disposições da convenção são bem conhecidas do Tribunal de Justiça. Os pedidos formulados pela BStG têm em vista medidas a que o Tribunal de Justiça normalmente recorre no exercício da sua competência em matéria de recursos. Em contrapartida, entendemos que existe uma dificuldade na utilização do poder de anulação ou de redução da coima conferido ao Tribunal de Justiça para assegurar a aplicação do artigo 6.° da convenção.

1. *Quanto à admissibilidade do fundamento*

a) A norma invocada

23. Uma das questões que este fundamento levanta tem a ver com a competência do Tribunal de Justiça para conhecer do princípio em que aquele se baseia.

24. Quanto aos princípios da convenção, o Tribunal de Justiça, ainda recentemente, recordou que «... segundo jurisprudência constante (v., designadamente, Parecer 2/94 de 28 de Março de 1996, Colect., p. I-1759, n.° 33), os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Para este efeito, o Tribunal de Justiça inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais para a protecção dos direitos do homem com os quais os Estados-Membros cooperam ou a que aderem. Neste quadro, a convenção reveste um significado particular. Tal como o Tribunal de Justiça igualmente esclareceu, daqui decorre que não podem ser admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do homem reconhecidos e garantidos por esta forma (v., designadamente, acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT, C-260/89, Colect., p. I-2925, n.° 41)» [17].

25. O artigo F, n.° 2, do Tratado da União Europeia [18] reiterou a vinculação da União Europeia à convenção, pelo que está hoje assente que faz parte da missão do Tribunal de Justiça assegurar o respeito dos direitos por ela reconhecidos.

26. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a convenção enuncia regras cujo respeito o Tribunal se não limita a garantir directamente no direito comunitário. O Tribunal inspira-se nas mesmas para desenvolver princípios fundamentais que estão no topo da hierarquia das normas nesta área.

27. Por outro lado, deve observar-se que as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros contribuem em medida significativa para a elaboração dos referidos princípios fundamentais.

28. Tal como as tradições constitucionais, a convenção constitui a fonte de inspiração não apenas dos direitos fundamentais, mas também de outros princípios gerais do direito comunitário [19].

17 — Acórdão de 29 de Maio de 1997, Kremzow (C-299/95, Colect., p. I-2629, n.° 14). Sobre a evolução da jurisprudência, v., designadamente, acórdãos de 14 de Maio de 1974, Nold/Comissão (4/73, Colect., p. 283, n.° 13); de 28 de Outubro de 1975, Rutili (36/75, Colect., p. 415, n.° 32); de 10 de Julho de 1984, Kirk (63/83, Recueil, p. 2689, n.° 22); de 1 de Abril de 1987, Dufay/Parlamento (257/85, Colect., p. 1561, n.° 10), e de 5 de Outubro de 1994, X/Comissão (C-404/92 P, Colect., p. I-4737, n.° 17).

18 — Recorde-se que, nos termos desta disposição, «A União respeitará os direitos fundamentais tais como os garante a convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.»

19 — A distinção entre os direitos fundamentais e os outros princípios gerais de direito é difícil, sobretudo quando uns e outros estão protegidos pela convenção, uma vez que esta tem em vista a protecção dos «direitos do homem e das liberdades fundamentais» e não faz essa distinção. A fronteira que permite distinguir os primeiros dos segundos pode ser esclarecida pela ideia que «A par dos princípios gerais, a expressão "direitos fundamentais" está, pelo contrário, desde logo reservada aos "direitos do homem", ou seja aos direitos objectivos, inerentes à pessoa humana e de carácter essencialmente individual». Puissochet, J.-P.: «La Cour de justice et les principes généraux du droit», X^{e} congrès de l'Union des avocats européens sur la protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire, *Les annonces de la Seine*, 10 de Outubro 1996, n.° 69, p. 3. Sobre a convenção e as tradições constitucionais nacionais, bem como sobre os princípios gerais de direito para além dos direitos fundamentais, v. acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.° 18); de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o. (222/86, Colect., p. 4097, n.° 14), e de 12 de Dezembro de 1996, X (C-74/95 e C-129/95, Colect., p. I-6609, n.° 25).

29. Até ao presente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a matéria desenvolveu-se sobretudo por ocasião de litígios em que estava em causa o respeito dos princípios da convenção em determinados procedimentos administrativos comunitários no domínio, por exemplo, da função pública [20] ou do direito da concorrência [21], ou a interpretação, à luz dos referidos princípios, de normas comunitárias [22]. O artigo 6.° da convenção, mais particularmente, teve aplicação num número significativo de casos [23].

30. Não se trata, no presente processo, de garantir, no quadro de uma regulamentação controvertida, o respeito do princípio do «julgamento equitativo» por um Estado-Membro ou por uma instituição comunitária. O presente recurso diz respeito à conformidade com o direito a julgamento num «prazo razoável», direito este que decorre do princípio acima referido, num processo no Tribunal de Primeira Instância [24]. Tal como os órgãos jurisdicionais nacionais ou as restantes instituições comunitárias, o Tribunal de Primeira Instância está, com efeito, sujeito aos princípios da convenção.

31. O artigo 6.° da convenção consagra o direito a um «julgamento equitativo», que abrange, no que respeita ao presente processo o direito de qualquer pessoa «... a que a sua causa seja examinada... num prazo razoável...», que pode ser invocado quando um tribunal tem que decidir «... quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela». É pacífico, e a Comissão também não contesta que, à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como dos pareceres da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o presente processo se enquadra no âmbito da «matéria penal» [25].

20 — V., por exemplo, acórdãos Dufay/Parlamento e X/Comissão, já referidos.

21 — V., por exemplo, os acórdãos de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux/Comissão (85/87, Colect., p. 3137, n.os 22 e seguintes), e de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão (374/87, Colect., p. 3283, n.° 30).

22 — V., por exemplo, os acórdãos Johnston, já referido, n.° 18, a respeito do princípio do controlo jurisdicional efectivo consagrado por uma directiva comunitária, e ERT, já referido, n.os 41 e seguintes, relativo à tomada em consideração do princípio da liberdade de expressão na apreciação da utilização, pelos Estados-Membros, do poder que lhes é reconhecido de limitarem, por razões determinadas, o exercício da livre prestação de serviços.

23 — V., por exemplo, os acórdãos de 5 de Março de 1980, Pecastaing (98/79, Recueil, p. 691, n.os 21 e 22); de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion française e o./Comissão* (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.os 6 e seguintes); Johnston, já referido; Dufay/Parlamento, já referido; de 10 de Novembro de 1993, Otto (C-60/92, Colect., p. I-5683, n.° 11); de 3 de Dezembro de 1992, Oleificio Borelli/Comissão (C-97/91, Colect., p. I-6313, n.os 3 e seguintes), e de 6 de Julho de 1993, CT Control (Roterdão) e JCT Benelux/Comissão (C-121/91 e C-122/91, Colect., p. I-3873, n.os 50 e segs.). Até à presente data, não se afigura, contudo, que o Tribunal tenha qualificado como «direito fundamental» o princípio do «julgamento equitativo» ou qualquer dos direitos que o integram.

24 — No acórdão de 16 de Setembro de 1997, Blackspur DIY e o./ Conselho e Comissão (C-362/95 P, Colect., p. I-4775, n.° 26), foi invocado em Tribunal um fundamento assente na inobservância pelo Tribunal de Primeira Instância do direito ao «julgamento equitativo», que foi julgado improcedente.

25 — A este respeito, basta recordar o conteúdo, susceptível de transposição para o presente processo, do parecer emitido em 30 de Maio de 1991, pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem. A respeito de uma sanção pecuniária aplicável a uma empresa por uma administração nacional no domínio do direito da concorrência, a Comissão considerou que: «... a decisão do ministro de aplicar uma sanção pecuniária constituía, à luz da convenção, uma decisão sobre o fundamento de uma acusação penal e apresentava a natureza de uma sanção penal» (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, processo Société Stenuit/França, série A, n.° 232, n.° 65). A Comissão Europeia dos Direitos do Homem *referia-se à jurisprudência do Tribunal Europeu*. No n.° 62, salientou que o texto em questão «... afectava... os interesses gerais da sociedade normalmente protegidos pelo direito penal...». A Comissão declarou ainda (n.° 63) que: «... "são em geral abrangidas pelo direito penal as infracções cujos autores estão sujeitos a penas destinadas a exercer um efeito dissuasor e que consistem habitualmente em medidas privativas da liberdade e em multas" (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acórdão [de 21 de Fevereiro de 1984], Öztürk... [série A, n.° 73])», antes de concluir no sentido da natureza penal da matéria controvertida, na acepção da convenção.

32. O princípio invocado pela BStG pertence, assim, ao número dos princípios cujo respeito o Tribunal de Justiça tem por missão assegurar.

33. Para sermos exaustivos, convém esclarecer que, mesmo que o Tribunal não tenha ainda consagrado [26], a aplicação do artigo 6.° às pessoas colectivas não nos parece que esta se possa pôr em questão, uma vez que resulta claramente da jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, que a expressão «Qualquer pessoa» designa tanto as pessoas singulares como as pessoas colectivas [27].

34. Acresce que as pessoas colectivas não se distinguem neste aspecto das pessoas singulares a ponto de, tendo em conta as exigências de uma justiça diligente, deverem beneficiar de garantias reduzidas no processo em que são partes.

35. Mesmo se a natureza e a dimensão do prejuízo sofrido em consequência da demora de um processo podem ser muito diferentes consoante a pena prevista seja uma pena privativa da liberdade ou uma multa, ou ainda consoante o montante da multa afecte ou não os recursos do particular destinados à satisfação das suas necessidades elementares, em caso algum pode ser tolerado um prazo excessivo para julgamento. A realidade destas diferenças, segundo se nos afigura, deve apenas reflectir-se na apreciação a fazer sobre o carácter «razoável» do prazo controvertido. As referidas diferenças traduzem-se também em penalidades ou reparações adaptadas à violação verificada.

36. Qualquer sujeito de direito deve, assim poder ser julgado dentro de um «prazo razoável».

b) Natureza do fundamento invocado

37. Recorde-se que, nos termos do artigo 168.°-A do Tratado CE, o «... recurso para o Tribunal de Justiça (é) limitado às questões de direito (e) nas condições estabelecidas pelo respectivo Estatuto...». O artigo 51.°, primeiro parágrafo, do Estatuto CE do Tribunal de Justiça prevê que «O recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito e apenas pode ter por fundamento a incompetência do Tribunal de Primeira Instância, irregularidades processuais perante este Tribunal que prejudiquem os interesses do recorrente, bem como violação do direito comunitário pelo Tribunal de Primeira Instância».

26 — A parte inicial do n.° 30 do acórdão Orkem/Comissão, já referido, é a seguinte: «No que respeita ao artigo 6.° da convenção europeia, admitindo que possa ser invocado por uma empresa objecto de um inquérito em matéria de direito da concorrência...». A reserva quanto à aplicabilidade da disposição às pessoas colectivas é apenas aparente, uma vez que, na realidade, se refere à sua aplicação *à fase do inquérito*.

27 — Nos termos do parecer emitido no processo Société Stenuit/ /França, já referido, a Comissão «... considera que a pessoa colectiva pode invocar o artigo 6.° da convenção quando for objecto de uma "acusação em matéria penal"» (n.° 66).

38. A apreciação do carácter excessivo de um prazo pode, sob certos aspectos, ser considerada como uma questão de facto que, por esse motivo, não é da competência do Tribunal de Justiça.

39. Consideramos, contudo, que se trata de uma questão de direito, uma vez que o Tribunal de Justiça não se limitará a dar como provada certa matéria de facto. Deverá distinguir os factos e apreciar a respectiva influência sobre a duração do prazo controvertido, depois de os ter classificado como elementos susceptíveis de caracterizar insuficiências no funcionamento da justiça, ou de lhes reconhecer a natureza de justificações adequadas a tornar legítima a dimensão do período de tempo decorrido. Ao atribuir, desta forma, ao prazo controvertido, carácter razoável ou não, o Tribunal procede a uma clarificação jurídica da qual decorrem efeitos de direito.

40. Acresce que o atraso em questão é imputado ao próprio Tribunal de Primeira Instância, pelo que não é solicitado ao Tribunal de Justiça que fiscalize uma apreciação ou uma qualificação jurídica da matéria de facto feita pelo referido Tribunal, de modo a sobrepor-lhe a sua própria.

41. Acrescente-se, em todo o caso, que retirar ao Tribunal de Justiça o dever de fiscalizar a aplicação regular do artigo 6.° da convenção pelo Tribunal de Primeira Instância equivaleria a admitir, de facto, que este lhe não está sujeito.

42. Também deste ponto de vista se nos afigura admissível o fundamento que consiste na duração excessiva do processo.

c) A medida requerida

43. Quanto à medida solicitada pela recorrente para o caso de o Tribunal de Primeira Instância declarar que existe violação do artigo 6.° da convenção, verificamos simplesmente que a referida medida está, em princípio, abrangida nas competências tradicionais do Tribunal de Justiça. O artigo 54.° do Estatuto do Tribunal de Justiça prevê que, quando o recurso for procedente, o Tribunal anulará a decisão do Tribunal de Primeira Instância. Nos termos desta disposição, o Tribunal de Justiça pode julgar definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para julgamento.

44. O Tribunal de Justiça pode, assim, perfeitamente reduzir a coima aplicada a cada uma das partes ou mesmo suprimi-la, ou, caso não disponha de elementos de facto para o fazer, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para esse efeito.

45. Assim, é nesta fase que se coloca a questão do alcance do fundamento invocado pela BStG.

2. *Quanto ao alcance do fundamento*

46. É desde logo evidente que, na hipótese de o Tribunal de Justiça considerar que o prazo para decisão do recurso pelo Tribunal de Primeira Instância não foi «razoável» na acepção do artigo 6.° da convenção, a resolução do litígio não pode consistir na remessa do processo para o mesmo Tribunal. Efectivamente, o Tribunal de Justiça, depois de anular o acórdão impugnado, não pode permitir que ao tempo já decorrido desde que o processo foi submetido ao Tribunal de Primeira Instância acresça o necessário a uma nova análise do processo. Vendo bem, seria pior o remédio do que o mal.

47. Por outro lado, vê-se mal qual a utilidade de uma reanálise do processo tendo em conta a crítica de excessiva duração da tramitação. Quando são cometidas irregularidades processuais que permitem a anulação do acórdão recorrido, a reanálise do processo é justificada pelo nexo que existe entre a violação das regras processuais e o processo. Como vimos, a redacção do artigo 51.° do Estatuto CE do Tribunal de Justiça faz depender a competência do Tribunal de Justiça da existência de irregularidades «que prejudiquem os interesses do recorrente». Estas irregularidades processuais, na maior parte dos casos, violam os princípios instituídos para garantir a protecção dos particulares. Nestas condições, a tramitação de um novo processo na primeira instância, respeitando esta, desta vez, as regras processuais, é sem dúvida nenhuma a melhor resposta às críticas feitas pelas partes.

48. Ora, como vimos, a reanálise do processo justificada pela anulação de um procedimento demasiadamente longo, em vez de fazer desaparecer o prejuízo, uma vez que este, de qualquer forma, foi definitivamente suportado, poderia, pelo contrário, agravá-lo.

49. O Tribunal de Justiça é, assim, a única instância que pode validamente extrair as consequências da violação do artigo 6.° da convenção pelo Tribunal de Primeira Instância.

50. Assim, pressupondo que o período de tempo controvertido não respeitou as exigências da convenção, deve averiguar-se qual a sequência que o Tribunal de Justiça poderia dar ao pedido da BStG de anulação ou de redução da coima.

51. Em primeiro lugar, como recordámos, é necessário analisar as soluções desenvolvidas pelos direitos nacionais para resolução de problemas comparáveis, a fim de verificar se existe uma tradição jurídica comum na qual o Tribunal de Justiça se possa inspirar.

52. Embora todas as ordens jurídicas dos Estados-Membros reconheçam o direito a ser julgado num «prazo razoável», as mesmas não recorrem a soluções idênticas em caso de violação deste princípio. As modalidades

processuais das jurisdições penais diferem consoante os Estados-Membros. Por outro lado, as referidas jurisdições agem frequentemente de forma pretoriana, sem basearem a sua actuação em disposições com força constitucional, nem mesmo por vezes legal. Em certos Estados, as queixas são julgadas inadmissíveis (República Federal da Alemanha, Reino da Bélgica e Reino dos Países Baixos), ou mandadas arquivar (Reino da Bélgica e Irlanda). A pena pode também ser reduzida (República Federal da Alemanha, Reino da Bélgica, Reino de Espanha, República da Finlândia, Grão-Ducado do Luxemburgo, Reino dos Países Baixos e Reino da Dinamarca, no que respeita a penas de prisão) ou suspensa a respectiva execução (República Federal da Alemanha e Reino da Bélgica). No Reino de Espanha, é permitido ao acusado interpor recurso gracioso quando não seja respeitado o princípio do «prazo razoável».

53. Na maior parte dos Estados-Membros, contudo, a declaração de uma violação deste tipo não tem influência sobre a validade do procedimento em causa. Permite apenas que seja proposta no órgão jurisdicional competente uma *acção de indemnização*.

54. O reconhecimento do direito do particular à indemnização parece, assim, ser a solução mais perfilhada pelos Estados-Membros para resolução dos casos em que é excedido o «prazo razoável».

55. Acresce que, para além de não estar organizada segundo as mesmas modalidades nos Estados-Membros que a ela recorrem, a via processual que consiste em extrair as consequências da ultrapassagem do prazo para agir sobre a pena ou sobre a própria queixa não nos parece constituir uma solução adequada.

56. Efectivamente, embora o fundamento invocado pela recorrente seja um fundamento de direito, não é daqueles que, em nosso entender, permitem pôr em causa a penalidade aplicada pela Comissão tal como foi validada, parcialmente, pelo Tribunal de Primeira Instância.

57. Na medida em que as penalidades aplicadas se baseiam em fundamentos de direito comunitário, o respectivo questionar deriva, desde logo, de uma nova ponderação dos referidos fundamentos. É por que o Tribunal de Primeira Instância fez uma errada aplicação do direito aplicável à situação litigiosa que o Tribunal de Justiça pode anular, total ou parcialmente, o acórdão recorrido e, dessa forma, eliminar ou reduzir a coima aplicada [28]. A interpretação do direito dada pelo Tribunal de Justiça no exercício da sua fiscalização judicial traduz-se numa apreciação diferente do grau de responsabilidade da parte em questão e pode pôr em causa a

28 — É o que resulta de uma leitura *a contrario* do n.º 31 do acórdão de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-219/95 P, Colect., p. I-4411), no qual o Tribunal de Justiça decidiu que «... não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, substituir, por motivos de equidade, pela sua própria apreciação a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas devido à violação, por estas, do direito comunitário (acórdão de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, C-310/93 P, Colect., p. I-865, n.º 34)».

penalidade aplicada. Existe, por isso, um nexo entre o objecto do litígio e a penalidade aplicada a final.

58. Não é isso o que acontece no presente caso, dado que nem a declaração relativa à matéria de facto imputada à BStG, nem a apreciação da sua responsabilidade na realização dos acordos, nem a aplicação da legislação pertinente são afectadas pelo tempo, por mais longo que seja, que o Tribunal de Primeira Instância consagrou à análise da decisão controvertida.

59. Por outro lado, dado que esta acusação não tem qualquer relação com uma incorrecta interpretação do direito comunitário aplicável ao litígio, uma segunda análise do processo em nada responderia ao fundamento assente na violação do «prazo razoável». A ausência desta relação opõe-se a que o Tribunal de Justiça, na falta de diploma que a isso o autorize expressamente, extraia qualquer argumento da violação do «prazo razoável» a fim de reduzir ou anular, através da reforma do acórdão impugnado, a coima aplicada à BStG. Seria impróprio, segundo nos parece, definir os critérios que permitem decidir entre a eliminação ou redução da coima, ou, no caso de redução, os necessários à determinação do seu montante, a não ser que se recorra a métodos de avaliação do prejuízo para deduzir da coima o montante do prejuízo causado.

60. Um procedimento deste tipo levanta, contudo, dois inconvenientes significativos. Baseado na lógica da compensação, o mesmo implicaria que se deduzisse de uma penalidade o montante de uma indemnização. Ora, pode parecer estranho deduzir de um montante essencialmente fixado em função da gravidade de um comportamento um montante calculado em função de um prejuízo. Este procedimento conferiria ao presente recurso, interposto de uma decisão que aplicou uma penalidade, uma dupla natureza jurídica. Acima de tudo, o Tribunal de Justiça não pode validamente decidir relativamente a um prejuízo sem dispor de elementos necessários para a respectiva avaliação, a não ser que ordene a reabertura do debate.

61. Todas estas considerações nos levam a concluir pelo carácter irrelevante do fundamento invocado pela BStG e, consequentemente, a sugerir ao Tribunal de Justiça que o julgue improcedente sem uma análise mais detalhada.

62. Contudo, não nos parece admissível, nem mesmo juridicamente aceitável, declarar que o artigo 6.° da convenção enuncia uma norma cujo respeito o Tribunal de Justiça tem por missão assegurar propondo ao mesmo tempo que este se não pronuncie sobre um fundamento assente na referida disposição, sem dar, ainda que a título acessório, um desenvolvimento particular ao meio processual que, em nosso entender, pode remediar a insuficiência dos textos.

3. *Quanto à acção de indemnização como meio processual adequado*

63. Dado que o recurso não constitui uma resposta válida para a eficácia do «prazo razoável», pensamos que há que procurar na acção de indemnização o meio de evitar que o referido princípio da convenção não seja letra morta quando é invocado relativamente a um processo no Tribunal de Primeira Instância.

64. Recordemos os elementos que, do nosso ponto de vista, permitem que o Tribunal de Justiça, se for caso disso, julgue admissível um pedido de indemnização baseado na violação da regra do «prazo razoável» pelo Tribunal de Primeira Instância.

65. A acção de indemnização existe simultaneamente na tradição jurídica comum dos Estados-Membros e no direito comunitário. Os direitos nacionais, conforme vimos, admitem o princípio da indemnização pelos prejuízos sofridos por um particular devido à violação do «prazo razoável». O artigo 215.°, segundo parágrafo, do Tratado permite invocar a responsabilidade extracontratual da Comunidade pelos prejuízos causados pelas suas instituições. Nas conclusões que apresentou no processo SGEEM e Etroy/BEI [29], o advogado-geral C. Gulmann defendeu a ideia de que o conceito de «instituição» a que se refere do artigo 215.° remete para o artigo 4.° do Tratado, que enumera as instituições da Comunidade [30]. Por outro lado, o Tribunal de Justiça foi mais além ao decidir que a referida expressão não deve ser entendida como dizendo respeito apenas às instituições enumeradas no artigo em questão [31]. Consequentemente, não se afigura que o Tribunal de Justiça nem, por isso, o Tribunal de Primeira Instância devam ser afastados do âmbito de aplicação do artigo 215.° [32].

66. No plano processual, contudo, levanta-se uma séria dificuldade devido ao facto de, nos termos do artigo 3.°, n.° 1, da Decisão 88/591, já referida, alterada pelo artigo 1.° da Decisão do Conselho de 8 de Junho de 1993 [33], o Tribunal de Primeira Instância ter competência para conhecer deste tipo de recursos quando interpostos por pessoas singulares ou colectivas.

67. Também sem emitir qualquer juízo prévio sobre o carácter menos razoável do prazo para julgamento por parte do Tribunal de Primeira Instância, nem sobre a parte da responsabilidade que lhe cabe no caso concreto, não se pode conceber que se confie a uma instância judicial a missão de se pronunciar sobre o carácter faltoso ou ilegal do seu próprio comportamento. Ninguém duvida que isso implicaria uma ofensa ao princípio do

29 — Acórdão de 2 de Dezembro de 1992 (C-370/89, Colect., p. I-6211).

30 — N.° 14 das conclusões.

31 — N.° 16 do acórdão.

32 — Sobre a problemática levantada pelo princípio da responsabilidade dos órgãos jurisdicionais comunitários, v. du Ban, B.: «Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté», *Cahiers de droit européen*, 1977, n.° 4, p. 397.

33 — Decisão 93/350/Euratom, CECA, CEE, que altera a Decisão 88/591 (JO L 144, p. 21).

tribunal imparcial, tal como está enunciado no artigo 6.°, n.° 1, da convenção. Esta ofensa parece-nos dificilmente poder ser evitada através do reenvio do processo a uma diferente composição do Tribunal, uma vez que, se se adoptar a abordagem do Tribunal de Estrasburgo, a alteração da composição de um órgão jurisdicional pode não ser bastante para apagar a sensação de parcialidade que resultaria do julgamento do referido órgão jurisdicional por ele próprio [34].

68. Por outro lado, resulta dos considerandos das Decisões 88/591 e 93/350, já referidas, que a criação do Tribunal de Primeira Instância junto do Tribunal de Justiça se destina a melhorar a protecção jurisdicional dos particulares. Ora, que ofensa a esta exigência seria mais notória do que ser o litígio julgado por uma das partes em questão?

69. O artigo 3.°, já referido, deve consequentemente ser entendido à luz do princípio da imparcialidade enunciado na convenção. Tanto mais que é difícil conceber que o legislador comunitário pudesse admitir que o âmbito de aplicação da decisão referida abranja a análise por parte do Tribunal de Primeira Instância da sua própria responsabilidade.

70. É certo que a competência do Tribunal de Justiça nesta matéria conduz necessariamente à análise por um único órgão jurisdicional do fundamento controvertido, enquanto se admite que a jurisdição a dois níveis, no sentido em que é entendida tanto na ordem jurídica comunitária como em geral, constitui uma garantia de boa justiça. Mas esta salvaguarda processual, destinada a permitir reduzir os riscos de erros de direito graças ao controlo do direito aplicado pelo Tribunal de Primeira Instância, não deve privar os particulares da garantia essencial de imparcialidade do órgão jurisdicional a que se dirigiram. Não se pode contestar a ideia de que uma jurisdição a dois níveis é apenas um aspecto da protecção jurisdicional. O respeito do princípio da imparcialidade, que é contrário à apreciação por um órgão jurisdicional do seu próprio comportamento, deve prevalecer no caso concreto.

71. Nestas condições, a competência do Tribunal de Primeira Instância para apreciar recursos interpostos por pessoas singulares ou colectivas nos termos do artigo 178.° do Tratado deve, na perspectiva da protecção dos particulares, ser entendido como não abrangendo as acções de indemnização propostas contra os actos judiciais do próprio Tribunal.

34 — O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não se limita a proceder a uma apreciação subjectiva da imparcialidade do tribunal em questão, mas faz também uma apreciação objectiva: «Para efeitos do artigo 6.°, n.° 1, a imparcialidade deve ser apreciada segundo uma análise subjectiva, procurando determinar a convicção pessoal do referido órgão jurisdicional nessa ocasião, e também segundo uma análise objectiva destinada a assegurar que o mesmo oferecia garantias suficientes para pôr de parte qualquer dúvida legítima a este respeito...» (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acórdão Hauschildt, de 24 de Maio de 1989, série A 154, n.° 46). O Tribunal acrescenta que, «Nesta matéria, mesmo as aparências podem assumir importância» (n.° 48). O exemplo de um órgão jurisdicional que tem que decidir sobre o carácter ilegal ou faltoso do seu próprio funcionamento a fim de decidir sobre um pedido de indemnização, mesmo que a sua composição seja alterada para evitar que os juízes que decidiram no processo inicial sejam os mesmos que têm que apreciar a responsabilidade do órgão jurisdicional, parece-nos constituir o exemplo perfeito da violação do princípio da imparcialidade.

72. No que respeita a um recurso como o que está em questão no presente processo, o artigo 178.° do Tratado mantém, assim, o seu lugar próprio, pelo que o Tribunal de Justiça continua a ser competente para conhecer dos litígios relativos à indemnização dos prejuízos referidos no artigo 215.°, segundo parágrafo.

73. O artigo 215.°, segundo parágrafo, enuncia o princípio da responsabilidade extracontratual da Comunidade, ao referir-se aos «princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros». Ora, como vimos, os Estados-Membros, na sua maioria, permitem a indemnização dos prejuízos causados pelo desrespeito do direito a julgamento num «prazo razoável».

74. O Tribunal de Justiça deverá, assim, como o artigo 215.°, segundo parágrafo, permite, inspirar-se nesta tradição comum para reconhecer um modo idêntico de solução dos conflitos que, no seu domínio, venha completar o âmbito do recurso. Trata-se assim, apenas, de suprir as insuficiências do referido recurso para dar resposta a um fundamento específico num domínio que, além disso, está mais próximo do funcionamento da justiça do que do exercício da actividade jurisdicional.

75. Por último, a admissibilidade de um recurso deste tipo está subordinada aos requisitos do direito comum, como o respeito do prazo de prescrição de cinco anos previsto no artigo 43.° do Estatuto CE do Tribunal de Justiça. Nos termos do referido artigo, o prazo corre «... a contar da ocorrência do facto que lhe tenha dado origem», no caso concreto, a decisão que constitui o termo do prazo considerado «não razoável».

76. É esta a via que se poderá considerar ser de seguir para assegurar a eficácia das disposições do artigo 6.° da convenção relativos ao «prazo razoável».

B — *Quanto ao segundo fundamento assente em violação do princípio designado «da oralidade»*

77. A BStG alega que o Tribunal de Primeira Instância, ao pronunciar o seu acórdão 22 meses após o encerramento da fase oral do processo, violou o princípio designado «da oralidade». Em seu entender, trata-se de um princípio fundamental não escrito do processo comunitário confirmado pelos códigos de processo dos Estados-Membros.

78. A recorrente afirma que resulta do princípio da oralidade que apenas os argumentos defendidos na audiência podem ser tidos em consideração na decisão do órgão jurisdicional. Acrescenta que o princípio da oralidade dá às partes a possibilidade de exporem clara e rapidamente o seu ponto de vista, o que permite que os juízes formem uma opinião directa e pessoal sobre o processo e sobre os argumentos das partes. Ora, os dois anos que separaram a audiência do acórdão impugnado fizeram com que se dissipassem as

impressões deixadas pelos debates. A BStG considera, assim, que esta irregularidade processual deve implicar a anulação do acórdão recorrido.

79. A Comissão, por sua parte, considera que o primado do princípio da oralidade não existe no direito comunitário da organização judiciária e que o fundamento deve ser julgado improcedente.

80. Tal como está garantido nos direitos dos Estados-Membros, o princípio da oralidade mostra-se uma norma com múltiplas facetas.

81. Em sentido estrito, este princípio é entendido como o direito de uma parte a ser ouvida numa audiência durante a qual a mesma ou o seu representante têm a faculdade de se expressar e responder às questões dos juízes. As organizações judiciárias dos Estados-Membros prevêem regimes que, em proporções variáveis, combinam o carácter oral e escrito dos processos judiciais, mas todas reconhecem o princípio da oralidade. É também o caso do processo no Tribunal de Primeira Instância, que inclui uma fase oral [35].

82. Entendido em sentido mais lato, o princípio da oralidade abrange o carácter directo do processo judicial, nos termos do qual o juiz deve ter um contacto pessoal e directo com todas as pessoas que intervêm na audiência [36].

83. A noção de «imediação» (ou, por exemplo, «Unmittelbarkeit» no direito alemão, «immediacy» no direito inglês, «inmediación» no direito espanhol, «imediação» no direito português, «immédiateté» no direito francês), dá perfeitamente conta dos requisitos colocados pelo princípio da oralidade quando o mesmo impõe uma relação directa entre o juiz e o particular. Esta «imediação» *no espaço*, que consiste no facto de o juiz não poder recorrer a um intermediário entre ele próprio e a parte ou o seu representante, pressupõe que um juiz que não tenha assistido à audiência não possa participar na decisão do processo. Nos termos do artigo 33.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, já referido, «Só tomam parte na deliberação os juízes que tiverem assistido à audiência».

84. O aspecto do princípio da oralidade que está em causa no presente processo tem sobretudo a ver com a «imediação» *no tempo*. O Tribunal de Primeira Instância é

35 — V. artigos 46.°, primeiro parágrafo, alterado, e 18.°, primeiro parágrafo, do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, e os artigos 53.° e seguintes do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 2 de Maio de 1991 (JO L 136, de 30 de Maio de 1991, p. 1, rectificado no JO L 317, de 19 de Novembro de 1991, p. 34).

36 — No essencial, pode ser transposta a seguinte descrição do referido princípio no direito penal francês: «Os órgãos jurisdicionais devem, em princípio, formar a sua convicção com base em provas apresentadas perante os mesmos, verbal e directamente, ou seja, devem decidir com base no que ouvem (ou vêem) na audiência, e não com base nas peças escritas do processo elaborado pela polícia ou no processo de instrução. É, com efeito, desejável que os juízes se não pronunciem apenas com base no processo, mas após um contacto pessoal e humano com os autores e testemunhas da infracção». Bouzat, P., e Pinatel, J.: *Traité de droit pénal et de criminologie*, tomo II, 1970, n.° 1336.

acusado de ter deixado passar demasiado tempo entre a audiência e o acórdão, a ponto de ter desaparecido a utilidade da audiência, se assim se pode dizer, com o apagamento da sua lembrança do espírito dos juízes.

85. Devido à sua dimensão temporal, a natureza deste fundamento pode mostrar-se abrangida no âmbito do «prazo razoável». O tempo empregue por um órgão jurisdicional para proferir a sua decisão é, além disso, um elemento tido em consideração pelo Tribunal de Estrasburgo para apreciar o carácter «razoável» de um prazo. Constitui um dos aspectos do critério tido em conta, entre outros, pelo referido Tribunal, da incidência do comportamento das autoridades competentes, neste caso as autoridades judiciais, sobre a dimensão do prazo impugnado [37].

86. Os dois fundamentos não são, contudo, comparáveis, uma vez que, considerada isoladamente, a ofensa ao imperativo de «imediação» da decisão judicial tem a ver com o mérito da causa. A violação desta regra torna infrutífera a fase oral do processo e as virtudes que lhe são próprias, uma vez que o conteúdo dos debates, que é um elementos complementar indissociável do processo, escapa aos juízes que assistiram à audiência. O acórdão proferido nestas condições pode, assim, ignorar aspectos essenciais do processo. Pelo contrário, a violação do princípio do «prazo razoável» não tem incidência sobre a solução adoptada. Consequentemente, o prejuízo que dela decorre não se confunde com a penalidade aplicada.

87. Daqui resulta que a inobservância dos dois princípios não pode conduzir à mesma consequência. Ao contrário do que pode suceder no caso do «prazo razoável», e a exemplo de outras irregularidades processuais susceptíveis de prejudicar os interesses da parte recorrente, o processo pode ser anulado e reiniciado quando estes interesses não estejam irremediavelmente comprometidos.

88. Contudo, antes de decidir relativamente ao fundamento invocado, o Tribunal de Justiça deverá pronunciar-se quanto à existência e, se for caso disso, quanto ao valor, no direito comunitário, do princípio da «imediação», o que pressupõe que seja esclarecida sua posição no ordenamento jurídico comunitário.

89. Nenhuma regra processual prevê que os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância sejam proferidos em determinado prazo, ou num prazo que se possa qualificar de razoável, tendo o cuidado de não confundir o emprego deste adjectivo com o que qualifica o prazo, mais genérico, previsto no artigo 6.° da convenção.

90. Por muito importante que seja, não se afigura que o princípio da «imediação» possa

37 — Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acórdãos Unión Alimentaria Sanders S. A., de 7 de Julho de 1989, série A, n.° 157, n.os 36 e 41; Biondi, de 26 de Fevereiro de 1992, série A, n.° 228-C, n.° 18, e De Moor/Bélgica, de 23 de Junho de 1994, série A, n.° 292-A, n.° 67.

ser incluído no número dos princípios gerais de direito cujo respeito o Tribunal de Justiça assegura [38].

91. Como dissemos, a convenção não distingue a questão do tempo gasto por um órgão jurisdicional para proferir a sua decisão da problemática global do «prazo razoável». Por outro lado, as exigências do artigo 6.° da convenção só dizem respeito à realização de uma audiência na medida em que a mesma tenha carácter público [39]. Ora, não está aqui em causa a publicidade da audiência.

92. Na grande maioria dos Estados-Membros, os órgãos jurisdicionais têm de proferir as suas decisões em determinado prazo, em geral pouco após o encerramento do debate (República Federal da Alemanha, República da Áustria, Reino da Bélgica, República da Finlândia, Reino dos Países Baixos e Reino da Dinamarca), ou mesmo no próprio dia, salvo excepções, do encerramento da fase oral do processo (Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Reino de Espanha, República Helénica, Irlanda, República Portuguesa, Reino da Suécia).

93. Há, contudo, que esclarecer dois aspectos: em primeiro lugar, as regras que dão aplicação ao princípio da «imediação», contrariamente ao princípio do «prazo razoável» em determinados Estados-Membros, não são de ordem constitucional, mas de natureza legal. São geralmente enunciadas nos textos relativos ao processo civil, penal ou administrativo. Em segundo lugar, a sua eficácia não é sistematicamente garantida, uma vez que, aos Estados-Membros que não prevêem um prazo máximo, há que acrescentar os que não penalizam, pelo menos através da invalidação do processo em questão, a inobservância do prazo fixado (Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Reino da Bélgica e Reino da Dinamarca).

94. Acrescente-se que a questão da «imediação» se coloca no presente processo a respeito de um órgão jurisdicional não nacional. Os direitos dos Estados-Membros não permitem, por si só, caracterizar uma tradição supra-legal comum susceptível de justificar a afirmação de um princípio geral de direito aplicável aos seus próprios órgãos jurisdicionais a quem haja sido apresentado um pedido com base no direito comunitário. Nestas condições, menos ainda os direitos dos Estados-Membros podem, sem apoio de uma disposição comunitária ou de uma norma extraída de instrumentos internacionais relativos à protecção dos Direitos do Homem, como a convenção, inspirar uma regra nos termos da qual um órgão jurisdicional comunitário como o Tribunal de Primeira Instância esteja sujeito ao respeito de um prazo para julgamento. Já vimos que nenhuma disposição dessa natureza permite desenvolver uma regra deste tipo.

38 — V. n.os 24 e 25 das presentes conclusões.

39 — Nos termos do artigo 6.°, n.° 1 «Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e *publicamente*...»(sublinhado nosso). É também o texto do artigo 14.°, n.° 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966 (v. Lillich, R.: *International human rights instruments*, 1990, p. 170.6). O Pacto também não enuncia qualquer princípio relativo ao tempo empregue pelos órgãos jurisdicionais, após a realização da audiência, para proferirem as suas decisões.

95. É certo que se deve zelar para que a ausência de uma norma que imponha o respeito de um prazo máximo se não traduza na recusa de todo e qualquer limite à duração das audiências, ou no afastamento de qualquer recurso contra procedimentos que se possam qualificar como intermináveis. Sobre este aspecto, basta recordar que é justamente ao princípio, já analisado, do «prazo razoável» que cabe a missão de dar resposta a esta exigência.

96. Consequentemente, consideramos que deve ser julgado inadmissível o fundamento assente no princípio da oralidade.

C — *Quanto ao terceiro fundamento assente em violação dos princípios aplicáveis em matéria de prova*

97. A BStG queixa-se de o Tribunal de Primeira Instância, ao considerar suficientemente demonstrada a matéria de facto impugnada, ter por quatro vezes indeferido os pedidos da recorrente, bem como os seus oferecimentos de testemunhas e o seu pedido de comparência [40].

40 — Fundamentação idêntica é retomada pelo Tribunal de Primeira Instância, relativamente a várias infracções, nas seguintes quatro passagens do acórdão: n.os 67 e 68, 93 e 94, 119 e 120, bem como 137 e 138.

98. A BStG refere que o Tribunal de Primeira Instância ignorou fundamentalmente os princípios aplicáveis em matéria de prova, quer se trate da obtenção das provas, quer da respectiva apreciação. Os juízes da primeira instância limitaram-se a verificar que a Comissão «tinha juridicamente conseguido» apresentar provas de determinadas alegações em apoio da decisão litigiosa. Não verificaram se os meios de prova adiantados pela Comissão podiam ser entendidos diversamente e menos ainda se os meios de prova oferecidos pela recorrente eram susceptíveis de pôr em causa as provas apresentadas pela Comissão.

99. O fundamento invocado pela BStG divide-se em cinco partes:

— o Tribunal de Primeira Instância recorreu a um critério de análise errado para apreciação das provas ao não verificar se os indícios salientados pela Comissão podiam ser explicados de outra forma que não pela existência de um acordo;

— ao se recusar a analisar as provas oferecidas, o Tribunal de Primeira Instância violou o «dever de instrução» que lhe incumbe e o princípio do «processo equitativo»;

— o Tribunal de Primeira Instância também não respeitou o princípio da «livre apreciação da prova» ao não proceder à análise aprofundada da exposição da matéria de facto feita pela recorrente, bem como das provas que a mesma se propôs apresentar;

— o Tribunal de Primeira Instância não aplicou o princípio segundo o qual a dúvida aproveita ao acusado;

— os oferecimentos de prova da BStG foram indeferidos sem fundamentação suficiente, em violação dos direitos da defesa.

100. A Comissão considera necessário recordar que um recurso só pode basear-se em fundamentos relativos à violação de regras de direito, sendo de excluir toda e qualquer apreciação da matéria de facto, e que o critério de análise utilizado pelo Tribunal de Primeira Instância para efectuar a apreciação da matéria de facto se enquadra logicamente nesta última categoria. A Comissão contesta a ideia defendida pela recorrente de que o Tribunal deve sempre deferir os pedidos de medidas de instrução que lhe são apresentados e recorda que as medidas de organização do processo adoptadas pelo Tribunal, sob a forma de questões colocadas à recorrente, mostram que o mesmo não descurou a análise dos meios de prova da recorrente.

101. A BStG responde que o Tribunal de Justiça tem competência para conhecer de um recurso baseado numa irregularidade processual e pode fiscalizar as regras e princípios gerais de direito em matéria de ónus da prova do mesmo modo que as regras processuais em matéria de produção da prova. A BStG refere que as medidas de organização de processo não podem substituir as medidas de instrução e que o indeferimento injustificado de um oferecimento de prova constitui uma apreciação antecipada da prova, proibida pelo direito comunitário.

1. *Quanto ao critério de análise do Tribunal de Primeira Instância*

102. A título liminar, esclareça-se que a recorrente não tem razão quando afirma que o Tribunal não analisou suficientemente a matéria de facto tal como a mesma a expôs. Resulta, com efeito, do n.º 61 do acórdão impugnado, relativo ao acordo de 1985 celebrado entre a BStG e a Tréfilunion, dos n.os 84 a 86, relativos aos acordos sobre quotas e preços celebrados com os produtores do Benelux, dos n.os 111 a 113, relativos ao acordo celebrado entre a BStG e a Tréfilarbed, e dos n.os 125 e 126, relativos aos acordos sobre quotas e preços no mercado do Benelux, que o Tribunal de Primeira Instância expôs de modo integral os argumentos da BStG.

103. Na sua resposta à Comissão, a BStG precisa que o que está em causa não é a apreciação da prova em si mesma, mas sim o

critério de apreciação das provas pelo Tribunal e o alcance do seu controlo [41].

104. Não pensamos que a distinção feita pela recorrente se justifique. O questionar do critério cuja utilização é imputada ao Tribunal de Primeira Instância equivale indirectamente à contestação do seu poder de apreciação. Esta contestação consiste em criticar as deduções efectuadas pelos juízes da primeira instância a partir dos indícios que lhes foram apresentados. Ora, a recorrente não procede de outro modo ao afirmar que o Tribunal de Primeira Instância não teve em consideração outras hipóteses mais favoráveis, uma vez que foi no exercício do seu poder de apreciação que os juízes da primeira instância puseram de parte na altura essas hipóteses em favor de uma abordagem diferente.

105. Deve, por isso, ser aplicada a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça nos termos da qual resulta simultaneamente do artigo 49.°, primeiro parágrafo, do Estatuto-CE do Tribunal de Justiça, do artigo 168.°-A do Tratado e do artigo 51.° do mesmo Estatuto, bem como do artigo 112.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, que este não tem competência para dar como provada a matéria de facto nem, em princípio, para analisar as provas da referida matéria de facto que o Tribunal de Primeira Instância teve em conta. Nos termos da mesma jurisprudência, que resulta dos textos referidos, compete apenas ao Tribunal de Primeira Instância apreciar o valor a atribuir aos elementos de prova que lhe foram apresentados [42]. Esta apreciação não constitui, por isso, excepto em caso de desnaturação desses elementos, uma questão de direito sujeita, como tal, ao controlo do Tribunal de Justiça [43].

106. Em apoio da crítica formulada, a BStG de modo nenhum demonstra que os juízes da primeira instância atribuíram aos elementos de prova de que dispunham um sentido que lhes era manifestamente alheio. A BStG também não esclarece, nesta parte da sua argumentação, quais os elementos criticados do acórdão que revelam uma desnaturação desse tipo, cuja anulação requer.

107. Não é necessário referir que pode também entender-se que o argumento invocado pela BStG equivale à exigência de uma fundamentação mais completa do acórdão, incluindo desenvolvimentos sobre as explicações alternativas, favoráveis à recorrente, que podem ser dadas da matéria de facto apresentada ao Tribunal de Primeira Instância. Os juízes da primeira instância teriam a obrigação de demonstrar que não descuraram a análise da matéria de facto à luz das explicações dadas por uma das partes.

41 — V. n.° 36 do recurso.

42 — V., designadamente, acórdão de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (C-136/92 P, Colect., p. I-1981, n.os 47 a 49 e 66); Despacho de 17 de Setembro de 1996, San Marco/Comissão (C-19/95 P, Colect., p. I-4435, n.os 36 a 41); acórdão Blackspur DIY e o./Conselho e Comissão, já referido, n.° 29, e Despacho de 6 de Outubro de 1997, AIUFFASS e AKT/Comissão (C-55/97 P, Colect., p. I-5383, n.os 24 e 25).

43 — V., designadamente, acórdãos de 2 de Março de 1994, Hilti/Comissão (C-53/92 P, Colect., p. I-667, n.° 42), e Blackspur DIY e o./Conselho e Comissão, já referido, n.° 29.

108. É evidente que o Tribunal de Primeira Instância é obrigado a fundamentar os seus acórdãos [44]. Consequentemente, os mesmos devem referir claramente as razões que justificam a sua convicção e o raciocínio seguido pela autoridade comunitária que está na origem dessa convicção, de modo a permitir que as partes tomem conhecimento dos elementos do raciocínio seguido e que o Tribunal de Justiça exerça o seu controlo.

109. Contudo, quando, como sucede no presente processo, a fundamentação do acórdão se baseia em elementos de facto precisos e não em pressuposições, parece-nos excessivo exigir que o Tribunal de Primeira Instância exponha as razões pelas quais considera que as circunstâncias adiantadas por uma das partes com o objectivo de dar uma luz diferente à matéria de facto em causa não foram convincentes. Não se pode deduzir da falta de análise formal pelo Tribunal de Primeira Instância das explicações propostas por uma das partes que estes elementos não hajam sido analisados, uma vez que o raciocínio seguido pelo Tribunal se baseia em elementos precisos e exclui implícita, mas necessariamente, a tese da recorrente.

110. A este respeito, a BStG limita-se a fazer uma apreciação geral sobre a fundamentação do acórdão pelo Tribunal de Primeira Instância, não apresentando elementos susceptíveis de abonarem a sua tese [45].

111. Consequentemente, deve ser julgada inadmissível a primeira parte do terceiro fundamento.

2. Quanto ao «dever de instrução» do Tribunal de Primeira Instância e ao princípio do «processo equitativo»

112. No entender da BStG, estes princípios impõem que o Tribunal de Primeira Instância aceite as provas oferecidas, salvo em determinados casos limitados, cuja existência não se verifica no presente processo. A BStG considera que o indeferimento dos seus pedidos de audição e de comparência equivale a uma apreciação antecipada da prova, incompatível com os princípios de um Estado de direito. A BStG acrescenta que, mesmo na falta de oferecimento de provas, o princípio do inquisitório impõe que o juiz alargue oficiosamente a instrução a todos os meios de prova, e que este dever de instrução oficiosa significa também que o Tribunal de Primeira Instância se deve esforçar para obter a melhor prova possível.

44 — Artigos 33.° e 46.°, primeiro parágrafo, do Estatuto CE do Tribunal de Justiça. V., por exemplo, Despachos de 16 de Setembro de 1997, Koelman/Comissão (C-59/96 P, Colect., p. I-4809, n.os 54 e 55), e AIUFFASS e AKT/Comissão, já referido, n.° 23.

45 — O Tribunal de Justiça já decidiu que a falta de tomada em consideração pelo Tribunal de Primeira Instância de determinados elementos de prova é abrangida no âmbito da sua competência, mas que a prova dessa negligência deve ser previamente apresentada para que daí possam validamente ser extraídas consequências [v. acórdão de 22 de Dezembro de 1993, Pincherle/Comissão (C-244/91 P, Colect., p. I-6965, n.os 32 e 33)]. Esta solução é válida, por maioria de razão, no que respeita à falta, alegada por uma das partes, de tomada em consideração de uma explicação dada pela mesma a fim de clarificar a uma luz mais favorável factos que lhe são imputados.

113. Recorde-se, antes de mais, a competência do Tribunal de Justiça para fiscalizar o respeito dos princípios gerais de direito e das regras processuais aplicáveis em matéria de ónus e de produção da prova [46].

114. Para além do extraído do artigo 6.° da convenção, os princípios invocados pela recorrente não estão ligados a normas precisas que permitam definir o respectivo conteúdo e alcance, e clarificar a sua força vinculativa. Deve, por isso, a nossa análise ser limitada às disposições da convenção.

115. O artigo 6.°, n.° 3, alínea d) dispõe que «O acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: ... Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação» [47].

116. Tal como é interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, este texto não implica uma obrigação absoluta do órgão jurisdicional de deferir a prova testemunhal oferecida pelas partes.

117. Assim, no acórdão Vidal/Bélgica, de 22 de Abril de 1992, o Tribunal de Estrasburgo decidiu que «... o artigo 6.°, n.° 3, alínea d)... deixa, em princípio (aos órgãos jurisdicionais nacionais), a tarefa de julgar da utilidade de um oferecimento de prova testemunhal "autónoma", na acepção que este termo tem no sistema da convenção... "não impõe a convocação e inquirição de qualquer testemunha de defesa: como indicam os termos 'nas mesmas condições', tem por objectivo essencial a completa 'igualdade de armas' na matéria"...» [48].

118. Afigura-se, assim, que o direito de obter a audição de uma testemunha está condicionado pelo carácter «equitativo» do processo, que pode considerar-se prejudicado se o depoimento de uma testemunha, requerido pelo demandado, for recusado quando que esse depoimento teria podido fornecer ao órgão jurisdicional em questão elementos susceptíveis de contrabalançar o depoimento de uma testemunha de acusação.

119. No presente processo, deve concluir-se que o Tribunal de Primeira Instância não procedeu a audições que revelem uma apreciação arbitrariamente selectiva dos depoimentos úteis à sua decisão.

120. Quanto ao argumento da BStG de que os oferecimentos de prova das partes só podem ser indeferidos em condições muito estritas, devem recordar-se os termos do artigo 66.°, n.° 1, do Regulamento de Processo

46 — V., designadamente, despacho San Marco/Comissão, já referido, n.° 40.

47 — O texto do artigo 14.°, n.° 3, alínea e), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, já referido, é idêntico.

48 — Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, série A, n.° 235-B, n.° 33.

do Tribunal de Primeira Instância: «O Tribunal, ouvido o advogado-geral, determina as diligências *que julgar convenientes* mediante despacho em que se especifiquem os factos a provar» [49]. É assim claramente afirmada a competência dos juízes da primeira instância para apreciar a relevância dos oferecimentos que lhe são submetidos [50].

121. Além disso, não se pode impor ao Tribunal de Primeira Instância que proceda à inquirição sistemática de testemunhas oferecidas pelas partes sem prejudicar o bom andamento do processo, frequentemente ameaçado por manobras dilatórias, nem ignorar o seu poder de apreciar das provas que lhe são apresentadas, o qual inclui a faculdade de indeferir uma medida quando o Tribunal se considere suficientemente esclarecido pelos elementos do processo.

122. A este respeito afigura-se justificado que o Tribunal de Primeira Instância faça depender a sua decisão de deferir os oferecimentos de prova da apresentação pela parte em questão de razões susceptíveis de justificar a inquirição requerida [51].

123. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância ordenou medidas de organização do processo sob a forma de questões a que as partes eram convidadas a responder por escrito [52]. É pacífico que, das sete questões colocadas à recorrente, cinco diziam expressamente respeito às provas por si oferecidas e tinham em vista, pelo menos uma delas, obter da recorrente a indicação «... das razões concretas e factuais (pelas quais) contesta(va) o conteúdo visível dos documentos adiantados» [53].

124. Este elemento confirma, se necessário fosse, que o Tribunal de Primeira Instância não descurou a análise dos oferecimentos de prova que lhe foram dirigidos.

125. Foi, por isso, em nosso entender, no propósito da boa administração de justiça e no respeito dos textos aplicáveis que os juízes da primeira instância indeferiram os pedidos de comparência e de inquirição das testemunhas sem se pronunciarem quanto ao mérito, uma vez que se precaveram contra todos os riscos de arbitrariedade ao tomar conhecimento dos motivos que justificavam os oferecimentos de prova, sem prejuízo de terem fundamentado suficientemente de direito a solução adoptada quanto ao mérito da causa, como veremos adiante, quando da análise do fundamento que consiste na violação do artigo 85.°, n.° 1 do Tratado.

49 — Sublinhado nosso.

50 — Despacho de 16 de Outubro de 1997, Dimitriadis/Tribunal de Contas (C-140/96 P, Colect., p. I-5635, n.os 27 e 28). O Tribunal de Justiça admitiu também que o Tribunal de Primeira Instância pode indeferir um pedido de peritagem pelo facto de que a medida de instrução requerida «... não se revela de qualquer utilidade para o Tribunal, que se considera suficientemente esclarecido pelo conjunto do processo». É certo que o fundamento não se dirigia directamente contra este argumento (acórdão de 2 de Junho de 1994, De Compte/Parlamento, C-326/91 P, Colect., p. I-2091, n.° 123).

51 — V. acórdão de 11 de Julho de 1968, Van Eick/Comissão (35/67, Colect., p. 857; Recueil, p. 481).

52 — N.os 13 e 14 do acórdão impugnado.

53 — N.° 29 da contestação da Comissão.

3. *Quanto aos princípios da «livre apreciação da prova» e do «benefício da dúvida»*

126. Na terceira parte do terceiro fundamento, a BStG critica o Tribunal de Primeira Instância por ter renunciado a aprofundar a matéria de facto e não ter esgotado todas as fontes de informação de que dispunha. Por outro lado, na quarta parte, afirma que o Tribunal de Primeira Instância lhe não reconheceu o benefício da dúvida que, não obstante, resulta dos seus esclarecimentos quanto aos indícios apresentados pela Comissão.

127. Na realidade a recorrente procura contestar a apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância quanto ao valor dos elementos de prova que lhe foram apresentados. Como já recordámos [54], esta apreciação, excepto em caso de desnaturação desses elementos, não constitui uma questão de direito sujeita ao controlo do Tribunal de Justiça. Ora, a BStG não adianta em apoio das suas afirmações qualquer elemento susceptível de demonstrar que as deduções feitas pelo Tribunal de Primeira Instância na sua fundamentação, a partir das provas que lhe foram apresentadas, são manifestamente erradas.

128. Por outro lado, como já referimos, compete ao Tribunal de Primeira Instância, justamente por força do mesmo poder de apreciação invocado pela recorrente, decidir se essas provas são suficientes para dar como provada a matéria de facto de modo a que não subsista qualquer dúvida.

129. Acresce que é de salientar que a BStG não adiantou argumentação destinada a demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na sua apreciação, nem esclareceu os elementos do acórdão que critica e cuja anulação é requerida. A recorrente não invoca violação de qualquer regra de direito e limita-se a impugnar a apreciação da matéria de facto feita pelo Tribunal de Primeira Instância.

130. Devem, assim, ser julgadas inadmissíveis as terceira e quarta partes do terceiro fundamento.

4. *Quanto à fundamentação do indeferimento dos oferecimentos de prova*

131. A resposta ao argumento de que o Tribunal de Primeira Instância fundamentou insuficientemente o indeferimento dos oferecimentos de prova apresentados pela BStG está estreitamente ligada à liberdade que lhe é reconhecida de apreciar o valor das provas de que dispõe. Por outras palavras, se considerar que o valor probatório dos elementos constantes do processo basta para fundar a sua convicção, o Tribunal é obrigado, antes de mais, a expor os motivos que justificam a sua decisão quanto ao mérito. Se esta condição estiver preenchida, entendemos que o

54 — N.º 105 das presentes conclusões.

Tribunal pode indeferir mediante fundamentação sumária os oferecimentos de prova que lhe sejam apresentados.

132. Daqui há que concluir que o Tribunal de Primeira Instância não viola o dever de fundamentação ao se limitar a indicar que indefere os pedidos de inquirição de testemunhas ou de comparência formulados pela recorrente, desde que tenha o cuidado de previamente expor as razões pelas quais considera que a Comissão demonstrou suficientemente de direito os factos imputados à BStG. Analisaremos a fundamentação referida em último lugar, na medida em que a mesma é impugnada, quando nos pronunciarmos sobre o sexto fundamento, que consiste na violação do artigo 85.°, n.° 1 do Tratado.

133. Deve, assim, ser julgada improcedente a quinta parte do terceiro fundamento, e o mesmo rejeitado na totalidade.

D — *Quanto ao quarto fundamento assente em violação das regras da preclusão*

134. A BStG critica o Tribunal de Primeira Instância por ter feito uma interpretação errada do artigo 48.°, n.° 1, do seu Regulamento de Processo, ao indeferir os oferecimentos de prova da recorrente por extemporâneos, nos n.^{os} 94, 120 e 138 do acórdão impugnado.

135. A Comissão responde que o Tribunal agiu em conformidade com a sua jurisprudência constante ao considerar que os oferecimentos de prova apresentados pela primeira vez na réplica constituem um atraso que deve ser fundamentado.

136. O Tribunal, nos números referidos pela BStG, indeferiu os pedidos de inquirição de testemunhas e de comparência da recorrente, pelo facto de estes oferecimentos de prova, apresentados na réplica, serem extemporâneos, dado que a recorrente não invocou qualquer circunstância que a tivesse impedido de os apresentar na petição inicial.

137. Recorde-se que, nos termos do artigo 48.°, n.° 1, já referido, «As partes podem ainda, em apoio da sua argumentação, oferecer provas na réplica e na tréplica. *Devem, porém, justificar o atraso no oferecimento das provas*» [55].

138. Resulta deste texto que as partes têm o dever de expor as circunstâncias que justifi-

55 — Sublinhado nosso.

cam o oferecimento de provas na réplica. Esta exigência de fundamentação destina-se a permitir que o Tribunal de Primeira Instância aprecie a justeza das razões invocadas para explicar o atraso e se pronuncie assim, com pleno conhecimento de causa, quanto à admissibilidade dos oferecimentos. Efectivamente, não apenas os oferecimentos de prova têm lugar numa fase avançada do processo, como podem originar novos atrasos no seu curso, dado que podem ser ordenadas novas medidas de instrução se o Tribunal o considerar necessário.

139. O Tribunal de Primeira Instância fez, assim, uma correcta aplicação do artigo 48.°, n.° 1, já referido, ao justificar o indeferimento dos pedidos de inquirição apresentados pela BStG pela falta de fundamentação do atraso na respectiva apresentação.

140. A recorrente não contesta, por outro lado, nem o facto de os oferecimentos de prova controvertidos terem surgido pela primeira vez na réplica nem a falta de justificação do atraso. Limita-se a justificá-lo na fase do recurso, em violação do disposto no artigo 48.°, n.° 1, que exige que a justificação do atraso seja apresentada no Tribunal de Primeira Instância.

141. Além disso, a BStG sugere que se reconheça ao texto referido um âmbito de aplicação diferente do que o mesmo na realidade possui, ao atribuir-lhe um alcance limitado. Efectivamente, a recorrente propõe que as decisões quanto à admissibilidade sejam limitadas apenas aos oferecimentos de prova susceptíveis de atrasar a resolução do litígio, o que, em seu entender, não é o caso dos oferecimentos de prova controvertidos. Sugere ainda que o referido texto possa apenas servir para o indeferimento do oferecimento de provas novas apresentadas em apoio de factos novos.

142. Para além do facto de a BStG não ter adiantado estes argumentos no Tribunal de Primeira Instância a fim de procurar justificar o atraso, o que claramente a impede de o fazer no Tribunal de Justiça, a interpretação assim dada ao artigo 48.°, n.° 1, não resulta da leitura do texto, cuja aplicação se não mostra condicionada a uma apreciação em concreto dos efeitos do oferecimento de prova sobre o bom andamento do processo. O artigo 48.°, n.° 1, também não limita aos oferecimentos de prova de factos novos a obrigação de justificar o atraso. Torna-se evidente que a recorrente recorre a estas distinções para encobrir a violação da disposição que contra si foi invocada pelos juízes da primeira instância.

143. Por último, a título subsidiário, a BStG considera que o dever de solicitude do órgão jurisdicional e a natureza quase penal das sanções aplicadas justificam o dever do Tribunal de Primeira Instância de analisar oficiosamente os elementos invocados, mesmo na hipótese de oferecimentos de prova extemporâneos. O artigo 48.°, n.° 1, ficaria assim reservado aos processos sem finalidade repressiva.

144. Como já salientámos [56], a recorrente não relaciona com nenhuma norma em especial os princípios que invoca para, com fundamentos diferentes das disposições já referidas do artigo 48.°, impugnar o indeferimento pelo Tribunal de Primeira Instância dos oferecimentos de prova. Ora, o questionar, deste modo sugerido, da legalidade do referido texto pressupõe, pelo menos, que sejam dadas ao Tribunal de Justiça referências e argumentos específicos. Uma vez que isto não sucede, bastará observar, uma vez mais, que não há que fazer distinção segundo os procedimentos quando os textos o não justifiquem.

145. Consequentemente, deve ser julgado inadmissível o fundamento que consiste na violação das regras da preclusão.

E — *Quanto ao quinto fundamento assente em violação do direito de acesso ao processo*

146. O Tribunal de Primeira Instância terá violado os direitos da defesa ao indeferir o pedido de acesso ao processo formulado pela recorrente.

147. Para indeferir, desde logo, o pedido de apresentação do conjunto das peças processuais, o Tribunal de Primeira Instância, depois de recordar que

«... a recorrente não contesta ter recebido, durante o procedimento administrativo promovido pela Comissão, todos os documentos do processo que lhe diziam directa ou indirectamente respeito e nos quais se baseava a comunicação das acusações»,

e, após declarar que

«... a recorrente não forneceu elementos susceptíveis de provar que outros documentos teriam sido pertinentes para a sua defesa,

... considera que a recorrente teve a possibilidade de expor, como entendeu, o seu ponto de vista sobre todos os factos de que a Comissão a acusou na comunicação das acusações que lhe foi dirigida, bem como sobre os elementos probatórios destinados a fundamentar estas acusações, mencionados pela Comissão na referida comunicação das acusações ou a ela anexos e que, portanto, foi garantido o respeito pelos direitos da defesa...».

O Tribunal acrescenta que

«Daqui decorre que, tanto durante a preparação da petição como durante o processo no Tribunal de Primeira Instância, os advogados da recorrente tiveram a possibilidade de

56 — N.° 114 das presentes conclusões.

examinar, com perfeito conhecimento de causa, a legalidade da decisão e de garantir plenamente a defesa da recorrente» [57].

148. Para indeferir ainda o pedido de apresentação dos documentos transmitidos pelo Bundeskartellamt e dos relativos às negociações trilaterais entre a Comissão, o Bundeskartellamt e os representantes da comunidade alemã do cartel de crise estrutural, o Tribunal salientou que:

— «... a recorrente não provou que, por não dispor desses elementos, não pôde defender-se das acusações que lhe foram feitas e não forneceu nenhum elemento susceptível de provar em que medida essas peças podiam ter interesse para a resolução do presente litígio».

— e que, «... de qualquer modo, trata-se de documentos relativos ao cartel de crise estrutural, que, enquanto tal, não constitui parte integrante das infracções mencionadas na decisão... e que, por isso, os documentos relativos a esse cartel são elementos de prova estranhos ao objecto do presente processo» [58].

149. A BStG refere que a regra segundo a qual a Comissão tem a obrigação de tornar acessível às empresas implicadas num processo de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado o conjunto dos documentos contra e a favor obtidos ao longo do inquérito é aplicável não apenas ao procedimento administrativo, mas também ao processo no Tribunal de Primeira Instância. A exigência, formulada pelo Tribunal de Primeira Instância, da apresentação de indícios susceptíveis de demonstrar que outros documentos teriam sido relevantes para a defesa da recorrente não tem em conta o facto de que a mesma não pode apreciar a importância de um documento cuja existência e conteúdo desconhece. O lugar que ocupa o cartel de crise estrutural no acórdão impugnado transforma a decisão que indeferiu o pedido de apresentação de documentos relativos ao mesmo numa violação dos direitos da defesa.

150. Já tivemos ocasião de expor as razões pelas quais se nos afigura essencial elevar a princípio fundamental de direito comunitário o direito de uma empresa implicada num processo de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, de acesso à totalidade do processo durante a fase administrativa [59].

151. O acesso aos documentos de acusação e de defesa permite verificar não apenas se a Comissão não ignorou uma ou outra, mas sobretudo se as apreciou correctamente.

57 — N.° 34 do acórdão.

58 — *Idem*, n.° 35.

59 — V. os n.os 87 e seguintes das conclusões que apresentámos no processo BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido.

152. O respeito deste princípio na fase administrativa do processo é, além disso, facilitado, no sentido de uma maior transparência, pelo método definido pela Comissão no *XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência,* de 5 de Maio de 1994:

«Juntamente com a comunicação de acusações, a Comissão envia uma cópia de todos os documentos em que se baseia para estabelecer a existência de uma infracção. Envia igualmente todos os documentos que, após um cuidadoso exame do processo, parecem contrariar ou contradizer as conclusões da Comissão (habitualmente designados por "exculpatory documents"). Caso uma empresa apresente seguidamente um pedido fundamentado para que a Comissão reexamine o seu processo, a fim de determinar se possui ou não quaisquer documentos suplementares relativos a um assunto específico que a empresa considere útil para a sua defesa, a Comissão fá-lo-á e enviará à empresa os referidos documentos» [60].

153. No presente caso, não se nos afigura que os imperativos de transparência do procedimento administrativo tenham sido ignorados durante a fase judicial do processo pela decisão do Tribunal de Primeira Instância de não deferir o pedido de acesso ao processo.

154. Como foi indicado no n.º 34, já referido, do acórdão, a BStG recebeu todos os documentos em que se baseava a comunicação das acusações, susceptíveis de lhe dizer respeito a qualquer título. Por outro lado, o Tribunal, no exercício do seu poder soberano de dar por provada a matéria de facto, salientou, no n.º 23, que a carta de 12 de Março de 1987 do director-geral da concorrência, que acompanhava a comunicação das acusações, esclarecia que «... se juntavam os principais documentos relativos ao processo e que, para evitar qualquer divulgação de segredos profissionais, apenas se enviavam os documentos que diziam directa ou indirectamente respeito à empresa destinatária», acrescentando que «... as empresas podiam, para a preparação das suas observações, tomar conhecimento, mediante autorização, dos outros documentos na posse da Comissão».

155. A fim de explicar a razão pela qual não apresentou então um pedido de autorização, a BStG alega que se não fez representar por advogado na fase administrativa do processo e não consultou o mesmo, dado que as acusações que lhe foram transmitidas a não davam como responsável.

156. Ora, o Tribunal de Primeira Instância, após salientar que resulta da carta de 12 de Março de 1987 que «... a Comissão considerava que as empresas destinatárias tinham infringido o disposto no artigo 85.º do Tratado» [61], declara que «... a recorrente foi *uma*

60 — COM(94) 161 final. Mais recentemente, a Comissão esclareceu as regras processuais destinadas a conciliar o respeito dos direitos da defesa, que pressupõe o acesso efectivo ao processo e a protecção das informações confidenciais das empresas. A Comissão procedeu a uma definição extensiva da noção de «documentos acessíveis», dos quais apenas são excluídos os abrangidos pelo segredo comercial, os documentos confidenciais e os documentos internos da Comissão [comunicação da Comissão 97/C 23/03 relativa às regras de procedimento interno para o tratamento dos pedidos de consulta do processo nos casos de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, dos artigos 65.º e 66.º do Tratado CECA e do Regulamento (CEE) nº. 4064/89 do Conselho (JO C 23, p. 3)].

61 — N.º 23 do acórdão.

das destinatárias da comunicação das acusações... que, *nomeadamente, foi várias vezes referida* na análise da parte relativa aos factos e na apreciação jurídica da comunicação das acusações... e que recebeu numerosos anexos que estiveram na base das acusações da Comissão» [62]. Acrescenta que a recorrente enviou uma carta à Comissão na qual apresentou observações escritas relativamente à comunicação das acusações e solicitou que fosse efectuada uma audição.

157. Resulta destas múltiplas conclusões que a BStG era directamente posta em causa na comunicação das acusações. O Tribunal podia, por isso, considerar que o facto de não ter constituído advogado era resultado de uma opção da sua parte e que nenhuma violação dos direitos da defesa tinha afectado a fase administrativa do processo. Acrescente-se que a recorrente não contesta que se absteve de procurar conhecer a posição da Comissão sobre o seu grau de implicação na execução das infracções detectadas, apesar dos elementos contidos na comunicação das acusações. Em consequência, o Tribunal podia decidir, sem ofensa dos direitos da defesa, que não havia que ordenar à Comissão a apresentação dos documentos requeridos, uma vez que a recorrente não referia qualquer indício susceptível de demonstrar que outros documentos eram necessários à sua defesa.

158. A este respeito, pensamos que a efectividade do direito de acesso ao processo verificada durante a fase administrativa do mesmo permite que o Tribunal de Primeira Instância faça depender a transmissão de documentos, na fase judicial, da apresentação de «... elementos susceptíveis de provar que outros documentos teriam sido pertinentes para a sua defesa» [63]. É certo que não está em questão exigir da empresa acusada que demonstre os efeitos que o documento requerido poderia ter tido sobre a decisão, o que pressupõe que a mesma conhecesse em pormenor o respectivo conteúdo. Uma exigência deste tipo equivaleria a impor-lhe o ónus de uma prova impossível [64]. A empresa deve apenas fornecer ao Tribunal de Primeira Instância elementos que tornem crível a utilidade do documento para efeitos do processo.

159. Efectivamente, o direito de acesso não pode ser absoluto, por razões de boa administração da justiça. A empresa em questão não deve poder impugnar a falta de comunicação seja de que peça do processo for sem previamente a ter identificado e sem dar um mínimo de elementos quanto à utilidade que a mesma pode para si apresentar [65].

160. É ainda necessário que a mesma conheça a existência desse documento, o que

62 — *Idem*, n.º 24, sublinhado nosso.

63 — *Idem*, n.º 34.

64 — V. os n.os 119 e 120 das conclusões que apresentámos no processo BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido.

65 — N.º 120 das conclusões que apresentámos no processo BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido. V., no mesmo sentido, as conclusões apresentadas em 15 de Julho de 1997 pelo advogado-geral G. Cosmas no processo Hüls/Comissão (C-199/92 P, ainda não publicadas na Colect., n.os 52 a 56).

o princípio do acesso ao conjunto do processo tem precisamente em vista garantir-lhe [66].

161. No acórdão BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido, os documentos não divulgados estavam identificados, pelo que a constestação era limitada à questão de saber se os mesmos «... se incluíam na categoria de documentos que a Comissão pode, legitimamente, recusar comunicar devido ao seu carácter confidencial» [67].

162. No presente processo, resulta do n.° 23 do acórdão impugnado que, de entre os documentos reclamados, os que diziam directa ou indirectamente respeito à recorrente já tinham sido comunicados, estando os restantes abrangidos pelo dever de confidencialidade.

163. Nestas condições, é evidente que a BStG não podia requerer a comunicação de documentos já transmitidos. Quanto aos documentos não divulgados, basta recordar que, durante a fase administrativa do processo, a recorrente não procurou conhecer o objecto nem os fundamentos do seu carácter confidencial, apesar de conhecer o princípio da sua não divulgação e de a Comissão a ter informado de que tinha direito a tomar conhecimento dos mesmos mediante autorização.

164. Quanto ao pedido de consulta dos documentos transmitidos pelo Bundeskartellamt à Comissão e dos relativos às negociações trilaterais entre a Comissão, o Bundeskartellamt e os representantes da comunidade alemã do cartel de crise estrutural, há que concluir que os fundamentos do indeferimento do pedido da BStG se não mostram excessivos [68].

165. A decisão controvertida refere muito claramente as relações entre o cartel de crise estrutural e os comportamentos contrários à concorrência verificados [69], dos quais resulta, como o Tribunal de Primeira Instância confirma nos n.^{os} 55 e seguintes do acórdão, que o cartel, enquanto tal, não faz parte integrante das infracções imputadas pela Comissão. Por não estar em condições de designar um documento em concreto, uma vez que estes documentos aparentemente não estavam integrados no processo da Comissão, e já não tinham, por isso, sido transmitidos à recorrente, a mesma deveria, pelo menos, caracterizar as razões por que considerava útil tomar conhecimento destes documentos, os quais não tinham relação directa com os factos imputados descritos na decisão. Parece-nos razoável, pelas mesmas razões que foram expostas a respeito dos documentos do processo, considerar esta exigência

66 — O problema da identificação dos documentos úteis à defesa das empresas em questão na instrução de uma alegada infracção parece estar hoje resolvido pela referida comunicação da Comissão, a qual prevê a elaboração de uma lista enumerativa dos documentos compreendendo a numeração contínua de todas as páginas do processo de instrução (ponto 1.4).

67 — N.° 24.

68 — N.° 148 das presentes conclusões.

69 — Pontos 126 e segs. da decisão controvertida.

como condição prévia ao pedido de comunicação apresentado pela BStG. O Tribunal podia assim legitimamente declarar a inexistência desta condição prévia na exposição das razões que justificavam o acesso aos mesmos documentos.

166. Consequentemente, deve ser julgado improcedente o fundamento que assenta na violação do direito de acesso ao processo.

F — *Quanto ao sexto fundamento assente em violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado*

167. No entender da BStG, o acórdão impugnado viola o disposto no artigo 85.° do Tratado ao se abster de qualificar determinados factos apresentados pela recorrente e ao ignorar determinados elementos integrantes dos n.os 1 e 3 da referida disposição.

1. *Quanto à delimitação do mercado*

168. A BStG afirma que o Tribunal de Primeira Instância não fundamentou suficientemente a parte do acórdão relativa à determinação do mercado em causa. Alega que, ao contrário do que o Tribunal refere, nunca afirmou que podia fabricar painéis normalizados com as suas máquinas ou que os painéis «Listenmatten» e os normalizados eram substituíveis entre si. Nestas condições, a BStG indica que não tinha qualquer interesse em participar em acordos relativos a painéis normalizados.

169. A recorrente acrescenta que não era um parceiro adequado para integrar um acordo com produtores de outros Estados-Membros, uma vez que menos de 2% da sua produção era exportada para outros Estados-Membros e que 99% destas exportações eram constituídas por painéis «Listenmatten». A BStG critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter salientado este ponto, do mesmo modo que não analisou os argumentos baseados na insignificância dos mercados para painéis «Listenmatten» fora da Alemanha e na escassez dos fluxos de fornecimento entre Estados.

170. A Comissão considera que a BStG procura incorrectamente submeter a matéria de facto apurada ao controlo do Tribunal de Justiça.

171. Quanto à capacidade da BStG para produzir outros tipos de rede electrossoldada para betão, o Tribunal de Primeira Instância verifica que «... certas empresas mencionadas na decisão, entre as quais se encontra a recorrente, têm capacidade para produzir diferentes tipos de rede electrossoldada para betão, o que permite deduzir logicamente que existe na indústria uma certa capacidade de adaptar os instrumentos de produção para produzir diferentes tipos de rede electrossoldada para betão» [70].

70 — N.° 41 do acórdão.

172. É de lamentar que o Tribunal de Primeira Instância não tenha enunciado os elementos em que se baseou para afirmar que a recorrente dispunha de capacidade para produzir vários tipos de rede electrossoldada para betão. O poder de dar como provada e de apreciar a matéria de facto que o Tribunal de Justiça reconhece ao Tribunal de Primeira Instância não vai até ao ponto de lhe permitir actuar por mera afirmação.

173. Contudo, no n.º 41 do acórdão, a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância reveste carácter meramente adicional, como o termo «ainda» indica. A demonstração da capacidade da BStG para produzir outros tipos de rede electrossoldada para betão além dos painéis «Listenmatten» não é um elemento determinante do seu interesse em fazer parte de acordos relativos a painéis normalizados, uma vez que a possibilidade de substituição dos dois tipos de painéis entre si é, como verificaremos, demonstrada pelo Tribunal de Primeira Instância. Assim, não se pode daqui extrair argumentação para impugnar a regularidade do acórdão [71].

174. Quanto à possibilidade de substituição dos produtos entre si, o Tribunal de Primeira Instância salienta, através de conclusões e apreciações de facto que fogem ao controlo do Tribunal de Justiça, que os «... preços dos painéis normalizados e dos painéis "Listenmatten", a que se refere a recorrente... não são muito diferentes» [72]. Além disso, declara que «... *a utilização de painéis normalizados num estaleiro onde deviam ser normalmente utilizados painéis por projecto é efectivamente possível* quando o preço dos painéis normalizados é tão baixo que garante ao empreiteiro uma economia significativa, que cobre os custos suplementares e compensa os inconvenientes técnicos relacionados com a mudança de material utilizado...» [73].

175. O Tribunal de Primeira Instância expôs, por isso, de modo suficientemente claro as razões pelas quais se lhe afigurou que determinadas circunstâncias relacionadas com o nível dos preços poderiam incentivar os operadores económicos a substituir painéis «Listenmatten» por painéis normalizados, delimitando assim um mercado comum a ambos os produtos e caracterizando, por essa via, o interesse que a recorrente poderia ter em participar em acordos no âmbito deste mercado.

176. O Tribunal de Primeira Instância confirmou também a realidade deste interesse ao esclarecer que esta situação de preços favorável à possibilidade de substituição se verificou «... durante uma parte do período abrangido pelos acordos» [74].

177. Deve acrescentar-se que a referência no acórdão à produção pela recorrente de outros tipos de painéis, e à permutabilidade

71 — V., designadamente, acórdão De Compte/Parlamento, já referido, n.º 123. Sobre a regularidade de um acórdão no qual determinados fundamentos revelam uma violação do direito comunitário, mas em que a parte dispositiva se mostra baseada em outros fundamentos de direito, v., designadamente, acórdãos de 9 de Junho de 1992, Lestelle/Comissão (C-30/91 P, Colect., p. I-3755, n.º 28), e de 19 de Maio de 1994, SEP/Comissão (C-36/92 P Colect., p. I-1911, n.º 33).

72 — N.º 39 do acórdão.

73 — N.º 40 do acórdão, sublinhado nosso.

74 — *Idem.*

dos painéis normalizados e dos painéis «Listenmatten», não é justificada pelo facto de a existência destes elementos ser reconhecida pela recorrente, ao contrário do que esta afirma.

Quando muito, no n.º 38 do acórdão, o Tribunal concluiu no sentido de uma comunhão de pontos de vista entre a Comissão e a BStG sobre a descrição do mercado em causa, enquanto que resulta dos próprios termos do acórdão que a abordagem adoptada pelas partes é sensivelmente diferente.

Efectivamente, os juízes da primeira instância declaram que a BStG distingue entre painéis normalizados, painéis tipo «Lettermattten» ou semi-normalizados, painéis tipo «Listenmatten» e painéis por projecto, para afirmar que as duas primeiras categorias de painéis são inteiramente semelhantes uma à outra, e que as duas últimas são igualmente semelhantes uma à outra, mas apresentam diferenças essenciais relativamente às duas primeiras. Daqui concluem que a decisão controvertida não diz outra coisa ao referir que «existe sobretudo uma permutabilidade considerável entre os painéis normalizados de rede electrossoldada e os painéis de rede electrossoldada por catálogo» e que «pode falar-se em geral do mercado da rede electrossoldada para betão, no âmbito do qual existe um submercado dos painéis de rede electrossoldada por projecto» [75].

Ora, parece-nos que a distinção traçada pela BStG entre um grupo constituído por painéis normalizados e painéis semi-normalizados, por um lado, e um grupo constituído por painéis «Listenmatten» e painéis por projecto, por outro, não é idêntica à efectuada pela Comissão entre painéis «Listenmatten» e painéis por projecto. O Tribunal de Primeira Instância fundamentou aqui, assim, o acórdão de modo contraditório.

178. Contudo, não nos parece que deva ser extraída qualquer consequência desta fundamentação defeituosa no que respeita à validade do acórdão impugnado, uma vez que os fundamentos do acórdão relativos à possibilidade de substituição dos produtos em causa bastam para justificar o interesse da recorrente na celebração de acordos sobre o mercado em causa [76].

179. Quanto à alegada falta de fundamentação sobre a escassa quota da produção da BStG destinada à exportação, ao facto de os produtos exportados serem quase exclusivamente constituídos por painéis «Listenmatten», e à insignificância dos mercados de painéis «Listenmatten» fora da Alemanha, bem como dos fluxos internacionais, deve salientar-se que os juízes da primeira instância completaram a demonstração já realizada relativamente ao carácter permutável das diferentes espécies de painéis de rede electrossoldada para betão.

180. No n.º 136, o Tribunal de Primeira Instância esclareceu que «... existe uma conexão entre o preço dos diferentes tipos de rede

75 — *Idem*, n.º 38.

76 — V. o n.º 173 e nota correspondente, bem como os n.ºs 174 e segs. das presentes conclusões.

electrossoldada para betão, na medida em que o preço dos painéis normalizados influência o dos painéis por catálogo e por projecto... [e que] Na qualidade de exportadora de painéis por catálogo, a recorrente tinha forçosamente que desejar manter o nível dos preços dos painéis normalizados num certo limite relativamente ao preço dos painéis por catálogo».

181. O Tribunal acrescentou sobretudo, respondendo desta forma às acusações formuladas que «... [as] exportações [pela BStG de painéis por catálogo], em termos absolutos, não eram assim tão pequenas, dado que... atingiram as 18 000 toneladas em 1985, das quais 5 128 toneladas destinadas aos Estados-Membros da Comunidade a seis, o que se traduziu num volume de negócios de exportação, no território da Comunidade, de 4 969 032 DM».

182. Resulta claramente de todos os elementos que antecedem que o Tribunal não violou o dever de fundamentação e que deve ser julgada improcedente a parte do sexto fundamento assente nessa violação.

2. Quanto à aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado ao acordo imputado à BStG e à Tréfilunion

183. Nos n.os 67 e 68 do acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância considerou que «... a Comissão apresentou prova suficiente dos factos mencionados no ponto 140, primeiro parágrafo, da decisão, isto é, do compromisso da Tréfilunion de não denunciar o cartel de crise estrutural, bem como da renúncia da recorrente de exportar para França painéis por catálogo durante um período de dois ou três meses» e confirmou que «... a Comissão considerou correctamente que constituíam uma infracção ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado...».

184. A BStG afirma que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância não especifica as razões pelas quais os acordos celebrados com a Tréfilunion constituíam uma infracção ao disposto no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. A recorrente critica o Tribunal por não ter procedido à qualificação da matéria de facto à luz das condições impostas por esta disposição.

185. A BStG alega que o Tribunal de Primeira Instância não analisou o seu argumento nos termos do qual o compromisso da Tréfilunion de não denunciar a recorrente à Comissão é de natureza política e não constitui uma restrição da concorrência. Acrescenta que o Tribunal também se não pronunciou quanto à questão de saber se o compromisso do Sr. Müller de não exportar painéis por catálogo da fábrica de Gelsenkirchen para França durante dois ou três meses era também susceptível de provocar uma restrição desse tipo ou ainda de afectar o comércio entre os Estados-Membros.

186. Para a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância qualificou correctamente a matéria de facto controversa e subsumiu-a à regra aplicável. A Comissão acrescenta que parte da argumentação da recorrente contém a alegação de matéria de facto nova que não pode ser discutida na fase do recurso, o que a BStG contesta.

187. A crítica que a recorrente faz no âmbito da alegada violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, deve ser entendida como invocando a falta de fundamentação do acórdão pelo Tribunal de Primeira Instância ou, o que equivale ao mesmo, a falta de resposta aos pedidos.

188. O Tribunal verificou que «... a decisão (ponto 140) imputa à recorrente uma concertação geral com a Tréfilunion, no sentido de limitar a penetração recíproca dos respectivos produtos na Alemanha e em França, concertação que se concretizou em três pontos: a Tréfilunion não denunciaria à Comissão o cartel de crise alemão; a fábrica da recorrente de Gelsenkirchen deixaria de exportar painéis por catálogo para França durante um período de dois a três meses; finalmente, as duas partes subordinaram as suas exportações futuras à fixação de quotas» [77].

189. Da análise de duas notas internas elaboradas, uma pelo Sr. Marie, director da Tréfilunion, de 16 de Julho de 1985, e a outra pelo Sr. Müller, de 27 de Agosto de 1985, o Tribunal de Primeira Instância conclui que «... a Comissão apresentou prova suficiente de uma concertação da recorrente com a Tréfilunion, relativamente aos dois primeiros pontos enumerados». O Tribunal considera que «... o compromisso do Sr. Marie de não denunciar o cartel alemão deve ser visto como um comportamento adoptado em relação a um concorrente, em contrapartida de concessões desse mesmo concorrente, no âmbito de um acordo que viola o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado» [78].

190. Afigura-se assim que, ao esclarecer o papel desempenhado pelo compromisso do Sr. Marie de não denunciar o cartel estrutural na celebração do acordo, o Tribunal de Primeira Instância respondeu expressamente à crítica formulada pela BStG à decisão controvertida. Resulta dos termos utilizados que o referido comportamento não é, em si mesmo, um acto contrário à concorrência, mas constitui um dos elementos do acordo por força do qual puderam ter lugar concessões caracterizadas por uma limitação das exportações no tempo.

191. Quanto à falta de fundamentação do Tribunal no que respeita à ausência de efeitos restritivos da concorrência e de prejuízo para o comércio entre os Estados-Membros resultantes do compromisso do Sr. Müller de não exportar, deve recordar-se que estas críticas

77 — N.° 63 do acórdão.

78 — *Idem*, n.° 64.

não foram formuladas pela BStG no Tribunal de Primeira Instância, pelo que o mesmo pôde legitimamente limitar o enunciado da fundamentação do acórdão apenas aos fundamentos invocados pela recorrente.

192. Efectivamente, resulta do n.º 61 do acórdão, que resume os fundamentos invocados pela BStG no Tribunal de Primeira Instância, que os mesmos se limitaram à impugnação da força probatória das duas notas elaboradas pelo Sr. Marie e Müller para demonstrar a celebração de um acordo. Para além do argumento da ausência de efeito restritivo sobre a concorrência decorrente da recusa de denúncia, ao qual, como vimos, o Tribunal de Primeira Instância deu resposta, não foram referidos outros argumentos ou fundamentos a que o Tribunal fosse obrigado a responder, o que confirma a análise do recurso e da réplica da BStG.

193. Por outro lado, se for essa a intenção da BStG, não pode a mesma apresentar novos fundamentos no Tribunal de Justiça. A jurisprudência do Tribunal de Justiça lembra regularmente os termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, que proíbe a dedução de novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. O Tribunal de Justiça salienta que: «Autorizar uma parte a deduzir pela primeira vez no Tribunal de Justiça um fundamento que não deduziu no Tribunal de Primeira Instância equivaleria a permitir-lhe submeter ao Tribunal de Justiça, cuja competência em matéria de recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância é limitada, um litígio mais amplo que aquele de que teve de conhecer o Tribunal de Primeira Instância. No âmbito de tal recurso, a competência do Tribunal de Justiça encontra-se portanto limitada à apreciação da solução legal dada aos fundamentos debatidos em primeira instância...» [79].

194. Basta, assim, verificar, como acabámos de fazer, que estes fundamentos não foram debatidos na primeira instância.

195. Assim, a segunda parte do sexto fundamento deve ser julgada parcialmente improcedente e parcialmente inadmissível.

3. *Quanto à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado aos acordos sobre quotas e preços imputados à BStG e aos produtores do Benelux*

196. A BStG critica o Tribunal de Primeira Instância por ter cometido erros de direito ao considerar que a Comissão apresentou prova suficiente da participação da recorrente em acordos sobre preços e quotas com os produtores do Benelux a respeito do mercado alemão. A BStG alega que o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta factos essenciais e relevantes por si invocados, que podiam, contudo, pôr em causa a interpretação dos documentos em que se baseia a

79 — Acórdão Comissão/Brazzelli Lualdi e o., já referido, n.os 57 e 59; Despachos San Marco/Comissão, já referido, n.os 49 e 50, e de 12 de Dezembro de 1996, Progoulis/Comissão (C-49/96 P, Colect., p. I-6803, n.os 31 a 33).

decisão controvertida. A recorrente acrescenta que o Tribunal de Primeira Instância desnaturou os elementos de prova que lhe foram apresentados.

197. Como refere correctamente a Comissão, a BStG procura apresentar como uma questão de direito a apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância da matéria de facto que lhe foi submetida.

198. Consideramos que a argumentação da recorrente não obedece às condições previstas na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça para que um recurso possa ser admitido [80].

199. Resulta das disposições do Tratado, do Estatuto CE do Tribunal de Justiça e do respectivo Regulamento de Processo, já referidas no n.º 105 das presentes conclusões, que um recurso deve indicar de modo preciso os elementos contestados do acórdão cuja anulação é pedida, bem como os argumentos em que se apoia especificamente esse pedido. O Tribunal de Justiça decidiu que não obedece a esta exigência o recurso que se limita a repetir ou reproduzir textualmente os fundamentos e argumentos já alegados no Tribunal de Primeira Instância. Efectivamente, um recurso deste tipo constitui na realidade um pedido de simples reanálise da petição apresentada no Tribunal de Primeira Instância, o que, nos termos do artigo 49.º do Estatuto CE do Tribunal de Justiça, escapa à competência deste.

200. Ora, nos n.ºs 77 a 79 da petição de recurso, a BStG reproduz extensas passagens das respostas que deu às questões colocadas em 22 de Abril de 1993 pelo Tribunal de Primeira Instância, nas quais faz a sua própria interpretação de determinadas peças do processo que constituem o fundamento da decisão controvertida. Nestes desenvolvimentos já apresentados ao Tribunal de Primeira Instância a BStG explica, no essencial, que os documentos em questão mostram que o Sr. Müller actuou em representação da Fachverband e do conselho de fiscalização da comunidade do cartel de crise estrutural, e não na qualidade de presidente da administração da BStG. Contesta ainda que os documentos apresentados mostrem a implicação da BStG na elaboração de um acordo.

201. A recorrente limita-se, assim, a afirmar que o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta argumentos dessa forma expostos, não se referindo a um fundamento jurídico preciso.

202. Resulta também dos diplomas aplicáveis que compete apenas ao Tribunal de Primeira Instância apreciar o valor a atribuir aos elementos que lhe são apresentados, desde que hajam sido respeitados os princípios gerais

80 — V., designadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça referidos na nota 42, bem como os despachos de 26 de Setembro de 1994, X/Comissão (C-26/94 P, Colect., p. I-4379, n.ºs 10 a 13), e Koelman/Comissão, já referido, n.ºs 52 e 53. V. mais exactamente os n.ºs 59 e 60 do despacho San Marco/ /Comissão, já referido.

de direito e as regras processuais aplicáveis em matéria de ónus e de produção de prova.

203. Como vimos quando da análise de outros fundamentos, foram respeitados pelo Tribunal de Primeira Instância as regras e princípios aplicáveis em matéria de prova. Quanto ao primeiro fundamento, a BStG afirma, contudo, que os juízes da primeira instância desnaturaram as provas de que dispunham. Há que concluir que a recorrente o não demonstra, uma vez que se limita a reproduzir os termos da sua argumentação inicial.

204. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância não descurou a análise dos argumentos da BStG, ao contrário do que esta afirma. Para o comprovar, basta remeter para os n.os 84 e 87 do acórdão impugnado, que resumem as críticas apresentadas pela recorrente em apoio desta parte do sexto fundamento. A respectiva análise confirma, por outro lado, que as mesmas retomam fundamentos apresentados pela recorrente na fase do recurso. Saliente-se também que o Tribunal de Primeira Instância, no n.° 92 do acórdão, respondeu expressamente à argumentação da BStG segundo a qual o Sr. Müller teria agido na qualidade de presidente da Fachverband Betonstahlmatten ou do conselho de fiscalização do cartel, do mesmo modo que, nos n.os 90 e seguintes, refere as razões pelas quais considerou que a BStG está implicada nos acordos celebrados com os produtores do Benelux.

205. Deve, assim, declarar-se que a BStG não adianta argumentos sérios que permitam demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na sua apreciação, e que a recorrente se abstém de identificar os elementos criticados do acórdão cuja anulação é requerida. Na realidade, a recorrente não invoca a violação de qualquer regra de direito e limita-se a contestar a apreciação da matéria de facto feita pelo Tribunal de Primeira Instância.

206. Consequentemente, deve ser julgada inadmissível a terceira parte do sexto fundamento.

4. Quanto à não aplicação do Regulamento n.° 67/67 aos contratos de distribuição exclusiva celebrados entre, por um lado, a BStG e, por outro, a Bouwstaal Roermond BV e a Arbed SA afdeling Nederland

207. No entender da BStG, o acórdão impugnado está insuficientemente fundamentado. Por um lado, o Tribunal não demonstra que os contratos celebrados com a Bouwstaal Roermond BV e a Arbed SA afdeling Nederland implicam a proibição de importações paralelas. A este respeito, a redacção do n.° 103 do acórdão impugnado mostra a hesitação do próprio Tribunal de Primeira Instância.

208. Por outro lado, os juízes da primeira instância não se pronunciaram sobre a tolerância da Comissão para com os contratos controvertidos que lhe foram submetidos

quando da reorganização da indústria siderúrgica luxemburguesa e do Sarre.

209. A Comissão alega que a argumentação da recorrente relativa à não proibição de importações paralelas nos referidos contratos tem a ver com a apreciação da matéria de facto feita pelo Tribunal de Primeira Instância e não é, por isso, susceptível de recurso. Considera, por outro lado, que o fundamento que consiste na tolerância da sua parte para com os contratos em questão constitui um novo fundamento que deve ser julgado inadmissível.

210. Consideramos ser de partilhar a opinião da Comissão.

211. Recordámos os princípios que regem os critérios de admissibilidade dos recursos definidos pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os quais excluem a competência deste para a apreciação da matéria de facto [81].

212. A crítica que a BStG faz ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância está compreendida nesta lógica e não é equiparável à contestação da qualificação jurídica da matéria de facto.

213. Efectivamente, é pacífico que um contrato de distribuição exclusiva que contenha cláusulas que proíbam importações paralelas ou que produzam efeitos equiparáveis não pode beneficiar do disposto no Regulamento n.º 67/67. Em contrapartida, o que está em debate é a questão de saber se os contratos em questão, por se oporem às importações paralelas, são abrangidos na referida categoria.

214. Ora, das duas problemáticas apenas a primeira se relaciona com a qualificação jurídica da matéria de facto. Através desta actuação, o Tribunal demonstra que, em função das características que lhes são reconhecidas, os factos se enquadram numa categoria jurídica precisa de onde decorrem consequências de direito. Quando efectua uma apreciação da matéria de facto a montante, o Tribunal procede, pelo contrário, à análise concreta e detalhada da referida matéria de facto a fim de determinar o que a caracteriza. A actuação do Tribunal pressupõe então uma análise factual dos documentos do processo, na acepção de uma tomada em consideração dos elementos específicos do processo que lhe é submetido. No presente processo, o Tribunal analisou os termos dos contratos e as condições da sua aplicação a fim identificar as características que lhes são próprias.

215. Assim, consideramos que constitui uma apreciação da matéria de facto a análise feita pelo Tribunal de Primeira Instância nos termos da qual, quando os contratos estipulam que, na sua vigência, a Bouwstaal Roermond ou a Arbed SA afdeling Nederland não efectuarão directa ou indirectamente fornecimentos na República Federal da Alemanha, «... o sentido das palavras "nem directa nem indirectamente" ultrapassa... um simples com-

81 — V. n.ºs 198 e segs. das presentes conclusões.

promisso do fornecedor de só fornecer à BStG produtos para revenda» [82].

216. O Tribunal de Primeira Instância refere que «Esta apreciação baseia-se em dois elementos. Em primeiro lugar, existia da parte da Tréfilarbed Roermond, uma renúncia expressa a qualquer tipo de fornecimentos... mesmo aos que não se destinavam a revenda. Em segundo lugar, a palavra "indirectamente"podia ser interpretada pelo revendedor no sentido de que vinculava o fornecedor a fazer o possível para evitar fornecimentos na Alemanha em proveniência de outros países, isto é, a controlar os outros distribuidores exclusivos, proibindo-lhes exportar para a Alemanha» [83].

217. O Tribunal acrescenta que «... as cláusulas contratuais já referidas [podem ser interpretadas] à luz das queixas da recorrente que constam da sua carta de 26 de Dezembro de 1989... na qual acusa a Arbed de efectuar fornecimentos indirectos na Alemanha "através da sociedade Eurotrade, Alkmaar"...» e conclui «... pela existência de uma protecção territorial absoluta contrária ao espírito e à letra do Regulamento n.° 67/67» [84].

218. Como salienta a recorrente, pode parecer que o acórdão se baseia num fundamento dubitativo quando, no n.° 103, o Tribunal de Primeira Instância refere que «... a palavra "indirectamente" *podia* ser interpretada pelo revendedor no sentido de que vinculava o fornecedor a fazer o possível para evitar fornecimentos na Alemanha em proveniência de outros países...» [85].

219. É possível verificar uma segunda fez que o fundamento impugnado não é o único que apoia a interpretação que o Tribunal de Primeira Instância faz da matéria de facto que lhe foi submetida. Daqui resulta que, mesmo pressupondo que fosse irrelevante esta parte da fundamentação, a referência aos outros elementos que caracterizam a criação de uma protecção territorial bastaria para considerar satisfeito o dever de fundamentação. O carácter excessivo do fundamento autoriza a que não se extraiam consequência radicais da sua formulação dubitativa.

220. Pensamos, porém, que o sentido do fundamento em questão é esclarecido e reforçado através das restantes considerações do acórdão e que o mesmo constitui o primeiro elemento de uma demonstração mais genérica. Efectivamente, a relativa incerteza da palavra «indirectamente» é em grande parte dissipada pelo conteúdo do n.° 105 do acórdão, que refere críticas da recorrente à Arbed por fornecimentos indirectos na Alemanha. Assim se mostra confirmada, por referência à prática originada pelos contratos, a pressuposição do Tribunal de Primeira Instância extraída dos próprios termos dos mesmos contratos e, em consequência, a realidade do

82 — N.^{os} 102 e 103 do acórdão.

83 — *Idem*, n.° 103.

84 — *Idem*, n.° 105.

85 — Sublinhado nosso.

objectivo da protecção territorial prosseguido pelos co-contratantes. A cláusula que proíbe efectuar «indirectamente» fornecimentos na Alemanha constitui, assim, apenas um indício entre outros elementos.

221. Como se vê, o fundamento impugnado mostra-se conforme com a obrigação de fundamentação que incumbe ao órgão jurisdicional, uma vez que está associado a outras partes da fundamentação.

222. Por último, resulta do n.º 98 do acórdão impugnado que a recorrente já tinha afirmado na primeira instância que os contratos controvertidos se não destinavam a impedir importações paralelas. É evidente que a crítica feita pela BStG, idêntica à formulada no Tribunal de Primeira Instância, procura pôr em questão a apreciação da matéria de facto feita por esse órgão jurisdicional em resposta.

223. A parte da argumentação da recorrente relativa à própria existência de fundamentação deve, assim, ser julgada improcedente, enquanto a relativa ao conteúdo da mesma, que procura impugnar a apreciação da matéria de facto efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, deve ser julgada inadmissível.

224. Concluímos também no sentido da improcedência do fundamento que consiste na tolerância evidenciada pela Comissão para com os contratos de exclusividade, dado que o Tribunal de Primeira Instância não violou o dever de fundamentação a que é obrigado.

225. É certo que a BStG referiu no Tribunal de Primeira Instância que, «Nos termos das informações de que dispõe o co-contratante da recorrente, os contratos... foram submetidos por diversas vezes ao procedimento de acordo com a Comissão no âmbito da reorganização da indústria siderúrgica luxemburguesa e do Sarre, sem que a Comissão tenha alguma vez levantado reservas quanto à regularidade dos mesmos» [86], e que o Tribunal não se pronunciou quanto a este ponto.

226. Para apreciar o alcance do dever de fundamentação do Tribunal, é necessário determinar a natureza exacta das observações em questão.

227. Se se tratar de um fundamento, a sua invocação no decurso do processo, confirmada pela respectiva apresentação na réplica, é proibida, a menos que seja acompanhada da prova de que se baseia em elementos de direito e de facto surgidos ao longo do processo, o que é improvável e, em qualquer caso, de modo nenhum foi demonstrado. Resta assim, nesta hipótese, que o Tribunal de Primeira Instância devia, pelo menos, pronunciar-se quanto à sua admissibilidade.

86 — N.º 17 da réplica.

228. Contudo, afigura-se-nos que a crítica formulada pela BStG deve ser considerada como um argumento em apoio de um fundamento já apresentado na petição inicial, mais do que um fundamento propriamente dito [87].

229. Ora, embora o Tribunal de Primeira Instância tenha a obrigação de se pronunciar sobre todos os fundamentos e argumentos invocados pelas partes, consideramos que esta obrigação não existe quando os argumentos invocados não obedecem a determinadas condições mínimas.

230. Afigura-se-nos contrário aos princípios da boa justiça exigir que o Tribunal de Primeira Instância responda a cada argumento das partes quando estes se revelam meras alegações destituídas de precisão, e se não mostram apoiados por qualquer justificação. Uma exigência deste tipo, sob o pretexto de salvaguardar as partes da denegação da justiça ou da falta de fundamentação, pode favorecer a multiplicação de críticas sem conteúdo, das quais algumas podem ser justificadas pelo único propósito das partes de fragilizar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância para beneficiarem da faculdade de, se for caso disso, impugnar a respectiva validade.

87 — A tolerância da Comissão para com os contratos controvertidos é alegada pela BStG em apoio do fundamento assente na isenção dos referidos contratos nos termos do Regulamento n.º 67/67, invocada quando da interposição do recurso no Tribunal de Primeira Instância. Resulta da réplica que a recorrente considera que a isenção de que os contratos beneficiam é confirmada pela ausência de reservas por parte da Comissão após a comunicação que lhe foi feita. Sobre a distinção entre argumento e fundamento, v., designadamente, o acórdão de 29 de Maio de 1997, De Rijk/Comissão (C-153/96 P, Colect., p. I-2901, n.º 19), e as conclusões que apresentámos no mesmo processo, n.º 21.

231. Tal como está formulado, o argumento invocado pela BStG obedece aos critérios que definem esta categoria de críticas. Por um lado, apresenta-se como uma mera alegação, que se caracteriza por uma referência imprecisa a informações de que a recorrente reconhece não dispor, uma vez que estão nas mãos do seu co-contratante. Por outro lado, a BStG de modo nenhum se propõe demonstrar a respectiva veracidade. É forçoso, assim, concluir, tendo em conta estas características, que o seu conteúdo não justifica que seja separado do fundamento assente na aplicação do Regulamento n.º 67/67, ao qual o Tribunal de Primeira Instância respondeu.

232. Consequentemente, propomos que o Tribunal de Justiça declare que o argumento da BStG não deve ser respondido separadamente pelo Tribunal de Primeira Instância e julgue improcedente a alegada de falta de fundamentação.

233. Em consequência, a quarta parte do sexto fundamento deve ser julgada improcedente na íntegra.

5. Quanto à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado aos acordos sobre quotas e preços no mercado do Benelux

234. O Tribunal de Primeira Instância decidiu que «... a Comissão apresentou prova suficiente da participação da recorrente nos

acordos sobre preços relativos ao mercado da Benelux e nos acordos sobre restrições quantitativas às exportações alemãs para o Benelux bem como sobre a comunicação dos volumes de exportação» [88].

235. A BStG afirma que o Tribunal de Primeira Instância fez uma aplicação incorrecta do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado ao não ter em conta elementos importantes pela mesma invocados. Afirma que os juízes da primeira instância ignoraram o facto de os seus colaboradores terem participado nas reuniões de produtores apenas na qualidade de representantes da comunidade do cartel de crise estrutural ou da Fachverband, e não da BStG. A BStG recorda que acordos sobre preços relativos a painéis normalizados ou semi-normalizados não tinham para ela qualquer interesse. Por outro lado, alega que foram muito poucas as reuniões em que participaram representantes alemães.

236. A recorrente acrescenta que a fundamentação do acórdão é contraditória. No seu entender, a mera participação numa reunião durante a qual outras empresas celebraram um acordo sobre preços não pode constituir uma infracção à disposição acima referida se essa mesma empresa não distribui os produtos que são objecto do acordo. Sendo exportadora de painéis por catálogo para o Benelux, não se pode criticar à recorrente a participação em acordos sobre preços de painéis normalizados.

237. A Comissão considera que as críticas formuladas pela BStG procuram pôr em causa a apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância das provas que lhe foram apresentadas, o que, salvo hipótese de desnaturação destes elementos de prova, não constitui uma questão de direito sujeita ao controlo do Tribunal de Justiça. A Comissão acrescenta que não foi demonstrada uma desnaturação deste tipo. Por último, alega que a fundamentação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância não é contraditória.

238. Limitar-nos-emos, novamente, a remeter para os desenvolvimentos que atrás fizemos, assentes na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, relativos à competência exclusiva do Tribunal de Primeira Instância para apreciação da matéria de facto e dos elementos de prova que lhes são apresentados [89].

239. Quanto à questão relativa à qualidade em que interveio o Sr. Müller, o Tribunal de Primeira Instância refere que «... não pode, por razões idênticas às expostas no n.° 92, aceitar o argumento da recorrente, segundo o qual o Sr. Müller, seu gestor, só teria agido na qualidade de presidente da Fachverband Betonstahlmatten ou do conselho de fiscalização do cartel e não na qualidade de seu presidente» [90].

240. O Tribunal considera que «... este argumento não se baseia em nenhuma prova».

88 — N.° 137 do acórdão.

89 — N.os 105, 198 e segs. das presentes conclusões.

90 — N.° 135 do acórdão.

Acrescenta que «... na audiência, o Sr. Müller afirmou que "durante o acordo de cartel, nunca actuou em nome da associação em nenhum tipo de negócios, qualquer que tenha sido a sua importância, no mercado alemão ou noutros mercados"» [91].

241. Deve salientar-se que os juízes da primeira instância respeitaram integralmente as regras relativas ao ónus da prova ao declararem que a recorrente não tinha justificado as suas afirmações. Efectivamente, uma vez que é pacífico que o Sr. Müller, representante da BStG, participou em reuniões que tinham por objectivo fixar preços [92], o Tribunal de Primeira Instância considerou correctamente que competia à BStG apresentar provas de que o Sr. Müller participou noutra qualidade.

242. Os juízes da primeira instância puderam, por isso, no exercício do seu poder soberano de apreciação, considerar que a referida prova não foi apresentada, pelo que não compete ao Tribunal de Justiça pôr em causa esta apreciação.

243. Do mesmo modo, o Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se expressamente sobre o interesse da BStG na realização de acordos relativos ao mercado do Benelux. Como já em parte analisámos [93], o Tribunal decidiu «... (que) também não pode aceitar o argumento invocado pela recorrente da sua alegada falta de interesse em participar nos acordos sobre preços, devido às pequenas quantidades de painéis por catálogo que teria exportado. Com efeito, há que salientar, em primeiro lugar, que estas exportações, em termos absolutos, não eram assim tão pequenas, dado que... atingiram as 18 000 toneladas em 1985, das quais 5 128 toneladas destinadas aos Estados-Membros da Comunidade a seis, o que se traduziu num volume de negócios de exportação, no território da Comunidade, de 4 969 032 DM. Em segundo lugar, importa recordar que existe uma conexão entre o preço dos diferentes tipos de rede electrossoldada para betão, na medida em que o preço dos painéis normalizados influência o dos painéis por catálogo e por projecto... Na qualidade de exportadora de painéis por catálogo, a recorrente tinha forçosamente que desejar manter o nível dos preços dos painéis normalizados num certo limite relativamente ao preço dos painéis por catálogo. Em terceiro lugar, por fim, há que verificar que os acordos em que participou a recorrente assentavam na reciprocidade. A BStG respeitava os preços e as quotas no mercado do Benelux e os produtores do Benelux faziam o mesmo no mercado alemão» [94].

244. Desta fundamentação minuciosa resulta claramente que o Tribunal de Primeira Instância analisou suficientemente e demonstrou de que forma a recorrente podia ter interesse em participar em acordos sobre preços dos painéis normalizados ou semi-normalizados. A sua apreciação não pode também aqui ser posta em causa sem ofensa das regras de competência aplicáveis na matéria.

91 — *Idem*, n.° 92.

92 — *Idem*, n.° 131.

93 — N.os 179 a 182 das presentes conclusões.

94 — N.° 136 do acórdão.

245. Por último, a leitura do acórdão mostra que o Tribunal de Primeira Instância não ignorou o número de reuniões em que participaram representantes da recorrente, uma vez que o mesmo refere que a BStG «... admite a sua participação nas reuniões...» [95], e verifica que «... a recorrente participou em seis reuniões...» [96], pelo que não se pode afirmar que os juízes da primeira instância descuraram este elemento. Afigura-se, na realidade que o Tribunal de Primeira Instância, no exercício do seu poder de apreciação da matéria de facto, não considerou que a percentagem relativa de reuniões a que puderam assistir colaboradores da BStG era susceptível de reduzir a responsabilidade da empresa. Quanto a esta questão, bem como quanto aos pontos antecedentes invocados pela BStG, apenas a desnaturação dos elementos de prova submetidos à análise do Tribunal de Primeira Instância seria susceptível de justificar a competência do Tribunal de Justiça.

246. Ora, a recorrente não demonstra, nem sequer afirma, que uma desnaturação deste tipo teve lugar. Isto resulta do facto de a recorrente reproduzir pura e simplesmente no recurso uma parte das respostas dadas às questões do Tribunal de Primeira Instância [97] o qual, por outro lado, as resumiu em parte no n.º 125 do acórdão. O texto reproduzido é apenas acompanhado do argumento de que o Tribunal de Primeira Instância ignorou a exposição da recorrente, comprovando deste modo que o seu pedido tem em vista obter uma simples reanálise da petição inicial apresentada ao Tribunal de Primeira Instância, o que escapa à competência do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 49.º do respectivo Estatuto.

95 — *Idem*, n.º 131.
96 — *Idem*, n.º 132.
97 — N.ºs 91 e 93 do recurso.

247. A BStG também não adianta argumentos sérios que permitam demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na sua apreciação e não especifica quais os elementos criticados do acórdão cuja anulação requer. Efectivamente, a recorrente não invoca a violação de qualquer regra de direito e limita-se a contestar a apreciação da matéria de facto feita pelo Tribunal de Primeira Instância.

248. Quanto à fundamentação contraditória do acórdão que a BStG invoca, há que observar ao Tribunal de Justiça que a leitura da passagem directamente contestada e dos argumentos avançados pela BStG não revela, tal como verificaremos, qualquer contradição que prejudique a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância.

249. No n.º 132 do acórdão, referido pela recorrente, o Tribunal de Primeira Instância «... considera que, tendo em conta o carácter manifestamente anticoncorrencial do objectivo das reuniões, provado pelos telex do Sr. Peters à Tréfilunion, a recorrente, ao participar sem se distanciar publicamente do respectivo conteúdo, levou os outros participantes a pensar que subscrevia o resultado das reuniões e que se conformava com eles... Esta apreciação não é infirmada pelo facto de, nestas reuniões, os produtores alemães terem sido censurados pelos outros produtores. Com efeito, segundo os telex do Sr. Peters... a recorrente era considerada uma empresa que devia incitar, e que incitou de facto, certos produtores alemães a respeitar os preços no mercado do Benelux».

250. Esta passagem, que faz decorrer a responsabilidade da BStG da sua participação nas reuniões, é impugnada pela recorrente com fundamento quer na sua falta de interesse em celebrar acordos relativos a mercadorias que não produz, quer na participação do Sr. Müller nestas reuniões apenas na qualidade de representante do cartel de crise estrutural.

G — *Quanto ao sétimo fundamento assente em violação do artigo 15.° do Regulamento n.° 17*

254. A BStG invoca em especial o artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, nos termos do qual:

251. Estas críticas não têm por objecto denunciar uma contradição interna na argumentação do Tribunal de Primeira Instância mas, uma vez mais, obter a reanálise pelo Tribunal de Justiça da apreciação da matéria de facto ou dos elementos de prova levada a cabo pelo Tribunal de Primeira Instância sobre estes dois aspectos noutros pontos do acórdão.

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

252. Não é necessário voltar a estes argumentos, uma vez que já foram acima rejeitados. Basta ter em conta que não são susceptíveis de contradizer a argumentação do Tribunal de Primeira Instância constante do n.° 132 do acórdão, nem mesmo de revelar uma contradição no interior da mesma. A argumentação da BStG deve, por isso, ser posta de parte.

a) Cometam uma infracção ao disposto no n.° 1 do artigo 85.° ou no artigo 86.° do Tratado...

253. O conjunto das considerações que antecedem leva-nos a concluir pela improcedência do sexto fundamento.

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

255. Em apoio do fundamento que consiste na violação do referido artigo, a BStG adianta os seguintes argumentos:

— a Comissão não procedeu a uma apreciação individual das circunstâncias atenuantes e agravantes das infracções;

— a participação da recorrente no cartel de crise estrutural foi considerada como uma infracção da sua parte;

— não foi tida em conta a sua ignorância da ilegalidade do cartel de crise estrutural e das acções levadas a cabo para garantir a respectiva protecção;

— embora reduzida, a multa que lhe foi aplicada continua a ser desproporcionada, uma vez que várias circunstâncias atenuantes não foram tidas em consideração.

1. *Quanto à falta de apreciação individual das circunstâncias atenuantes e agravantes*

256. A BStG critica o Tribunal de Primeira Instância por ter julgado suficiente a fundamentação da decisão controvertida no que respeita à fixação do montante da multa. Alega que os juízes da primeira instância consideraram erradamente que a Comissão procedeu a uma apreciação individual dos critérios de determinação da gravidade das infracções.

257. A Comissão responde que a crítica da recorrente é inadmissível, uma vez que equivale a reproduzir no Tribunal de Justiça os argumentos que a BStG já desenvolveu no Tribunal de Primeira Instância.

258. O Tribunal de Justiça já se pronunciou por várias vezes, sem os considerar inadmissíveis, sobre fundamentos assentes na errada apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância da fundamentação de uma decisão que aplica uma penalidade em matéria de concorrência [98].

98 — V., designadamente, acórdãos de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.os 95 e segs.); BPB Industries e British Gypsum/Comissão, já referido, n.os 6 e 11; de 15 de Maio de 1997, Siemens/Comissão (C-278/95 P, Colect., p. I-2507, n.os 10 e segs.), e despacho Koelman/Comissão, já referido, n.os 62 e segs.

259. Resulta, efectivamente, da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância quanto à fundamentação das decisões da Comissão relativas a processos de aplicação do artigo 85.° do Tratado é uma questão de direito sujeita à análise do Tribunal de Justiça. A questão prévia de inadmissibilidade deduzida pela Comissão deve, por isso, ser rejeitada.

260. No presente processo, a BStG critica a decisão por não caracterizar o comportamento faltoso que lhe é imputado nem identificar claramente as diferentes circunstâncias que caracterizam os factos em questão, contra si ou a seu favor, que a Comissão teve em conta para fixar o montante da coima.

261. Em apoio das críticas que formula, a recorrente refere o ponto 203 da decisão nos termos do qual, «Na fixação de cada uma das coimas, a Comissão considerou o alcance e a duração da cooperação existente entre as empresas participantes, bem como a situação financeira e económica dos participantes». A BStG entende demonstrar assim a ausência de apreciação individual por parte da Comissão das circunstâncias atenuantes e agravantes consideradas para efeitos da penalidade.

262. Deve recordar-se que a fundamentação que o artigo 190.° do Tratado CE exige deve demonstrar de modo claro e inequívoco o raciocínio da autoridade comunitária autora do acto impugnado, de modo a permitir aos interessados conhecer as justificações da medida adoptada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização.

263. Diga-se desde já que a decisão controvertida, tal como o acórdão impugnado, de modo nenhum ignoraram o dever de fundamentação.

264. Em primeiro lugar, afigura-se que cada um dos números do acórdão relativos à análise das infracções contestadas pela recorrente resume minuciosamente as partes da decisão que dizem respeito à BStG. O Tribunal de Primeira Instância refere-se de modo preciso às passagens úteis da decisão que individualizam manifestamente o comportamento da BStG e o papel por ela desempenhado na aplicação e no funcionamento de cada um dos acordos [99]. Acresce que é significativo que a recorrente não considerou necessário salientar em pormenor quais os elementos das referidas passagens susceptíveis de fragilizar o enunciado feito pela Comissão dos fundamentos da sua decisão, revelando deste modo que nenhuma insuficiência séria pode aí ser vislumbrada.

265. Em segundo lugar, para considerar que a decisão no seu conjunto forneceu à recorrente as indicações que lhe permitiam saber se a mesma era fundamentada, e deu assim ao Tribunal de Primeira Instância a possibili-

99 — Os números do acórdão em questão que se referem às passagens relevantes da decisão controvertida são mencionados nas notas de rodapé ao n.° 6 das presentes conclusões.

dade de exercer a fiscalização da respectiva legalidade, a este órgão jurisdicional realçou o seguinte:

«O Tribunal salienta que a recorrente efectua uma leitura da decisão que isola artificialmente uma parte desta; ora, a decisão constitui um todo, devendo cada uma das suas partes ser lida à luz das outras. Com efeito, vista no seu conjunto, a decisão fornece à recorrente as indicações necessárias para conhecer as diferentes infracções de que é acusada, bem como as circunstâncias específicas do seu comportamento e, mais concretamente, os elementos relativos à duração da sua participação nas diferentes infracções. O Tribunal verifica também que, na parte da decisão consagrada à apreciação jurídica, a Comissão expõe os diferentes critérios de avaliação da gravidade das infracções imputadas à recorrente, bem como as diversas circunstâncias que atenuaram as consequências económicas das infracções» [100].

266. Os juízes da primeira instância recordaram correctamente que a decisão controvertida não pode ser contestada com base numa leitura parcial. Os pontos 197 e seguintes da decisão, referidos pela recorrente nas observações escritas que apresentou, não bastam para demonstrar a falta de fundamentação individualizada uma vez que, como acabámos de verificar, a decisão caracterizou relativamente a cada infracção, mesmo que o tenha feito em vários locais, os factos imputáveis à BStG. Tendo em conta os imperativos de clareza que se impõem à demonstração da responsabilidade de vários protagonistas e da realidade de múltiplas infracções, os diferentes elementos do comportamento da recorrente, contra si ou a seu favor, não têm, efectivamente, de ser agrupados numa mesma passagem da decisão controvertida. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância observou correctamente que tinham sido expostos os diferentes critérios de avaliação da gravidade das infracções e as diversas circunstâncias atenuantes, o que não foi especificamente impugnado pela BStG.

267. Em terceiro lugar, no que respeita às circunstâncias agravantes tidas em conta em relação à BStG, o Tribunal de Primeira Instância declarou que «... a recorrente não apresentou nenhum elemento que permita contradizer as provas apresentadas pela Comissão para comprovar o papel activo que desempenhou nos acordos, segundo decorre do telex de 15 de Dezembro de 1983 (... pontos 93 e 94 da Decisão) e do telex do Sr. Peters, de 4 de Março de 1984, relativo à reunião de 28 de Fevereiro de 1984 (... ponto 96 da Decisão)» [101].

268. O Tribunal de Primeira Instância refere-se, assim, a passagens precisas da decisão controvertida que caracterizam comportamentos da recorrente susceptíveis de justificar um maior rigor na fixação da penalidade aplicada. Nestes desenvolvimentos especiais, a Comissão põe a tónica simultaneamente no papel motor desempenhado pela BStG na realização das infracções e na utilização por parte do Sr. Müller da sua tripla qualidade. O ponto 207 da Decisão, no qual

100 — N.º 146 do acórdão.

101 — *Idem*, n.º 149.

a Comissão declara que as coimas mais elevadas devem ser aplicadas às empresas cujos dirigentes ocupavam funções importantes nas associações de empresas como a Fachverband Betonstahlmatten, completa de forma útil as passagens em questão.

269. Saliente-se que a recorrente não refere estes diferentes elementos ao contestar a insuficiente fundamentação da decisão, citando apenas os pontos 197 e seguintes.

270. Em quarto lugar, o Tribunal de Primeira Instância analisou as críticas da BStG relativas às circunstâncias atenuantes. Refere, com efeito, que: «... importa recordar que, na sua resposta escrita às questões colocadas pelo Tribunal, a Comissão indicou que a recorrente não beneficiava de nenhuma circunstância atenuante *individual*...» [102].

271. Deve acrescentar-se que a Comissão expôs as razões pelas quais, na apreciação das coimas, teve em conta as características e a importância económica do sector em causa [103]. O facto de esta circunstância constituir um contexto comum às diferentes infracções e de não ter dado lugar a efeitos limitados a certas empresas dispensava a Comissão de recorrer a uma apreciação individual.

272. Em consequência do que antecede, improcede a crítica que consiste na errada apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância da fundamentação da decisão no que se refere às circunstâncias das infracções.

2. *Quanto à acusação de participação da BStG no cartel de crise estrutural*

273. A BStG afirma que os fundamentos do acórdão são contraditórios. Enquanto que, nos n.os 54 e seguintes e 140, se refere que o cartel, enquanto tal, não faz parte integrante das infracções declaradas pela decisão da Comissão, no n.º 148, o Tribunal de Primeira Instância, salienta que a recorrente utilizou o cartel para proteger o mercado alemão. Por outro lado, a própria Comissão, nas observações escritas que apresentou no processo Boël/Comissão [104], reconheceu em Tribunal que realçou a existência do cartel como constitutiva de uma infracção por parte da BStG.

102 — *Idem*, n.º 147, sublinhado nosso.

103 — V. pontos 199 e segs. da decisão controvertida.

104 — Acórdão de 6 de Abril de 1995, T-142/89, Colect., p. II-867.

274. A BStG acrescenta que o princípio da confiança legítima foi ignorado através da apreciação negativa efectuada relativamente ao cartel de crise estrutural uma vez que, ao tolerar a sua existência, a Comissão criou uma situação de confiança na qual a recorrente podia legitimamente fazer fé.

275. A Comissão considera que o Tribunal de Primeira Instância justificou a opção efectuada na decisão controvertida de não considerar a existência do cartel de crise estrutural como circunstância atenuante relativamente à BStG.

276. Com a crítica formulada, a recorrente pretende demonstrar que a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância penalizaram, na realidade, o facto de a BStG participar no cartel de crise, apesar de a Comissão estar informada da sua existência e de, mais do que isso, o ter tolerado.

277. Nos n.^{os} 55 e 140 do acórdão, o Tribunal afirma que o cartel de crise não faz, enquanto tal, parte integrante das infracções declaradas pela decisão. Mais não diz quando, no n.° 148, esclarece que «... a recorrente... utilizou o cartel para proteger o mercado alemão contra a concorrência dos produtores de outros Estados-Membros, através de medidas não compatíveis com o direito comunitário». Resulta claramente destas declarações que, num caso como noutro, não é a constituição do cartel nem a participação da BStG no mesmo que são criticadas, mas sim a utilização do cartel como instrumento de práticas contrárias à concorrência.

278. Este aspecto é confirmado pelo facto de, segundo a decisão da Comissão, o objectivo do cartel se limitar rigorosamente ao mercado alemão, uma vez que previa a redução das capacidades produtivas dos operadores alemães, bem como a regulamentação dos preços e o estabelecimento de quotas de fornecimento no mercado alemão [105]. Ora, as infracções imputadas à BStG são constituídas por comportamentos que procuram limitar as exportações de rede electrossoldada para betão da Alemanha *para outros Estados-Membros* e fixar preços em *outros mercados diferentes* do mercado alemão. Quanto aos acordos relativos à contingentação de exportações de outros Estados-Membros para a Alemanha e ao respeito dos preços em vigor no mercado alemão, a BStG não demonstrou que a Comissão os tenha considerado como elementos constitutivos do acordo de cartel.

279. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância salientou, entre outros elementos, que a decisão refere:

— no primeiro parágrafo do ponto 126, que «Os acordos relativos ao mercado alemão devem ser considerados como o pano de fundo em que assenta a criação e o modo de funcionamento do cartel de crise estrutural no sector da rede electrossoldada para betão»;

105 — Pontos 126 e segs. da decisão controvertida.

— no ponto 175, que determinadas «... cláusulas [do acordo de cartel] tinham "por objectivo ou, pelo menos, por efeito que o cartel de crise estrutural fosse utilizado como instrumento para se alcançarem acordos bilaterais entre fabricantes alemães, por um lado, e fabricantes dos outros Estados-Membros, por outro"» [106].

280. Nenhuma contradição se pode, assim, detectar na argumentação da Comissão nem na fundamentação pela qual o Tribunal de Primeira Instância partilha da mesma.

281. A indicação pela Comissão, e que a BStG salienta noutro processo, de que, no ponto 174 da Decisão, aquela reconheceu ter «imputado» o cartel à recorrente não basta para contrariar o conjunto dos restantes elementos da decisão parcialmente reproduzidos nos números antecedentes, que afirmam o contrário. Tanto mais que, embora descreva os efeitos contrários à concorrência do cartel, que a Comissão nunca negou, a referida passagem nem por isso expressa a ideia de que o mesmo constitui uma das infracções tidas em conta [107].

106 — N.º 55 do acórdão.

107 — No ponto 174 da Decisão, a Comissão refere que o acordo de cartel não só restringia a concorrência entre os membros do cartel no mercado alemão, mas também distorcia a concorrência nas trocas comerciais intra-comunitárias. Acrescenta que o referido acordo é susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros.

282. Nestas condições, consideramos que a recorrente não pode afirmar que o cartel foi tido em consideração como elemento constitutivo das infracções que lhe são imputadas.

283. Também não é mais relevante a argumentação relativa à tolerância manifestada pela Comissão para com o cartel, tolerância essa que, caso se revelasse, atenuaria em igual medida a responsabilidade da BStG. Efectivamente, uma vez que o cartel não foi condenado enquanto tal, não se pode criticar a Comissão por ter posto em causa a tolerância que se lhe atribui em relação ao mesmo e de, desse modo, ter violado o princípio da confiança legítima.

3. *Quanto à ignorância da BStG relativamente à ilegalidade do cartel de crise estrutural e das actuações destinadas à respectiva protecção*

284. A BStG critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter analisado o argumento assente na ignorância por sua parte quanto à irregularidade do cartel de crise, para considerar que as infracções imputadas foram cometidas «deliberadamente», na acepção que este termo tem no artigo 15.º do Regulamento n.º 17. A BStG afirma que ignorava o carácter ilícito de comportamentos que, como os que são imputados no presente processo, tinham por objectivo a defesa do cartel.

285. A Comissão responde que o argumento da BStG é inadmissível, por ter sido invocado pela primeira vez em sede de recurso.

286. O último argumento apresentado pela recorrente não foi, claramente, submetido aos juízes da primeira instância, pelo que deve ser julgado inadmissível.

287. A primeira crítica é admissível. Efectivamente, resulta do próprio acórdão que, no Tribunal de Primeira Instância, a BStG afirmou considerar o cartel lícito, invocando, assim, a sua ignorância quanto à irregularidade de que o mesmo estava viciado [108].

288. Em contrapartida, a referida crítica deve ser julgada improcedente na medida em que, como vimos, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou liminarmente, fundamentando suficientemente de direito, o fundamento que consiste na tomada em consideração do cartel de crise estrutural alemão como parte integrante das infracções declaradas pela decisão controvertida. Uma vez que este elemento já não é útil para a qualificação da matéria de facto, a questão do conhecimento pela BStG da regularidade do cartel não é relevante para apreciar se as infracções que lhe são imputadas foram cometidas «deliberadamente».

108 — N.º 142 do acórdão.

4. *Quanto ao carácter desproporcionado do montante da coima*

289. A concluir, a BStG afirma que, apesar da respectiva redução em um terço, a coima fixada pelo Tribunal de Primeira Instância continua a ser desproporcionada, uma vez que aquele não teve em consideração diversos princípios e circunstâncias atenuantes. Em apoio do seu pedido de redução do montante da coima, a recorrente invoca:

— o princípio da proporcionalidade da pena relativamente à infracção, que não foi tido em conta na fixação da coima em quase um terço do seu capital social, o que limita consideravelmente a sua margem de manobra financeira;

— a tolerância manifestada pelas autoridades nacionais para com o cartel de crise estrutural;

— a necessidade de, para cálculo da coima, tomar apenas em conta o volume de negócios relativo aos acordos imputados e não o volume de negócios global;

— a necessidade de considerar como uma circunstância atenuante a duração excessiva da fase administrativa do processo e da tramitação no Tribunal de Primeira Instância;

— o erro que consiste em fixar a coima em função da sua quota de mercado;

— o princípio da igualdade, nos termos do qual a coima aplicada à recorrente não deve ser anormalmente elevada em comparação com as restantes coimas aplicadas em consequência da decisão da Comissão.

290. Estas críticas equivalem à impugnação da interpretação e aplicação pela Comissão e pelo Tribunal de Primeira Instância do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17.

291. O primeiro parágrafo do referido artigo estabelece as condições que devem estar preenchidas para que a Comissão possa aplicar coimas. Entre estas encontra-se a condição relativa ao carácter deliberado da infracção ou negligente do acto que deu lugar à mesma. O segundo parágrafo fixa as regras de determinação do montante da coima, em função da gravidade e da duração da infracção.

292. O Tribunal de Justiça decidiu que «A gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos tais como, nomeadamente, as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem que tivesse sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração...» [109].

293. Por este motivo, o Tribunal de Justiça refere que, entre os elementos susceptíveis de serem utilizados para avaliar a gravidade da infracção, não existem critérios a ter sempre em conta, ou que não possam ser tidos em consideração. O Tribunal de Justiça parece, por isso, entender que cabe à Comissão determinar, em cada processo, os elementos de apreciação da gravidade da infracção que devem ser aplicados, sem prejuízo, naturalmente, de serem suficientemente descritas as razões pelas quais os critérios tidos em consideração se afiguram adequados.

294. Deste modo, a maior parte dos argumentos apresentados pela BStG estão abrangidos no poder de apreciação do Tribunal de Primeira Instância e só podem ser sujeitos à fiscalização do Tribunal de Justiça se se puder detectar um erro de direito, como o que consiste em tomar em consideração circunstâncias manifestamente inadequadas à caracterização da gravidade de uma infracção [110].

109 — Acórdão Ferriere Nord/Comissão, já referido, n.° 33. V. também, designadamente, acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido, n.° 120, e despacho de 25 de Março de 1996, SPO e o./Comissão (C-137/95 P, Colect., p. I-1611, n.° 54).

110 — V., sobre esta questão, a opinião do advogado-geral G. Cosmas nas conclusões apresentadas em 15 de Julho de 1997 no processo Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92 P, ainda não publicado na Colectânea, n.° 29), favorável a um controlo mais rigoroso pelo Tribunal de Justiça dos critérios tidos em consideração na apreciação da gravidade de determinado comportamento.

295. Analisemos as diferentes críticas formuladas pela recorrente à luz dos referidos princípios legais e jurisprudenciais.

a) A duração excessiva dos processos

296. Uma vez que não foi debatida na primeira instância a crítica de que a Comissão não teve em conta a duração excessiva da *fase administrativa do processo* na fixação do montante da coima, deve a mesma ser julgada inadmissível. Pelas razões já referidas [111], esta questão, efectivamente, não pode ser invocada pela primeira vez no Tribunal de Justiça.

297. Quanto à tomada em consideração da duração da *tramitação judicial do processo*, basta convidar o Tribunal de Justiça a remeter para os desenvolvimentos que atrás fizemos a respeito da inobservância do «prazo razoável». Defendemos aí a ideia de que a duração do processo não é susceptível de produzir qualquer efeito de atenuação da penalidade, uma vez que não existe qualquer nexo entre o comportamento que integra a infracção e o tempo gasto no respectivo julgamento. O nível de gravidade dos factos imputados permanece inalterado, antes e depois do processo, pelo que nenhuma razão justifica a sua atenuação por motivos relacionados com o desenrolar da fase contenciosa [112].

298. Antes de tomar posição sobre as restantes críticas formuladas pela BStG, há que referir que a análise de algumas delas mostra que a BStG se limita a reiterar os argumentos apresentados no Tribunal de Primeira Instância e não adianta qualquer elemento que permita demonstrar que os juízes da primeira instância cometeram um erro de direito na sua apreciação [113].

b) O carácter desproporcionado do montante da coima em relação ao capital social

299. A recorrente reitera em relação ao Tribunal de Primeira Instância o argumento que perante o mesmo invocou contra a Comissão [114].

300. O Tribunal de Primeira Instância salientou que «... um capital reduzido é uma decisão económica adoptada pela recorrente e não pode ter nenhuma influência no montante da coima, que se baseia no volume de negócios» [115]. Os juízes da primeira instância analisaram, assim, as razões pelas quais a

111 — V. n.º 193 das presentes conclusões.

112 — V., em especial, n.ºs 56 e segs. das presentes conclusões.

113 — V. n.ºs 198 e segs. das presentes conclusões.

114 — V. n.ºs 153 e 154 do acórdão, relativos à violação do princípio da proporcionalidade.

115 — N.º 159 do acórdão.

importância da relação entre o capital social e o montante da coima não entra em linha de conta na determinação da mesma. A recorrente não adianta qualquer argumento de direito susceptível de pôr em questão a apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância. A crítica formulada deve ser julgada inadmissível.

c) A não tomada em consideração do cartel de crise estrutural como circunstância atenuante

301. Este argumento da BStG foi também invocado no Tribunal de Primeira Instância, que o rejeitou expressamente ao considerar que «... foi correctamente que a Comissão não teve em conta a existência do cartel de crise estrutural como circunstância atenuante geral relativamente à recorrente, com excepção da apreciação feita pelo Tribunal no n.° 122. De facto, importa salientar, por um lado, que a recorrente não recorreu à possibilidade, proporcionada pelo artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, de notificar o acordo de cartel à Comissão, para obter uma declaração de inaplicabilidade do n.° 1 e, por outro lado, que utilizou o cartel para proteger o mercado alemão contra a concorrência dos produtores de outros Estados-Membros, através de medidas não compatíveis com o direito comunitário» [116]. Na falta de elementos de direito invocados pela recorrente contrários ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância, deve ser julgado inadmissível o argumento invocado pela BStG.

d) Violação do princípio da igualdade

302. A crítica de violação do princípio da igualdade, caracterizada pelo montante anormalmente elevado da coima aplicada à BStG, tendo em conta as restantes coimas, deve também ser posta de parte.

303. O Tribunal de Primeira Instância analisou este aspecto, antes de o rejeitar. O Tribunal recordou que «... no que se refere à (fixação do montante da coima na) percentagem de 3,15%, (do volume de negócios)... a recorrente não beneficia de nenhuma circunstância atenuante, com excepção do decidido no n.° 122 e que, ao invés, se viu aplicar uma circunstância agravante — tal como a Tréfilunion, empresa a que se aplicou uma percentagem mais elevada, 3,60% — que corresponde... ao número e à importância das infracções de que é acusada a recorrente» [117].

304. É forçoso concluir que a BStG não adianta, em sentido contrário à fundamentação do acórdão, nenhum elemento assente na

116 — *Idem*, n.° 148.

117 — *Idem*, n.° 160.

violação do direito aplicável, limitando-se a retomar a argumentação apresentada na primeira instância.

e) A injustificada tomada em consideração do critério da quota de mercado na fixação do montante da coima

305. A BStG contesta o recurso a este critério pelo facto de os recursos financeiros de uma empresa não serem proporcionais à sua posição no mercado. Com esta crítica, a recorrente refere-se a um fundamento do acórdão pelo qual o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a circunstância atenuante baseada no facto de a recorrente não pertencer a uma entidade económica poderosa. Afigura-se que o critério impugnado provém do próprio acórdão e não foi debatido, enquanto tal, no Tribunal de Primeira Instância. Contudo, como já anteriormente salientámos [118], a escolha dos elementos a ter em conta para avaliar a gravidade das infracções está abrangida no poder de apreciação do Tribunal de Primeira Instância.

306. Em apoio desta crítica não é, por outro lado, alegado qualquer erro de direito. Assim, a mesma deve ser julgada inadmissível.

f) A injustificada tomada em consideração do volume de negócios global

307. A BStG acusa a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância de terem calculado a coima que lhe foi aplicada com base no seu volume de negócios total, em lugar de a avaliarem em função do volume de negócios provenientes dos acordos.

308. Deve salientar-se que o Tribunal de Primeira Instância recordou que, nos termos do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, a Comissão pode «... aplicar coimas... de 1 000 000 de ecus, no máximo, podendo este último montante atingir 10% do volume de negócios...» tendo depois decidido que «... a Comissão, *que não teve em conta o volume de negócios global* realizado pela recorrente, mas apenas o volume de negócios relativo à rede electrossoldada para betão na Comunidade a seis, e que não ultrapassou o limite de 10%, não violou, tendo em conta a gravidade e a duração da infracção, o disposto no artigo 15.°, do Regulamento n.° 17» [119].

309. O Tribunal de Primeira Instância realçou assim, em primeiro lugar, no exercício do seu poder de dar como provada a matéria de facto, que apenas o volume de negócios relativo à rede electrossoldada para betão serviu de base ao cálculo da coima.

118 — V. n.os 293 e 294 das presentes conclusões.

119 — N.° 158 do acórdão, sublinhado nosso.

Fez, seguidamente, uma correcta aplicação do texto referido, recordando que o mesmo prevê um duplo limite possível, caracterizado pela referência, por um lado, a um montante em valor absoluto e, por outro, a um máximo de 10% do volume de negócios global, tendo em seguida declarado que a Comissão, ao referir-se a um volume de negócios médio e, em qualquer caso, ao não ter excedido a percentagem autorizada, respeitou o direito aplicável.

310. Deve acrescentar-se que de modo algum resulta do artigo 15.°, n.° 2, já referido, que o volume de negócios previsto nesta disposição se refira apenas ao volume de negócios relacionado com a infracção imputada.

311. A crítica formulada pela recorrente deve ser considerada improcedente. Assim, improcede o sétimo fundamento.

H — *Quanto ao pedido subsidiário de redução da coima para um montante razoável*

312. Bastará recordar a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça nos termos da qual «... não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, substituir, por motivos de equidade, pela sua própria apreciação a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas devido à violação, por estas, do direito comunitário» [120]. Deve, assim, o pedido ser julgado inadmissível.

Conclusão

313. Tendo em conta as considerações que antecedem, propomos, consequentemente, que o Tribunal de Justiça:

«— negue provimento ao recurso na totalidade;

— condene a recorrente nas despesas, nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo.»

120 — V., recentemente, acórdão Ferriere Nord/Comissão, já referido, n.° 31.