ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção alargada)

8 de Julho de 2008 *

No processo T-99/04,

AC-Treuhand AG, com sede em Zurique (Suíça), representada por M. Karl, C. Steinle e J. Drolshammer, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Bouquet, na qualidade de agente, assistido por A. Böhlke, advogado,

recorrida,

que tem por objecto um recurso de anulação da Decisão 2005/349/CE da Comissão, de 10 de Dezembro de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-2/37.857 — Peróxidos orgânicos) (JO 2005, L 110, p. 44),

* Língua do processo: alemão.

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

composto por: M. Jaeger, presidente, J. Azizi e O. Czúcz, juízes,

secretário: K. Andová, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 12 de Setembro de 2007,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 A Decisão 2005/349/CE da Comissão, de 10 de Dezembro de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-2/37.857 — Peróxidos orgânicos) (JO 2005, L 110, p. 44) (a seguir «decisão impugnada»), tem por objecto um cartel concluído e aplicado no mercado europeu dos peróxidos orgânicos, produtos químicos utilizados nas indústrias do plástico e da borracha, designadamente pelo grupo AKZO (a seguir «AKZO»), bem como pela Atofina SA, sucessora da Atochem (a seguir «Atochem/Atofina»), e pela Peroxid Chemie GmbH & Co. KG, uma sociedade controlada pela Laporte plc, actual Degussa UK Holdings Ltd (a seguir «PC/Degussa»).

2 Resulta da decisão impugnada que o cartel teve início em 1971 com a celebração de um acordo escrito (a seguir «acordo de 1971»), alterado em 1975 (a seguir «acordo de 1975»), entre os três produtores de peróxidos orgânicos: a AKZO, a Luperox GmbH, que posteriormente se transformou na Atochem/Atofina, e a PC/Degussa (a seguir «cartel»). Tinha por objectivo, nomeadamente, preservar as quotas de mercado desses produtores e coordenar os aumentos de preços. Havia regularmente reuniões para garantir o bom funcionamento do cartel. No âmbito do cartel, a Fides Trust AG (a seguir «Fides») e, posteriormente, a partir de 1993, a recorrente, AC-Treuhand AG, estavam incumbidas, com base em contratos de serviços celebrados com a AKZO, a Atochem/Atofina e a PC/Degussa, nomeadamente, de guardar nas suas instalações determinados documentos confidenciais relativos ao cartel, como o acordo de 1971, de proceder à recolha e análise de determinados dados relativos à actividade comercial dos três produtores de peróxidos orgânicos e de lhes comunicar os números analisados, bem como de levar a cabo tarefas de ordem logística e de secretariado associadas à organização de reuniões, nomeadamente, em Zurique (Suíça), entre os referidos produtores, como a reserva das instalações e o reembolso das despesas relativas às viagens dos seus representantes. Todavia, determinados elementos factuais respeitantes às actividades da recorrente relacionados com o cartel são objecto de contestação.

3 A Comissão iniciou a instrução do processo relativo ao cartel na sequência de um encontro realizado em 7 de Abril de 2000 com representantes da AKZO, que a informaram de uma infracção às regras comunitárias de concorrência para beneficiarem de imunidade nos termos da comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JO 1996, C 207, p. 4, a seguir «comunicação sobre a cooperação»). Em seguida, a Atochem/Atofina e a PC/Degussa decidiram igualmente colaborar com a Comissão, fornecendo-lhe informações suplementares (considerandos 56 a 63 da decisão impugnada).

4 Em 3 de Fevereiro de 2003, a Comissão dirigiu um pedido de informações à recorrente. Nesse pedido, a Comissão comunicou-lhe, no essencial, que estava a instruir uma presumida infracção ao artigo 81.º CE e ao artigo 53.º do Acordo sobre o Espaço

Económico Europeu (EEE) pelos produtores europeus de peróxidos orgânicos. Pediu ainda à recorrente um organigrama da sua empresa, que descrevesse a sua actividade e a sua evolução, incluindo a sua sucessão nas actividades da Fides, a sua actividade de «secretariado» dos produtores de peróxidos orgânicos e os seus volumes de negócios dos anos de 1991 a 2001. A recorrente respondeu a esse pedido de informações por carta de 5 de Março de 2003 (considerando 73 da decisão impugnada).

5 Em 20 de Março de 2003, teve lugar uma reunião entre representantes da recorrente e os funcionários da Comissão encarregados do processo no termo da qual estes declararam que a recorrente também seria visada pelo processo da Comissão, sem todavia explicitar as acusações que lhe seriam feitas.

6 Em 27 de Março de 2003, a Comissão deu início ao procedimento formal de investigação e emitiu uma comunicação de acusações que em seguida notificou, nomeadamente, à recorrente. A recorrente enviou as suas observações sobre a comunicação de acusações em 17 de Junho de 2003 e participou na audição que se realizou em 26 de Junho de 2003. Por último, em 10 de Dezembro de 2003, a Comissão adoptou a decisão impugnada, notificada à recorrente em 9 de Janeiro de 2004, através da qual lhe aplicou uma coima de 1 000 euros [considerando 454 e artigo 2.º, alínea e), da decisão impugnada].

7 Quando adoptou e notificou a decisão impugnada, a Comissão fez um comunicado de imprensa em que referiu, nomeadamente, que a recorrente, enquanto sociedade de consultoria, tinha desempenhado, a partir de finais de 1993, um papel essencial no

âmbito do cartel ao organizar reuniões e ao dissimular provas da infracção. Por conseguinte, a Comissão concluiu que a recorrente também tinha violado as regras de concorrência e salientou:

«A sanção aplicada [à recorrente] é de um montante limitado devido à novidade da política seguida nesta matéria. A mensagem é, porém, clara: quem organizar ou facilitar os cartéis, ou seja, não só os seus membros, deve esperar, de ora em diante, ser descoberto e ser objecto de aplicação de sanções muito pesadas.»

Tramitação processual e pedidos das partes

8 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 16 de Março de 2004, a recorrente interpôs o presente recurso.

9 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 30 de Novembro de 2005, a recorrente pediu, relativamente à publicação do acórdão do Tribunal que pusesse termo à instância, que fosse dispensado tratamento confidencial à integralidade do acordo celebrado entre ela e a Fides, junto à petição, bem como ao nome da Fides e do Sr. S., o seu antigo colaborador.

10 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 1 de Fevereiro de 2006, a recorrente, a título principal, declarou manter o seu pedido de tratamento confidencial e, a título subsidiário, pediu que fosse dispensado tratamento confidencial às passagens que foram tornadas ilegíveis do texto do acordo acima referido no n.º 9, de que apresentou uma versão não confidencial a pedido do Tribunal.

11 Nos termos do artigo 14.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e sob proposta da Terceira Secção, o Tribunal decidiu, ouvidas as partes nos termos do artigo 51.º do referido regulamento, remeter o processo para uma formação de julgamento alargada.

12 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção alargada) decidiu proceder à abertura da fase oral.

13 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas orais colocadas pelo Tribunal na audiência de 12 de Setembro de 2007.

14 A fase oral foi encerrada com a audiência de 12 de Setembro de 2007. Nos termos do artigo 32.º do Regulamento de Processo, uma vez que um dos membros da Secção se encontrava impedido de tomar parte nas deliberações, o juiz menos antigo, na acepção do artigo 6.º do Regulamento de Processo, não participou nas deliberações do Tribunal, tendo nelas participado os três juízes cujas assinaturas constam do presente acórdão.

15 Na audiência, a recorrente retirou o seu pedido de tratamento confidencial em relação ao nome da Fides, o que ficou a constar da acta.

16 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada na parte em que lhe diz respeito;

— condenar a Comissão nas despesas.

17 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Matéria de direito

A — *Observações preliminares*

18 O Tribunal considera que é necessário começar por responder à parte do pedido de tratamento confidencial que a recorrente não retirou na audiência (v. n.os 9, 10 e 15 *supra*).

19 No que diz respeito ao nome do antigo colaborador da recorrente, o Tribunal tratou o pedido em conformidade com a sua prática em matéria de publicidade relativamente à identidade das pessoas singulares noutros processos (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Novembro de 2006, Peróxidos Orgânicos/ /Comissão, T-120/04, Colect., p. II-4441, n.os 31 e 33). Em contrapartida, o Tribunal considera que a existência, enquanto tal, do acordo entre a Fides e a recorrente, de qualquer modo, perdeu o seu carácter eventualmente confidencial, tendo em conta a identificação desse acordo no extracto do registo comercial do cantão de Zurique, que está acessível ao público, relativo ao estabelecimento da recorrente, que foi junto à petição e que constava dos considerandos 20 e 91 da versão da decisão impugnada provisoriamente publicada na página Internet da Direcção-Geral «Concorrência» da Comissão (v., neste sentido, despacho do presidente da Terceira Secção alargada do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Março de 2005, BUPA e o./Comissão, T-289/03, Colect., p. II-741, n.os 34 e 35), publicação a que a recorrente não se opôs, nos termos do procedimento previsto no artigo 9.º da Decisão 2001/462/CE, CECA da Comissão, de 23 de Maio de 2001, relativa às funções do auditor em determinados processos de concorrência (JO L 162, p. 21).

20 Consequentemente, há que indeferir o pedido de tratamento confidencial na parte em que diz respeito à existência de um acordo entre a Fides e a recorrente.

21 Seguidamente, o Tribunal refere que a recorrente invoca cinco fundamentos para sustentar o seu recurso, concretamente, em primeiro lugar, a violação dos direitos de defesa e do direito a um processo equitativo, em segundo lugar, a violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), em terceiro lugar, a violação do princípio da protecção da confiança legítima, em quarto lugar, a título subsidiário, a violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal (*nulla poena sine lege certa*) e, em quinto lugar, a violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal (*nulla poena sine lege certa*) relativamente ao artigo 3.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada.

B — *Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa e do direito a um processo equitativo*

1. *Argumentos das partes*

a) Argumentos da recorrente

22 A recorrente considera que a Comissão a informou tardiamente, ou seja, três anos depois do início do inquérito, do procedimento que tinha sido iniciado contra ela e das acusações que lhe tinham sido feitas. Só tomou conhecimento desse procedimento e dessas acusações quando foi aberto o procedimento formal de investigação e foi emitida a comunicação de acusações em 27 de Março de 2003. Anteriormente, a recorrente apenas recebeu o pedido de informações de 3 de Fevereiro de 2003, a que devidamente respondeu com a carta de 5 de Março de 2003. A recorrente só teve conhecimento de que também era objecto do inquérito em 20 de Março de 2003, aquando da sua reunião com a Comissão, não lhe tendo sido prestadas, no entanto, informações precisas quanto ao alcance das acusações que lhe eram feitas.

23 Segundo a recorrente, nos termos do artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950 (CEDH), o acusado tem o direito de ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada. Este direito é um corolário do direito fundamental a um processo equitativo previsto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, é parte integrante dos direitos de defesa, reconhecidos pela jurisprudência enquanto princípios gerais de direito comunitário aplicáveis aos procedimentos administrativos de carácter repressivo previstos no Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º CE] e [82.º CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22) (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.os 172 a 176; de 28 de Março de 2000, Krombach, C-7/98, Colect., p. I-1935, n.os 25 e 26; de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão, C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.os 37 e 38; e de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.os 63 e 64; v.,

igualmente, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, Brugg Rohrsysteme/Comissão, T-15/99, Colect., p. II-1613, n.os 109 e 122, e LR AF 1998/ /Comissão, T-23/99, Colect., p. II-1705, n.º 220), e é reafirmado pelo artigo 6.º, n.º 2, UE e pelo artigo 48.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de Dezembro de 2000, em Nice (JO 2000, C 364, p. 1).

24 Com efeito, as coimas que podem ser aplicadas às empresas, por força do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, são, na realidade, não obstante o n.º 4 desse artigo, sanções de «carácter penal», devido ao seu objectivo tanto preventivo como repressivo (conclusões do juiz B. Vesterdorf, exercendo as funções de advogado-geral, no processo Rhône-Poulenc/Comissão, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 1991, T-1/89, Colect., pp. II-867, II-885; v., igualmente, conclusões do advogado-geral K. Roemer no processo Wilhelm, acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1969, 14/68, Colect. 1969-1970, pp. 1, 10 e 17; conclusões do advogado-geral H. Mayras nos processos Suiker Unie e o./Comissão, acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., pp. 563, 693; conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Baustahlgewebe/Comissão, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, C-185/95 P, Colect., pp. I-8417, I-8422, n.º 31; e conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nos processos Aalborg Portland e o./Comissão, acórdão já referido no n.º 23 *supra*, C-204/00 P, Colect., p. I-133, n.º 26, C-205/00 P, Colect., p. I-171, n.º 32, C-213/00 P, Colect., p. I-230, n.º 26, C-217/00 P, Colect., p. I-267, n.º 29, e C-219/00 P, Colect., p. I-342, n.º 25). Esta conclusão é também ditada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») [v. TEDH, acórdão Engel e o. de 8 de Junho de 1976, série A, n.º 22 (1977), § 82; acórdão Öztürk de 21 de Fevereiro de 1984, série A, n.º 73, § 53; e acórdão Lutz de 25 de Agosto de 1987, série A, n.º 123, § 54].

25 A este respeito, a recorrente contesta a afirmação da Comissão segundo a qual, durante a fase de instrução do procedimento administrativo, não é formulada nenhuma

acusação contra as empresas. Pelo contrário, durante essa fase, a Comissão toma medidas que implicam a acusação pelo cometimento de uma infracção e têm importantes repercussões sobre a situação das empresas suspeitas (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./ /Comissão, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colect., p. I-8375, n.º 182). Com efeito, a circunstância de, no âmbito do procedimento previsto no Regulamento n.º 17, os interessados só serem objecto de uma acusação formal no momento da comunicação de acusações (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Dezembro de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied e Technische Unie/Comissão, T-5/00 e T-6/00, Colect., p. II-5761, n.º 79) não é determinante e não exclui que, na fase de instrução, a recorrente já se tenha tornado um «acusado», na acepção do artigo 6.º, n.º 3, da CEDH, tal como interpretado pelo TEDH. À luz desta jurisprudência, não é exigível a existência de um acto formal de acusação, bastando a abertura de um processo de instrução de natureza penal (v. TEDH, acórdão Delcourt de 17 de Janeiro de 1970, série A, n.º 11, p. 13, § 25; acórdão Ringeisen de 17 de Julho de 1971, série A, n.º 13, p. 45, § 110; acórdão Deweer de 27 de Fevereiro de 1980, série A, n.º 35, p. 22, § 42; acórdão Viezzer de 19 de Fevereiro de 1991, série A, n.º 196-B, p. 21, § 17; acórdão Adolf de 26 de Março de 1982, série A, n.º 49, p. 15, § 30; e acórdão Imbrioscia de 24 de Novembro de 1993, série A, n.º 275, p. 13, § 36).

26 A recorrente sustenta que decorre da finalidade do artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH que, no âmbito de um processo penal, o acusado deve ser imediatamente informado da abertura e do objecto do inquérito que lhe diz respeito para evitar que fique numa situação de incerteza durante mais tempo do que o necessário. Em contrapartida, o facto de só ser informado na fase da acusação formal, que frequentemente só é deduzida ao fim de longos inquéritos, não é suficiente e pode comprometer seriamente o carácter equitativo do resto do processo e destituir o direito garantido pelo artigo 6.º, n.º 3, alínea c), da CEDH do seu efeito útil. Ora, quando, como no caso em apreço, a Comissão conduz o inquérito em segredo durante cerca de três anos antes de emitir a comunicação de acusações, beneficia de um avanço não equitativo em matéria de prova, incompatível com o artigo 6.º da CEDH. Isto resulta do facto de, atendendo ao tempo decorrido, ser difícil, ou mesmo quase impossível, para as empresas em causa, reconstituir os factos e carrear provas em contrário.

27 Por outro lado, a obrigação de informar imediatamente as empresas em causa decorre da importância, ou mesmo do carácter determinante, que tem o processo de instrução para a futura decisão da Comissão (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão, 46/87 e 227/88, Colect., p. I-2859, n.º 15, e acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 63). Depois de uma longa instrução, conduzida com o apoio de empresas que fizeram pedidos de não aplicação ou de redução de coimas, que precede a comunicação de acusações, a Comissão tem tendência a considerar os factos já assentes e fica pouco inclinada a, posteriormente, voltar atrás nas conclusões a que chegou com base nesses factos. O risco de antecipar a futura decisão é tanto maior quanto a Comissão acumula as funções de inquiridor, acusador e juiz. Ora, nas circunstâncias do caso em apreço, a Comissão já tinha deixado de ser um juiz imparcial e a recorrente já não tinha uma oportunidade adequada e suficiente (v. TEDH, acórdão Delta de 19 de Dezembro de 1990, série A, n.º 191-A, p. 16, § 36) de contestar as falsas alegações da AKZO, principal testemunha de acusação. Por conseguinte, na fase do envio da comunicação de acusações, a empresa em causa encontra-se numa situação em que as probabilidades de conseguir convencer a Comissão de que a exposição dos factos que constam da referida acusação é errada estão claramente reduzidas, o que prejudica gravemente a eficácia da sua defesa.

28 A recorrente recorda que, no caso em apreço, a Comissão baseou as suas acusações quase exclusivamente no depoimento da AKZO, que pediu imunidade, e com a qual estabeleceu contactos permanentes desde 2000. Nestas condições, a recorrente considera que a AKZO beneficiou, aos olhos da Comissão, de mais credibilidade do que qualquer outra empresa, como a recorrente, que não se tenha comprometido a cooperar nos termos do ponto B, alínea d), da comunicação sobre a cooperação e que os funcionários encarregados do processo não conhecessem pessoalmente. Por conseguinte, a Comissão concedeu mais crédito às afirmações erradas da AKZO relativas ao papel da recorrente do que às informações prestadas pela recorrente, sem que esta última tenha tido possibilidade de se defender, eficazmente, das afirmações da AKZO e de as rectificar.

29 No caso em apreço, a Comissão devia ter informado a recorrente da natureza e da causa das suspeitas que tinha sobre ela quando, em 27 de Junho de 2000, a AKZO lhe remeteu uma descrição do suposto papel da recorrente no âmbito do cartel, dado que, a partir desse momento, corria-se o risco de que a futura decisão da Comissão fosse antecipada

devido às alegações erradas da AKZO, e nunca depois de 18 de Junho de 2001, data em que a AKZO apresentou o seu depoimento final à Comissão. Com efeito, no que diz respeito à recorrente, a decisão impugnada baseia-se quase exclusivamente nesse depoimento. Por conseguinte, o facto de a recorrente não ter sido informada de que tinha sido aberto um inquérito contra si desde a respectiva abertura constitui uma violação, pela Comissão, dos seus direitos a um processo equitativo e de defesa, na acepção do artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea a), da CEDH.

30 Segundo a recorrente, esta ilegalidade deve levar à anulação da decisão impugnada (conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, acórdão já referido no n.º 25 *supra,* C-250/99 P, Colect., p. I-8503, n.º 80). Para garantir o efeito útil do direito consagrado no artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH, que é uma garantia processual basilar num Estado de Direito, não se pode exigir à empresa em causa que demonstre que a decisão da Comissão teria tido um conteúdo diferente se a referida empresa tivesse sido informada em tempo útil. A informação do acusado em tempo útil e de forma exaustiva é *conditio sine qua non* de um processo equitativo e é uma exigência de ordem pública. Assim, qualquer decisão que aplique uma coima adoptada com violação dessa garantia processual deve ser anulada.

31 A título subsidiário, a recorrente alega que, se a Comissão tivesse respeitado o direito garantido pelo artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH e a tivesse informado imediatamente da natureza e do objecto da instrução de que era objecto, podia ter reconstituído os factos pertinentes mais facilmente e mais exaustivamente do que lhe foi possível fazer em 2003. Em particular, podia ter chamado a atenção da Comissão para o carácter errado do depoimento da AKZO relativo ao seu papel no âmbito do cartel. Esta contestação teria levado a Comissão a pedir esclarecimentos à AKZO e, se necessário, a proceder a diligências de instrução nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 17.

32 Em contrapartida, por não ter sido imediatamente informada, a recorrente ficou privada da possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre a condução da instrução e sobre o processo decisório interno da Comissão. Se, pelo contrário, a recorrente tivesse sido imediatamente informada, a Comissão teria concluído que a recorrente não tinha, na realidade, cometido qualquer infracção, tendo apenas incorrido numa cumplicidade não punível com os produtores de peróxidos orgânicos envolvidos no cartel. Por conseguinte, a Comissão privou a recorrente, nessa fase determinante do procedimento, da possibilidade de se defender rápida e eficazmente das alegações da AKZO.

33 Assim, a decisão impugnada deve ser anulada por violação dos direitos de defesa e do artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH.

34 A este respeito, a recorrente reconheceu, contudo, na audiência, em resposta a uma pergunta específica do Tribunal, que, a seu ver, mesmo que tivesse sido informada na fase do pedido de informações de 3 de Fevereiro de 2003 e, por essa razão, tivesse tido a possibilidade de se defender mais eficazmente, isso não teria sido susceptível de modificar as conclusões a que a Comissão chegou, quanto a si própria, na decisão impugnada, o que ficou a constar da acta.

b) Argumentos da Comissão

35 A Comissão considera que não estava obrigada a informar a recorrente, antes de lhe enviar a comunicação de acusações, da natureza e das razões da instrução de que foi objecto.

36 Por um lado, como é expressamente confirmado pelo artigo 15.º, n.º 4, do Regulamento n.º 17, nem o procedimento administrativo nem a possibilidade de aplicar coimas ao abrigo desse regulamento têm natureza penal. Por outro, esse procedimento é dividido em duas fases, concretamente, uma fase de instrução preliminar e uma fase contraditória que vai da comunicação de acusações até à adopção da decisão final. Embora a fase contraditória permita à Comissão pronunciar-se definitivamente sobre a infracção imputada (acórdão Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido no n.º 25 *supra*, n.os 182 a 184), ainda não é formulada nenhuma acusação contra as empresas em causa na fase de instrução. Esta fase serve para procurar elementos factuais que permitam à Comissão determinar se deve ou não acusar uma empresa. Para o efeito, a Comissão pode exigir esclarecimentos e as empresas estão sujeitas a uma obrigação de colaboração activa que consiste em prestar todas as informações relativas ao objecto da instrução (acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão, 374/87, Colect., p. I-3283, n.º 27).

37 Com efeito, no momento em que essas diligências de instrução são adoptadas, a Comissão ainda não está pronta para formular acusações contra as empresas, porque ainda está à procura de elementos susceptíveis de levar a uma comunicação de acusações. Assim, o simples facto de uma empresa ser objecto de diligências de instrução por iniciativa da Comissão não pode ser equiparado à acusação dessa empresa (conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, acórdão já referido no n.º 25 *supra*, C-250/99 P, Colect., p. I-8503, n.os 41 a 46). Por conseguinte, o argumento da recorrente segundo o qual devia ter sido informada logo na fase de instrução para poder elaborar a sua defesa não pode ser acolhido.

38 A Comissão reconhece que os direitos de defesa, enquanto direitos fundamentais, são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo juiz comunitário (acórdãos Krombach, já referido no n.º 23 *supra*, n.os 25 e 26, e Connolly/ /Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.os 37 e 38). Além disso, é certo que a Comissão se deve assegurar de que esses direitos não são comprometidos na fase de instrução, que pode ser determinante para a produção de provas da natureza ilegal de comporta-

mentos de empresas susceptíveis de desencadear a sua responsabilidade (acórdãos Hoechst/Comissão, já referido no n.º 27 *supra*, n.º 15, e Aalborg Portland e o./ /Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 63). Em contrapartida, essa obrigação só diz respeito a alguns direitos de defesa, como o direito à assistência jurídica e o de protecção da confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente, ao passo que outros direitos só existem no âmbito do processo contraditório subsequente à adopção de uma comunicação de acusações (acórdão Hoechst/Comissão, já referido no n.º 27 *supra*, n.º 16).

39 De qualquer forma, o suposto direito a ser imediatamente informado acerca da natureza e da razão da instrução não existe, e também não decorre do artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH, por não haver «acusação» na fase de instrução. Com efeito, só há uma «acusação» formal na fase da comunicação de acusações (acórdão Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied e Technische Unie/Comissão, já referido no n.º 25 *supra*, n.º 79). Essa comunicação pressupõe que tenha sido dado início ao procedimento nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e manifesta a vontade da Comissão de adoptar uma decisão de declaração da existência de uma infracção (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Fevereiro de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Colect., p. 19, n.º 16). Ao mesmo tempo, informa a empresa acerca do objecto do procedimento que foi iniciado contra si e dos comportamentos de que a Comissão a acusa (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, T-305/94 a T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colect., p. II-931, n.º 132, e Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied e Technische Unie/Comissão, já referido no n.º 25 *supra*, n.º 80).

40 Isto é corroborado pela jurisprudência segundo a qual não existe, no direito comunitário da concorrência, qualquer direito a ser informado do estado de um procedimento administrativo antes da emissão formal de uma comunicação de acusações; com efeito, a tese contrária levaria à criação de um direito a ser-se informado de um inquérito em circunstâncias em que existem suspeitas em relação a uma

empresa, o que poderia entravar gravemente os trabalhos da Comissão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2004, Dalmine/Comissão, T-50/00, Colect., p. II-2395, n.º 110).

41 A Comissão acrescenta que, embora a jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 6.º da CEDH possa eventualmente ser aplicável no âmbito de processos de instrução de carácter penal, por exemplo, no que diz respeito à definição de um «prazo razoável», na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, nada leva a crer que se possa dizer o mesmo em relação ao artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH. Ora, para poder ser tomada em consideração, a inobservância dessas garantias na fase de instrução tem de comprometer gravemente o carácter equitativo do processo (v. TEDH, acórdão Imbroscia de 24 de Novembro de 1993, série A, n.º 275, § 36 e jurisprudência aí referida), tendo em conta a tramitação do processo no seu todo.

42 No caso em apreço, a fase contraditória do procedimento administrativo prevista no Regulamento n.º 17 é particularmente importante nesta matéria, uma vez que tem precisamente por objectivo informar o interessado da natureza e da razão da acusação que lhe é feita. No entanto, a recorrente não apontou nada à regularidade do desenrolar dessa fase do procedimento. Além disso, a recorrente não pode afirmar pela primeira vez na réplica que não teve oportunidade, na fase contraditória do referido procedimento, de manifestar, de modo adequado e suficiente, o seu ponto de vista sobre a versão dos factos tal como foi formulada pela Comissão. De qualquer forma, esta alegação errada da recorrente não põe em causa o carácter contraditório nem o carácter equitativo dessa fase do procedimento administrativo.

43 Consequentemente, este fundamento deve ser julgado improcedente.

2. *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

44 Com o primeiro fundamento, a recorrente sustenta, no essencial, que a Comissão violou os seus direitos de defesa e, em particular, o seu direito a um processo equitativo, reconhecido pelo artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH, pelo facto de não a ter informado, numa fase muito precoce do processo de instrução, acerca da natureza e da causa da acusação contra si formulada, nomeadamente pelo facto de não lhe ter comunicado mais cedo os depoimentos da AKZO.

45 Há que recordar, a título preliminar, que o Tribunal não é competente para apreciar a legalidade de um inquérito em matéria de concorrência à luz das disposições da CEDH, na medida em que estas não fazem parte, enquanto tais, do direito comunitário. Isto não invalida o facto de o juiz comunitário ser chamado a velar pelo respeito dos direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais de direito, inspirando-se, para o efeito, nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos Direitos do Homem em que os Estados-Membros colaboraram e aos quais aderiram. Não se pode deixar de referir, a este respeito, que a CEDH tem um particular significado, como é confirmado pelo artigo 6.º, n.º 2, UE (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke/Comissão, T-112/98, Colect., p. II-729, n.os 59, 60 e jurisprudência aí referida). Aliás, isso foi reafirmado no quinto parágrafo do preâmbulo, no artigo 52.º, n.º 3, e no artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

46 A este respeito, é jurisprudência assente que os direitos de defesa em qualquer processo susceptível de resultar na aplicação de sanções, nomeadamente de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias, como o procedimento previsto no Regulamento n.º 17, são direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais de

direito cujo respeito é assegurado pelo juiz comunitário (v., neste sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 64, e acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2007, Groupe Danone/Comissão, C-3/06 P, Colect., p. I-1331, n.º 68).

47 Importa ainda recordar que o procedimento administrativo previsto no Regulamento n.º 17, que é tramitado pela Comissão, se subdivide em duas fases distintas e sucessivas, obedecendo cada um delas a uma lógica interna própria, concretamente, uma fase de instrução preliminar, por um lado, e uma fase contraditória, por outro. A fase de instrução preliminar, durante a qual a Comissão exercita os poderes de instrução previstos no Regulamento n.º 17 e que se estende até à comunicação de acusações, destina-se a permitir à Comissão reunir todos os elementos pertinentes que confirmem ou não a existência de uma infracção às regras de concorrência e tomar uma primeira posição sobre a orientação e o ulterior destino a dar ao processo. Em contrapartida, a fase contraditória, que vai da comunicação de acusações até à adopção da decisão final, deve permitir à Comissão pronunciar-se definitivamente sobre a infracção imputada (v., neste sentido, acórdão de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido no n.º 25 *supra*, n.ºs 181 a 183, e acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, C-105/04 P, Colect., p. I-8725, n.º 38).

48 Por um lado, quanto à fase de instrução preliminar, o Tribunal de Justiça declarou que tinha como ponto de partida a data em que a Comissão, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelos artigos 11.º e 14.º do Regulamento n.º 17, toma medidas que implicam a imputação de uma infracção e que têm repercussões importantes na situação das empresas suspeitas (acórdãos de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido no n.º 25 *supra*, n.º 182, e de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*, n.º 38). Por outro, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que só no início da fase contraditória administrativa é que a empresa em causa é informada, através da comunicação de acusações, de todos os elementos essenciais em que a Comissão se baseia nessa fase do processo, e só nessa altura lhe é conferido o direito de consultar o processo, para garantir o exercício efectivo dos seus direitos de defesa. Consequentemente, só depois

do envio da comunicação de acusações é que a empresa em causa pode invocar plenamente os seus direitos de defesa (v., neste sentido, acórdãos de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido no n.º 25 *supra*, n.ºs 315 e 316; Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.ºs 66 e 67; de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*, n.º 47; e acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 2007, Dalmine/Comissão, C-407/04 P, Colect., p. I-829, n.º 59). Com efeito, se esses direitos fossem estendidos à fase que antecede o envio da comunicação de acusações, a eficácia do inquérito da Comissão seria comprometida, uma vez que a empresa teria, logo na fase de instrução preliminar, a possibilidade de identificar as informações conhecidas pela Comissão e, por conseguinte, aquelas que ainda lhe poderiam ser sonegadas (acórdão Dalmine/ /Comissão, já referido, n.º 60).

49 Nestas condições, o argumento da recorrente segundo o qual o respeito dos direitos de defesa e do direito a um processo equitativo impunha que lhe tivesse sido facultada a consulta dos depoimentos da AKZO na fase de instrução preliminar deve improceder.

50 Não deixa de ser verdade que, como decorre da jurisprudência acima referida no n.º 48, as diligências de instrução realizadas pela Comissão na fase de instrução preliminar, nomeadamente as averiguações e os pedidos de informações ao abrigo dos artigos 11.º e 14.º do Regulamento n.º 17, implicam por natureza a imputação de uma infracção e podem ter repercussões significativas sobre a situação das empresas suspeitas.

51 Por conseguinte, há que evitar que os direitos de defesa possam ser irremediavelmente comprometidos nessa fase do procedimento administrativo quando as diligências de instrução realizadas possam ser determinantes para a produção de provas da natureza ilegal de comportamentos de empresas susceptíveis de desencadear a sua responsa-

bilidade (v., neste sentido, acórdão Hoechst/Comissão, já referido no n.º 27 *supra*, n.º 15). Quanto à observância de um prazo razoável, o Tribunal de Justiça considerou, assim, no essencial, que a duração excessiva da fase de instrução preliminar pode ter influência sobre as possibilidades futuras de defesa das empresas em questão, nomeadamente diminuindo a eficácia dos direitos de defesa quando estes são invocados na fase contraditória. Com efeito, quanto mais tempo decorrer entre uma diligência de instrução e a comunicação de acusações, mais provável se torna que eventuais provas de defesa já não possam ser recolhidas ou que só dificilmente poderão vir a ser recolhidas. Por esta razão, a apreciação da origem de eventuais obstáculos ao exercício dos direitos de defesa não deve limitar-se à fase em que estes direitos produzem o seu pleno efeito, concretamente a fase contraditória do procedimento administrativo, antes devendo estender-se a todo o procedimento e referir-se à sua duração total (v., neste sentido, acórdão de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*, n.ºs 49 e 50).

52 Segundo o Tribunal, estas considerações são aplicáveis, por analogia, à questão de saber se e em que medida a Comissão está obrigada a prestar à empresa em causa, logo na fase de instrução preliminar, determinadas informações sobre o objecto e a finalidade da instrução, que lhe permitam preservar a eficácia da sua defesa no âmbito da fase contraditória. Com efeito, apesar de, de um ponto de vista formal, a empresa em causa não ter o estatuto de «acusado» na fase de instrução preliminar, o facto de ser aberto um inquérito contra si, nomeadamente através da realização de uma diligência de instrução de que é objecto, não pode, em regra, ser dissociado, de um ponto de vista material, da existência de uma suspeita e, portanto, de uma imputação implícita, na acepção da jurisprudência acima referida no n.º 48, que justifica a adopção dessa diligência (v., igualmente, neste sentido, TEDH, acórdão Casse c. Luxemburgo de 27 de Abril de 2006, petição n.º 40327/02, §§ 29 a 33, 71 e 72).

53 Quanto ao alcance desta obrigação de informação, há que começar por recordar que, num pedido de informações, quer seja informal, na acepção do artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, quer seja feito sob a forma de decisão, nos termos do artigo 11.º, n.º 5, do referido regulamento, a Comissão está obrigada, por força do n.º 3 desse artigo

e para efeitos, nomeadamente, da observância dos direitos de defesa das empresas em causa, a indicar os fundamentos jurídicos e a finalidade do referido pedido. Assim, a necessidade, na acepção do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, das informações pedidas pela Comissão deve ser apreciada em função da finalidade do inquérito, tal como é obrigatoriamente definida no próprio pedido de informações. A este respeito, o Tribunal afirmou que a Comissão apenas pode exigir informações que lhe permitam verificar as presunções de infracção que justificam a realização do inquérito e que são indicadas no pedido de informações enquanto tal (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1991, SEP/Comissão, T-39/90, Colect., p. II-1497, n.º 25, e de 8 de Março de 1995, Société générale/Comissão, T-34/93, Colect., p. II-545, n.os 39, 40, 62 e 63).

54 Em seguida, cumpre recordar a exigência de que a Comissão mencione, na decisão que ordena a realização de diligências de instrução, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17, o objecto e a finalidade dessa diligência. Esta exigência constitui uma garantia fundamental dos direitos de defesa das empresas em causa, o que tem por consequência o facto de o alcance da obrigação de fundamentação das decisões que ordenam diligências de instrução não poder ser restringido em função de considerações atinentes à eficácia da investigação. A este respeito, decorre da jurisprudência que, embora a Comissão não esteja obrigada a comunicar ao destinatário de uma decisão que ordena diligências de instrução todas as informações de que dispõe a respeito das infracções presumidas nem a proceder à qualificação jurídica rigorosa dessas infracções, deve, em contrapartida, indicar claramente as presunções que são objecto da instrução (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça, Hoechst/Comissão, já referido no n.º 27 *supra*, n.º 41, e de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux/Comissão, 85/87, Colect., p. 3137, n.os 8 e 9; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 2007, CB/Comissão, T-266/03, não publicado na Colectânea, n.º 36; v., por analogia, acórdão Société générale/Comissão, já referido no n.º 53 *supra*, n.os 62 e 63). De igual modo, no âmbito de uma diligência de instrução baseada no artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, os inspectores da Comissão têm de apresentar um mandado escrito que indique igualmente o objecto e a finalidade da diligência de instrução.

55 O Tribunal considera que as exigências acima referidas nos n.os 53 e 54 se aplicam independentemente da questão de saber se o pedido de informações, que é dirigido a uma empresa suspeita de ter cometido uma infracção, tem a natureza de uma decisão

formal, na acepção do artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17, ou de uma carta informal, na acepção do n.º 2 do referido artigo. Além disso, no âmbito da fase de instrução preliminar, a possibilidade de a empresa em questão preparar utilmente a sua defesa não pode diferir consoante a Comissão realize uma diligência de instrução ao abrigo do artigo 11.º ou do artigo 14.º do Regulamento n.º 17, uma vez que todas essas diligências são susceptíveis de implicar a imputação do cometimento de uma infracção e de ter repercussões significativas sobre a situação das empresas em causa (v., neste sentido, acórdãos de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./ /Comissão, já referido no n.º 25 *supra*, n.º 182, e de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*, n.º 38).

56 Daqui se conclui que a Comissão está obrigada a informar a empresa em causa, na fase em que adopta a primeira medida a seu respeito, incluindo os pedidos de informações que lhe dirige nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, nomeadamente, do objecto e da finalidade da instrução em curso. A este respeito, a fundamentação não tem de ter o mesmo alcance que a exigida para as decisões que ordenam a realização de diligência de instrução, exigência esta que decorre do seu carácter mais coactivo e da particular intensidade do seu impacto sobre a situação jurídica da empresa em causa (v., no que diz respeito aos poderes da Comissão no âmbito das diligência de instrução, acórdão CB/Comissão, já referido no n.º 54 *supra*, n.º 71). No entanto, essa fundamentação deve permitir a essa empresa compreender a finalidade e o objecto da instrução, o que implica que sejam especificados as presunções de infracção e, nesse contexto, o facto de ser possível expor-se a acusações relacionadas com essa eventual infracção, para que possa tomar as medidas que considere úteis para se opor a essas acusações e preparar, assim, a sua defesa na fase contraditória do procedimento administrativo.

57 Por conseguinte, no caso em apreço, a Comissão estava obrigada, quando enviou o pedido de informações de 3 de Fevereiro de 2003, a informar a recorrente, nomeadamente, das presunções de infracção objecto da instrução levada a cabo e do facto de, nesse contexto, poder ser levada a fazer-lhe acusações. Ora, desse pedido resultava apenas que a Comissão estava a instruir uma infracção presumida ao artigo 81.º CE cometida por produtores europeus de peróxidos orgânicos devido a determinados comportamentos, mencionados a título de exemplo e de modo genérico, não sendo referido, no entanto, que essa instrução tinha também por objecto uma

eventual infracção imputada à recorrente. Efectivamente, ao que parece, só na reunião de 20 de Março de 2003, ou seja, algumas semanas antes da abertura do procedimento formal de investigação, é que os funcionários da Comissão encarregados do processo referiram que a recorrente também era objecto do inquérito. Ora, informar anteriormente a recorrente era tanto mais necessário quanto, segundo a própria Comissão, a sua opção de acusar uma empresa de consultoria constituía uma reorientação da sua prática decisória anterior e que, portanto, a recorrente não podia necessariamente prever que iria ser directamente visada pela comunicação de acusações.

58 Esta circunstância, porém, não pode levar, por si só, à anulação da decisão impugnada. Com efeito, há ainda que verificar se a irregularidade cometida pela Comissão foi susceptível de afectar, concretamente, os direitos de defesa da recorrente no âmbito do procedimento em causa (v., neste sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.ºs 71 e seguintes, e acórdão de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/ /Comissão, já referido no n.º 47 *supra*, n.ºs 55 e seguintes).

59 No caso em apreço, a recorrente não carreou qualquer elemento concreto susceptível de fazer prova de que a irregularidade em questão prejudicou a eficácia da sua defesa na fase contraditória do procedimento administrativo e de que a tramitação desse procedimento no seu todo e o conteúdo da decisão da Comissão podiam ter sido influenciados por uma defesa mais eficaz. Pelo contrário, na audiência, a recorrente admitiu que a informação prévia relativamente ao alcance das acusações de que era alvo, nomeadamente, na fase do pedido de informações de 3 de Fevereiro de 2003, não teria tido qualquer influência sobre as conclusões a que a Comissão chegou a seu respeito na decisão impugnada, o que ficou a constar da acta. Com efeito, essa influência é tanto menos provável quanto houve apenas um intervalo de cerca de sete semanas entre o referido pedido de informações, por um lado, e a abertura do procedimento formal de investigação e a notificação da comunicação de acusações, por outro.

60 Por conseguinte, o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

C — *Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas (nullum crimen, nulla poena sine lege)*

1. *Argumentos das partes*

a) Argumentos da recorrente

Generalidades

61 A recorrente considera que não cometeu uma infracção ao artigo 81.º CE, uma vez que apenas incorreu numa cumplicidade não punível com os membros do cartel, que são, nomeadamente, a AKZO, a Atochem/Atofina e a PC/Degussa. A própria Comissão reconheceu, no considerando 339 da decisão impugnada, que a recorrente não era parte contratante no cartel acordado por esses produtores de peróxidos orgânicos. No entanto, chegou à conclusão muito vaga, no considerando 349 da referida decisão, de que a recorrente «era parte no acordo e/ou tomou decisões enquanto empresa e/ou associação de empresas». Em seguida, a Comissão admitiu, no considerando 454 da referida decisão, que «a adopção de uma decisão em relação a uma empresa e/ou uma associação de empresas que tenha(m) desempenhado um papel tão específico é, em certa medida, uma novidade». Segundo a recorrente, a Comissão ultrapassou, assim, os limites do poder que lhe é conferido pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, em conjugação com o artigo 81.º, n.º 1, CE, e infringiu o princípio da legalidade dos crimes e

das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Além disso, a apreciação jurídica inexacta da Comissão assenta em conclusões factuais erradas relativamente ao papel da recorrente no contexto do cartel.

Quanto à impugnação dos factos da decisão impugnada

62 A recorrente contesta, no essencial, a importância que a Comissão atribui, na decisão impugnada, à sua actividade no âmbito do cartel (considerandos 95, 105, 332, 333 e 345 da decisão impugnada). Na verdade, a recorrente, enquanto empresa de consultoria e mandatária sujeita às instruções da AKZO, da Atochem/Atofina e da PC/Degussa, apenas prestou serviços de secretariado por conta dessas empresas, e a maior parte não tem qualquer relação com o cartel.

63 Em primeiro lugar, entre finais de 1993 e finais de 1999, a recorrente esteve vinculada a esses três produtores de peróxidos orgânicos, por força do direito das obrigações suíço e sem nenhuma finalidade anticoncorrencial, por contratos de serviços ditos «de mandato». Com base nesses mandatos e por instrução dos referidos produtores, começou por fazer uma estatística de mercado, depois, organizou quatro reuniões oficiais desses produtores em Zurique, tendo participado na parte oficial dessas reuniões, em terceiro lugar, reservou uma sala de reunião para quatro encontros oficiosos desses produtores em Zurique, não tendo participado — ou tendo participado apenas parcialmente — nessas reuniões nem tendo tido conhecimento do respectivo conteúdo, em quarto lugar, reembolsou aos representantes dos referidos produtores as despesas de deslocação em que incorreram para ir às referidas reuniões e, em quinto lugar, guardou determinados documentos — em parte com conteúdo anticoncorrencial — por conta da PC/Degussa e da Atochem/Atofina.

64 Por outro lado, contrariamente à constatação feita no considerando 340 da decisão impugnada, esses contratos de serviços não restringiram a concorrência; só os acordos entre os produtores, em particular o acordo de 1971, em que a recorrente nunca foi parte (considerando 339 da decisão impugnada), previam restrições da concorrência no mercado dos peróxidos orgânicos. Assim, também é errada a afirmação que consta do considerando 335 da decisão impugnada segundo a qual a actividade da recorrente «serviu de base à realização do cartel», tendo esse cartel sido criado em 1971 pela AKZO, pela Atochem/Atofina e pela PC/Degussa sem a participação da recorrente. A recorrente afirma, no essencial, que as suas actividades que foram objecto de censura por terem uma relação com o cartel, como a reserva de uma sala de reunião e o reembolso de despesas de deslocação, eram actividades de carácter puramente logístico e actividades de secretariado para os três produtores de peróxidos orgânicos.

65 Em segundo lugar, a recorrente alega, no essencial, que, ao considerar a «Fides/AC-Treuhand», nos considerandos 87, 109 e seguintes, nomeadamente 209, da decisão impugnada, uma unidade, a Comissão lhe imputa erradamente os actos cometidos pela Fides no período compreendido entre 1971 e 1993. Por esta razão, a Comissão viola os princípios da culpa e da responsabilidade pessoal e prejudica a reputação da recorrente (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 145). A recorrente, criada em 1993, não é responsável pelo comportamento da Fides e não há qualquer vínculo estrutural, por força do direito das sociedades, entre a Fides e a recorrente. Em finais de 1993, a recorrente apenas adquiriu o departamento da Fides responsável pela consultoria de gestão às associações e, em seguida, celebrou novos contratos de serviços com os antigos clientes da Fides. Além disso, a carta da Fides de Novembro de 1993, em que sugeriu aos seus antigos clientes que prosseguissem as relações comerciais com a recorrente, não é uma prova pertinente para demonstrar uma suposta «continuidade pessoal» entre a Fides e a recorrente. É perfeitamente usual, no âmbito das aquisições de empresas, que, por razões de *marketing*, o vendedor envie «cartas de recomendação» respeitantes à eventual transferência do mandato à sociedade que lhe sucedeu. A recorrente conclui que não pode ser considerada responsável pelo comportamento da Fides, o que devia ter levado a Comissão a dar uma importância francamente menor ao seu papel no período determinante compreendido entre 1994 e 1999.

66 A recorrente salienta, a este respeito, que, ao contrário da Fides, não participou na troca de informações anticoncorrencial entre os três produtores de peróxidos orgânicos. A descrição do papel da recorrente nos considerandos 91 e seguintes da decisão impugnada não leva em conta o facto de, em 1993, esses produtores terem modificado substancialmente o modo de funcionamento do cartel, tendo decidido que, daí em diante, deixariam de transmitir uns aos outros, com a participação da Fides, números relativos às vendas e aos preços nas reuniões. Depois de 1993, esse sistema foi substituído por um sistema de troca de informações, gerido pela AKZO, em que a recorrente não participou e de que nem sequer teve conhecimento, por telecópia e em reuniões ditas «de grupos de trabalho» (considerando 136 da decisão impugnada). Neste contexto, a AKZO fez estatísticas pormenorizadas para as apresentar nas reuniões dos grupos de trabalho, dirigiu essas reuniões, vigiou a observância das quotas de mercado e insistiu junto dos outros produtores para que aumentassem os seus preços.

67 Em terceiro lugar, no que diz respeito ao facto de ter guardado os originais do acordo de 1971 e do acordo de 1975, a recorrente afirma que se limitou a guardar no seu cofre os exemplares da Atochem/Atofina e da PC/Degussa, que podiam levá-los ou consultá-los em qualquer altura. A recorrente admite, além disso, que, até 1995 ou 1996, procedeu ao cálculo, por conta dos produtores de peróxidos orgânicos, dos desvios em relação às quotas acordadas entre eles. Os documentos relativos a esse cálculo também podiam ser consultados em qualquer altura pelos membros do cartel. Ora, o facto de a recorrente ter guardado documentos pertencentes a terceiros não constitui, em si mesmo, um comportamento proibido pelas regras de concorrência.

68 Em quarto lugar, a recorrente contesta a acusação segundo a qual procedeu à recolha de dados relativos à venda de peróxidos orgânicos e forneceu as «estatísticas correspondentes» aos membros do cartel (considerando 92 da decisão impugnada). A recorrente alega que essas estatísticas eram lícitas e não tinham nenhuma relação com o cartel, como confirmaram, segundo afirma, a AKZO, a Atochem/Atofina e a PC/Degussa. Na sequência da criação pela Fides, a pedido desses produtores, de um sistema oficial de informação sobre o mercado dos peróxidos orgânicos, a recorrente celebrou tacitamente com eles, em finais de 1993, novos contratos de serviços relativos à realização de estatísticas de mercado «neutras». Estas estatísticas basearam-se nos números de vendas históricos (em toneladas), fornecidos por esses produtores, e os preços que praticavam, bem como o nome dos seus clientes, não foram identificados. Foram acompanhadas de uma lista das categorias dos produtos pertinentes que a Comissão designa erradamente de «code AC-Treuhand» (considerando 105 da decisão

impugnada). Essa lista, todavia, não passou de um instrumento de trabalho, por um lado, para a recorrente, a fim de elaborar as estatísticas de mercado e, por outro, para a sociedade encarregada de realizar uma auditoria dos volumes de vendas comunicados pelos produtores. Com efeito, as estatísticas apenas continham, relativamente às categorias de peróxidos orgânicos em causa, o volume total de mercado do ano ou do trimestre anterior, o volume de vendas de cada produtor e a sua quota de mercado, e não informações relativas aos concorrentes.

69 Neste contexto, a recorrente recorda que, entre 1993 e 1999, a troca de informações relativas aos volumes e aos preços de venda por país e por cliente entre os produtores de peróxidos orgânicos e, portanto, a coordenação do seu comportamento, deixou de seguir as regras acordadas em 1971 e em 1975, passando a ser assegurada por telecópia ou em reuniões de grupos de trabalho separadas e, por vezes, depois de reuniões oficiais em Zurique, mas sem a sua participação (considerandos 128 e 136 da decisão impugnada). A recorrente conclui que, contrariamente à impressão criada no considerando 92 da decisão impugnada, a estatística de mercado por si elaborada não serviu para coordenar o comportamento dos produtores. A preparação e o controlo dos números do sistema de informação sobre o mercado também não constituem uma infracção. Com efeito, a partir de 1993, a estatística elaborada pela recorrente não esteve ligada à sua participação nas reuniões do cartel nem à proposta de quotas. Esta ligação foi rompida, o mais tardar, em 1996, quando a recorrente deixou de proceder ao cálculo dos desvios em relação às quotas acordadas.

70 A recorrente salienta que a auditoria dos números de vendas dos produtores de peróxidos orgânicos não tinha nenhuma relação com o cartel. A recorrente não «realizou e aprovou» qualquer auditoria a esse título (considerando 333 da decisão impugnada), nem foi a «contabilista» do cartel (considerando 404 da referida decisão). Esta apreciação errada decorre, por um lado, de uma amálgama do sistema lícito de informação sobre o mercado com o do cartel e, por outro, de uma confusão com os deveres da sociedade submandatada pela recorrente, que realizou a auditoria dos volumes de vendas comunicados pelos produtores à recorrente, com uma periodicidade trimestral a semestral, relativamente a cada categoria de produtos. Nessa base, a recorrente calculou as quotas de mercado respectivas para devolver os «números totais do mercado» aos produtores. Por último, a auditoria dos volumes de vendas

comunicados à recorrente respondeu ao desejo dos três produtores e é um procedimento corrente e lícito no âmbito de sistemas sérios de informação sobre o mercado, sem nenhuma relação com o cartel.

71 Em quinto lugar, a recorrente contesta a afirmação da Comissão segundo a qual participou «pelo menos uma vez» numa reunião de um grupo de trabalho (considerando 92 da decisão impugnada), ou mesmo em várias (considerando 99 da decisão impugnada). Na realidade, a recorrente quase nunca participou nas reuniões de finalidade anticoncorrencial dos três produtores de peróxidos orgânicos. Das 63 reuniões que tiveram lugar desde finais de Dezembro de 1993, enumeradas no quadro 4 da decisão impugnada (pp. 28 e seguintes), tendo sido realizadas apenas nove em Zurique, só cinco decorreram com a participação parcial de colaboradores da recorrente, concretamente, as reuniões de Zurique de 25 de Outubro de 1994, de 16 de Fevereiro de 1995, de 16 de Janeiro e 19 de Abril de 1996 e de 23 de Novembro de 1998. Há que acrescentar a reunião de Amersfoort (Países Baixos) de 19 de Outubro de 1998, em que participaram unicamente representantes da AKZO e um antigo colaborador da recorrente, Sr. S. A recorrente contesta, todavia, de forma muito pormenorizada, o alcance que a Comissão atribui, na decisão impugnada, a essa participação do Sr. S. De qualquer modo, é sobre a Comissão que recai o ónus de fazer prova de que a recorrente participou efectivamente em reuniões de finalidade anticoncorrencial (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 78).

72 A recorrente refere que, exceptuando a reunião de 16 de Janeiro de 1996, as reuniões em causa eram reuniões ditas «de alto nível», que incluíam uma parte «oficial» e uma parte «oficiosa». Ora, os colaboradores da recorrente participaram apenas na parte oficial dessas reuniões, em que só eram abordadas questões relativas à estatística oficial de mercado, à classificação e à segurança dos produtos. Neste contexto, o papel da recorrente limitou-se a actividades de secretariado, como a expedição de cartas de convocação que indicavam a ordem de trabalhos, a reserva de uma sala de reunião e, se necessário, de quartos de hotel, a recepção dos participantes e a redacção da acta das reuniões oficiais. Por instrução, a recorrente reservou também, por telefone, uma sala

de reunião num hotel para as reuniões «oficiosas» de Zurique de 23 de Outubro de 1997, de 17 de Abril e 27 de Outubro de 1998, não tendo, no entanto, participado nessas reuniões.

73 Assim, é manifestamente errada a afirmação da AKZO, que consta do considerando 127 da decisão impugnada, segundo a qual a recorrente assistiu «sistematicamente» às reuniões anuais, por exemplo, para poder adaptar as quotas de mercado. Para esse efeito, a participação da recorrente não foi necessária, dado que todos os produtores de peróxidos orgânicos conheciam as quotas de mercados «oficiais» pelo facto de trocarem entre si informações acerca dos seus volumes de vendas por telecópia ou nas reuniões dos grupos de trabalho (considerando 128 da decisão impugnada).

74 Em sexto lugar, a recorrente sustenta que não foi presidente nem moderadora do cartel (considerandos 92, 99, 102 e 336 da decisão impugnada). Por um lado, não houve «presidente» nas raras reuniões dos três produtores de peróxidos orgânicos em que a recorrente participou entre 1994 e 1999 e durante as quais a sua função se limitou a receber os participantes e a redigir a acta da parte oficial da reunião. Por outro, a recorrente também não fez de «moderador» para o caso de se manifestarem tensões entre os membros do cartel nem incentivou estes últimos a encontrarem soluções de compromisso. Estes chegaram sempre sozinhos à conclusão de que o abandono das discussões só pioraria a situação. Além disso, tendo em conta que a recorrente não participou nas reuniões oficiosas (v. n.º 72 *supra*), não pode ter exercido a função de moderadora quando havia tensões entre os membros do cartel.

75 A este respeito, a recorrente contesta ter declarado, na resposta à comunicação de acusações, que tinha «exerc[ido] as funções de intermediária» (considerandos 92, 94 e 99 da decisão impugnada). Na verdade, a recorrente declarou que o Sr. S., na qualidade de secretário, se limitou a desempenhar um «papel de animador da reunião», o que significa, nomeadamente, que deu início, com palavras de boas-vindas, às quatro reuniões «de alto nível» oficiais e lícitas entre 1994 e 1999 (v. n.º 72 *supra*) e que anunciou o intervalo para o almoço. O Sr. S., porém, nunca ou quase nunca participou, nesse mesmo período, nas reuniões oficiosas dos três produtores de peróxidos orgânicos. O ponto 10 do acordo de 1971, intitulado «Arbitragem», demonstra que foram os próprios produtores que exerceram as funções de moderadores, o que foi confirmado pela Atochem/Atofina quanto ao papel de moderadora da AKZO em várias

reuniões. A recorrente conclui que a AKZO proferiu falsas acusações contra si para desviar a atenção do seu próprio papel de moderadora.

76 Em sétimo lugar, a recorrente reafirma que só realizou a tarefa de calcular os desvios em relação às quotas acordadas e de os transmitir aos produtores de peróxidos orgânicos, por força de um mandato e por instrução, até 1995 ou 1996. O mais tardar a partir de 1997, o cálculo desses desvios foi efectuado pelos próprios três produtores, sob a direcção da AKZO, com base nos seus números de vendas trocados nas reuniões dos grupos de trabalho ou por telecópia (v. n.º 69 *supra*). Em seguida, a AKZO, nessa base, fez a estatística global que incluía os números de vendas de todos os produtores de peróxidos orgânicos e apresentou-a na reunião seguinte de um grupo de trabalho. Por outro lado, os documentos apresentados pela AKZO com a intenção de provar que, em 1996 ou em 1997, a recorrente continuou a calcular os desvios em relação às quotas acordadas provêm da própria AKZO e não da recorrente.

77 Por último, a recorrente sustenta que a apreciação que a Comissão fez das provas é ilegal porque viola a presunção de inocência (acórdão Baustahlgewebe/Comissão, já referido no n.º 24 *supra*, n.º 58) e o direito fundamental a um processo equitativo, consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH e no artigo 47.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Com efeito, a Comissão fez seu o depoimento errado da AKZO sem ter verificado o seu bem-fundado à luz dos depoimentos contrários da Atochem/Atofina, da PC/Degussa e da recorrente. Ora, resulta do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH que as declarações das partes que cooperam só podem ser consideradas credíveis quando encontrarem suporte em provas suplementares e independentes (Comissão Europeia dos Direitos do Homem, decisão de 6 de Outubro de 1976, X/ /Reino Unido, petição n.º 7306/75, *Decisões e Relatórios*, n.º 7, pp. 119, 122). Além disso, a credibilidade é o único critério pertinente para apreciar as provas produzidas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2004, Mannesmannröhren-Werke/ /Comissão, T-44/00, Colect., p. II-2223, fazendo referência às conclusões do juiz B. Vesterdorf, exercendo as funções de advogado-geral, no processo Rhône-Poulenc/ /Comissão, já referido no n.º 24 *supra*, Colect., pp. II-869, II-954; v., igualmente, neste

sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Março de 2000, Met-Trans e Sagpol, C-310/98 e C-406/98, Colect., p. I-1797, n.º 29, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Novembro de 2002, Vela e Tecnagrind/Comissão, T-141/99, T-142/99, T-150/99 e T-151/99, Colect., p. II-4547, n.º 223).

78 Ora, as partes que cooperam têm todas as razões para mentir e a Comissão é obrigada a pôr em causa, automaticamente, os seus depoimentos, nomeadamente quando são determinantes para a decisão final e contrariados por outro depoimento [v., igualmente, considerando 85 da Decisão 86/399/CEE da Comissão, de 10 de Julho de 1986, relativa a um processo em aplicação do artigo [81.º CE] (IV/31.371 — Revestimentos betumados) (JO L 232, p. 15), e considerando 278 da decisão impugnada]. No caso em apreço, a Comissão violou esses princípios ao reproduzir várias falsas acusações da AKZO contra a recorrente sem apresentar, para o efeito, outras provas independentes (v., igualmente, neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Outubro de 2004, Dresdner Bank/Comissão, T-44/02, não publicado na Colectânea, n.º 74). Ora, impunha-se uma análise particularmente crítica das declarações da AKZO, tendo em conta, por um lado, o risco de a AKZO exagerar o papel e a importância da recorrente para desviar a atenção do seu próprio papel determinante na execução do cartel e, por outro, o facto de a AKZO só tardiamente ter feito algumas das acusações infundadas contra a recorrente.

79 Com efeito, se a AKZO tivesse admitido, na sua carta de 17 de Fevereiro de 2003, que a proposta de novas quotas provinha de si própria, e não da recorrente, a Comissão não teria tido outra opção que a de registar o papel determinante da AKZO dentro do cartel, o que a teria impedido de isentar a AKZO da aplicação de uma coima, nos termos do ponto B, alínea e), da comunicação sobre a cooperação. Segundo a recorrente, o risco de lhe ser recusada a imunidade e a importância da coima potencialmente aplicável à AKZO confirmam o facto de esta última ter sido incentivada a testemunhar contra ela. Por conseguinte, ao basear-se nas declarações erradas da AKZO, sem produzir provas suplementares e independentes em apoio das suas acusações e sem se ter questionado sobre a credibilidade das referidas declarações nem ter levado em conta todas as circunstâncias em defesa da recorrente, a Comissão não observou as exigências decorrentes do direito fundamental a um processo equitativo e da presunção de inocência.

Quanto à violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

— Quanto aos efeitos do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) sobre a distinção entre autor e cúmplice em direito comunitário da concorrência

80 A recorrente recorda que, por força do artigo 15.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 17, a Comissão só pode aplicar coimas às empresas ou associações de empresas que, deliberada ou negligentemente, infrinjam o disposto no artigo 81.º, n.º 1, CE. No entanto, as empresas que, sem participar no cartel na acepção desta última disposição, apenas facilitem a infracção ao direito da concorrência cometida pelos membros do cartel ou instiguem o cometimento de tal infracção não violam o artigo 81.º, n.º 1, CE e não lhes é aplicável uma coima por força do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Por conseguinte, ao declarar, na decisão impugnada, que a recorrente infringiu o artigo 81.º, n.º 1, CE e ao aplicar-lhe uma coima, a Comissão violou o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consagrado no artigo 7.º, n.º 1, da CEDH. Além disso, segundo a recorrente, a interpretação extensiva do artigo 81.º, n.º 1, CE, defendida pela Comissão, estende até ao infinito o elemento constitutivo da infracção prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE e viola, assim, o princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal (*nulla poena sine lege certa*).

81 A recorrente sustenta que, em direito comunitário da concorrência, há que fazer uma distinção entre, por um lado, os autores e, por outro, os instigadores e cúmplices de uma infracção. Esta distinção faz parte dos princípios gerais de direito comunitário, tendo em conta a consonância das normas dos ordenamentos jurídicos nacionais nessa matéria, como as previstas no § 27, n.º 1, do Strafgesetzbuch (Código Penal alemão), no artigo 48.º do Wetboek van Strafrecht (Código Penal neerlandês), no artigo 67.º do Código Penal belga, no artigo 121.º-7 do Código Penal francês, na section 8 do

Accessories and Abettors Act de 1861 (Código Penal do Reino Unido), no artigo 28.º, n.º 2, alínea b), e no artigo 29.º do Código penal (Código Penal espanhol) relativos à cumplicidade, nos artigos 46.º e 47.º do Poinikos kodikas (Código Penal grego), nos artigos 66.º e 67.º do Código Penal luxemburguês, nos artigos 26.º e seguintes do Código Penal (Código Penal português), no capítulo 23, secção 4, do Brottsbalk (Código Penal sueco) e no capítulo 5 do Rikoslaki (Código Penal finlandês). É igualmente reafirmada pelo artigo 2.º, n.º 1, da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades, de 26 de Julho de 1995 (JO C 316, p. 49), bem como pelo artigo 11.º do *Corpus Juris* que institui disposições penais para a protecção dos interesses financeiros da União Europeia (sob a direcção de Mireille Delmas-Marty, Economica, 1997).

82 Assim, quando são aplicadas sanções por força do Regulamento n.º 17, também há que distinguir os autores dos instigadores e cúmplices. Segundo a recorrente, em direito comunitário da concorrência, não existem, todavia, disposições legislativas que permitam punir o instigador ou o cúmplice de uma infracção. Por conseguinte, só pode ser sancionada uma pessoa que, enquanto autor de uma infracção, preenche o requisito relativo à constituição da infracção prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE. Em contrapartida, os cúmplices ou os instigadores de uma infracção não são puníveis.

83 Ora, uma interpretação contrária e extensiva do artigo 81.º, n.º 1, CE, como a que foi feita pela Comissão no caso em apreço, viola o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da CEDH, e o artigo 49.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O TEDH reconheceu que o artigo 7.º da CEDH consagra esse princípio, bem como o princípio que determina a proibição da interpretação extensiva da lei penal, nomeadamente por analogia, em prejuízo do acusado. Daqui decorre que uma infracção deve ser claramente definida pela própria lei (v. TEDH, acórdão Streletz e o. c. Alemanha de 22 de Março de 2001, n.º 34044/96 e o., *Colectânea dos acórdãos e decisões* 2001-II, § 50 e jurisprudência aí referida).

84 A recorrente considera que o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), enquanto princípio geral de direito comunitário, também se aplica ao procedimento administrativo de carácter repressivo previsto no Regulamento n.º 17 e, em particular, às coimas previstas no artigo 15.º, n.º 2, do referido regulamento. Isto resulta, por um lado, do artigo 6.º, n.º 2, UE e, por outro, da jurisprudência (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 1996, X, C-74/95 e C-129/95, Colect., p. I-6609, n.º 25; acórdãos Brugg Rohrsysteme/Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.ºs 109 e 122, e LR AF 1998/Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.ºs 209 e 210). Além disso, trata-se de um princípio intrínseco do Estado de Direito, que assegura uma protecção efectiva contra os processos e as sanções arbitrários (v. TEDH, acórdão Streletz e o. c. Alemanha, já referido no n.º 83 *supra*, § 50 e jurisprudência aí referida).

— Quanto ao conceito de autor, na acepção do artigo 81.º CE

85 A recorrente salienta que o princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal (*nulla poena sine lege certa*) consagrado no artigo 7.º, n.º 1, da CEDH (v. n.º 80) impõe que se adopte uma concepção estrita do conceito de autor de uma infracção, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE (v., igualmente, acórdãos do Tribunal de Justiça, X, já referido no n.º 84 *supra*, n.º 25, e de 2 de Outubro de 2003, Krupp Hoesch/Comissão, C-195/99 P, Colect., p. I-10937, n.º 86). Este princípio destina-se a garantir que a sanção em que se incorre por infringir uma norma, como a sanção prevista no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, seja previsível para o destinatário dessa norma, e que o poder decisório da autoridade competente seja enquadrado de um modo que exclua decisões «surpresa». O Tribunal de Justiça declarou, com efeito, que uma sanção prevista pelo direito comunitário, mesmo de carácter não penal, só pode ser aplicada se assentar numa base legal clara e inequívoca (acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Setembro de 1984, Könecke, 117/83, Recueil, p. 3291, n.º 11, e de 18 de Novembro de 1987, Maizena, 137/85, Colect., p. 4587, n.º 15).

86 Além disso, um acto de direito comunitário tem de ser tanto mais preciso quanto mais intensamente afectar o indivíduo. O Tribunal de Justiça pronunciou-se neste sentido, afirmando que a exigência de clareza jurídica é particularmente imperiosa num

domínio em que qualquer incerteza pode levar à aplicação de sanções particularmente sensíveis (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1980, Comissão/Reino Unido, 32/79, Recueil, p. 2403, n.º 46). Atendendo ao limite máximo particularmente elevado do montante das coimas que podem ser aplicadas por força do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, o que é confirmado pela prática recente da Comissão, o princípio da legalidade das penas justifica a aplicação de uma concepção estrita do conceito de autor no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE. Do mesmo modo, a interpretação extensiva do artigo 81.º, n.º 1, CE, defendida pela Comissão, ultrapassa amplamente uma simples clarificação gradual das regras da responsabilidade penal pela interpretação jurisprudencial, devido à sua incompatibilidade com, por um lado, a definição geralmente aceite do conceito de «acordo» e, por outro, a ideia fundamental de autonomia subjacente às disposições em matéria de concorrência.

87 A recorrente alega que, no caso em apreço, não foi autora de uma infracção, uma vez que não tinha nem a qualidade de parte no cartel nem a de associação de empresas. Na verdade, o que fez para a AKZO, a Atochem/Atofina e a PC/Degussa constituem meros actos de cumplicidade que não são constitutivos de uma infracção, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. À luz das regras nacionais acima referidas no n.º 81, a distinção entre os autores da infracção e os participantes deve fazer-se com base em critérios objectivos. Só é autor punível de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE quem pertencer às categorias de pessoas enunciadas no artigo 81.º, n.º 1, CE e cometer o acto aí mencionado. Em contrapartida, é cúmplice não punível quem, sem preencher os requisitos relativos à constituição de uma infracção, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, facilite conscientemente, por ajuda ou assistência, a preparação ou o cometimento da infracção.

88 Com efeito, as infracções previstas nos artigos 81.º CE e 82.º CE fazem parte da categoria de infracções ditas «especiais», uma vez que esses artigos restringem o círculo de empresas que podem ser autoras dessas infracções às empresas com características específicas, concretamente, no caso do artigo 81.º CE, as empresas que sejam partes contratantes num acordo restritivo da concorrência. Isto resulta da formulação «acordos entre empresas» que consta do artigo 81.º, n.º 1, CE e é confirmado pela

jurisprudência (acórdão Krupp Hoesch/Comissão, já referido no n.º 85 *supra*, n.º 86). Assim, só pode ser aplicada uma coima, nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a uma empresa que seja parte contratante num acordo restritivo da concorrência.

89 A recorrente alega que a letra e a finalidade do artigo 81.º, n.º 1, CE, que se destina a proteger a concorrência, fazem depender a qualidade de autor da questão de saber se a empresa em causa é um concorrente, sujeita ao jogo da concorrência e está, por conseguinte, obrigada a adoptar um determinado comportamento concorrencial. Só a empresa sujeita a essa obrigação específica ligada ao objectivo da livre concorrência é destinatária dessa norma. Com efeito, um acordo restritivo da concorrência só pode ser celebrado entre empresas que tenham, no mercado em causa, a qualidade de concorrente, vendedor ou comprador.

90 Por conseguinte, uma empresa só pode ser qualificada de autora de uma infracção quando o acordo restritivo da concorrência tenha ocorrido no âmbito do seu próprio sector de actividade. A restrição do círculo de autores da infracção resulta também da jurisprudência relativa à exigência dita de «autonomia» subjacente às regras do Tratado em matéria de concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum. Assim, esta exigência de autonomia opõe-se rigorosamente a qualquer contacto directo ou indirecto entre esses operadores que tenha por objecto ou por efeito influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial ou revelar a esse concorrente o comportamento que eles próprios decidiram ou tencionam adoptar no mercado (acórdãos do Tribunal de Justiça, Suiker Unie e o./Comissão, já referido no n.º 24 *supra*, n.º 174, e de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão, C-199/92 P, Colect., p. I-4287, n.º 160).

— Quanto à cumplicidade não punível da recorrente

91 A recorrente salienta que não foi parte no acordo restritivo da concorrência entre os produtores de peróxidos orgânicos e que, assim, não infringiu a exigência de autonomia subjacente ao direito da concorrência. Efectivamente, não contactou os seus próprios concorrentes nem influenciou ou tentou influenciar o seu comportamento no mercado. Uma vez que a sua actividade económica é alheia ao mercado dos peróxidos orgânicos, que foi objecto da infracção, a recorrente não preenche os requisitos relativos à constituição da infracção prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE e não pode ser considerada autora da infracção. De igual modo, é errada a tese da Comissão segundo a qual o acordo de 1971 e os contratos de serviços entre a recorrente, por um lado, e a AKZO, a Atochem/Atofina e a PC/Degussa, por outro, constituem um suposto «acordo global e único» que implica a participação da recorrente. Com efeito, o preâmbulo do acordo de 1971, ao enumerar as partes nesse acordo, apenas refere os produtores de peróxidos orgânicos (considerando 80 da decisão impugnada).

92 Ora, a recorrente nunca foi parte no referido acordo (considerando 339 da decisão impugnada), que serviu de base às actividades do cartel entre 1971 e 1999 (considerandos 89, 90 e 316 da decisão impugnada), nem poderia ter sido, pelo facto de a sua actividade económica ser alheia ao mercado em causa. Todavia, a Comissão qualificou a participação da recorrente em determinados elementos do cartel de infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, violando a letra dessa disposição. Por outro lado, mesmo admitindo que a recorrente tivesse efectivamente exercido as funções que erradamente lhe atribui a Comissão (considerando 334 da decisão impugnada), essa actividade, uma vez que a recorrente não participou directamente no acordo restritivo da concorrência no mercado em causa, não é susceptível de infringir o artigo 81.º, n.º 1, CE, antes consubstanciando uma cumplicidade não punível.

— Quanto à prática decisória anterior contrária da Comissão

93 A recorrente sustenta, além disso, que a posição adoptada pela Comissão na decisão impugnada contraria a sua prática decisória anterior, desde 1983, segundo a qual as empresas de consultoria, não presentes no mercado objecto da infracção, não são consideradas partes no acordo restritivo da concorrência e, portanto, não são consideradas autoras de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE. A tese contrária, ainda defendida pela Comissão na sua Decisão 80/1334/CEE, de 17 de Dezembro de 1980, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/29.869 — Vidro em bruto — Itália) (JO L 383, p. 19, a seguir «decisão vidro em bruto — Itália»), viola o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), uma vez que a empresa de consultoria em causa não é parte no acordo restritivo da concorrência, mas um simples cúmplice. Por esta razão, foi acertadamente que a Comissão abandonou tacitamente essa tese desde 1983. Na sua Decisão 83/546/CEE, de 17 de Outubro de 1983, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/30.064 — Cilindros de ferro e aço fundidos) (JO L 317, p. 1, a seguir «decisão cilindros de ferro e aço fundidos»), só qualificou de autoras de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE as empresas presentes no mercado objecto da infracção e que tinham sido partes no acordo restritivo da concorrência, e não a empresa de consultoria responsável pela gestão, nomeadamente, do sistema de troca de informações entre os membros do cartel (considerandos 10 e seguintes). Esta mesma posição foi seguida pela Comissão nas suas Decisões 86/398/CEE, de 23 de Abril de 1986, relativa a um processo para aplicação do artigo [81.º CE] (IV/31.149 — Polipropileno) (JO L 230, p. 1, a seguir «decisão polipropileno»), considerando 66, 89/191/CEE, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/31.866, LdPE) (JO 1989, L 74, p. 21, a seguir «decisão LdPE»), considerandos 11 e 19, e 94/601/CE, de 13 de Julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/C/33.833 — Cartão) (JO L 243, p. 1, a seguir «decisão cartão»), considerandos 2, 27 e seguintes, 33, 37, 61 e seguintes, 134 e 162.

94 A Comissão não pode afirmar que, no caso em apreço, a recorrente desempenhou um papel mais importante do que as empresas de consultoria nos processos acima referidos. Ao invés, ao contrário das empresas de consultoria implicadas nos processos no âmbito dos quais foram proferidas as decisões cilindros de ferro e aço fundidos e

cartão, a recorrente quase nunca participou nas reuniões de finalidade anticoncorrencial (v. n.os 72 e seguintes). Além disso, as outras acusações que foram feitas à recorrente não são pertinentes nem têm nenhuma relação com o cartel. Assim, o sistema de informação no mercado baseado em estatísticas oficiais não viola o artigo 81.º, n.º 1, CE (acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, Eurofer/Comissão, C-179/99 P, Colect., p. I-10725, n.º 44, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Março de 1999, Eurofer/Comissão, T-136/94, Colect., p. II-263, publicação por extractos, n.º 186), uma vez que não envolve a transmissão entre concorrentes de informações abrangidas pelo segredo comercial. Tendo em conta a prática decisória constante da Comissão, isto é tanto mais verdade quanto uma empresa de consultoria se limita a explorar os números de vendas que lhe são comunicados, sem que por isso participe na troca de informações sensíveis enquanto tal [Decisão 94/599/CE da Comissão, de 27 de Julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/31.865 — PVC) (JO L 239, p. 14), considerando 12; decisão LdPE, considerando 11; decisão polipropileno, considerando 66]. Por último, a auditoria aos números de vendas comunicados pelos membros do cartel efectuada por peritos em contabilidade independentes não é restritiva da concorrência, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Consequentemente, as referidas actividades de «secretariado» da recorrente, que estão ligadas ao cartel, constituem meros actos de cumplicidade.

— Quanto ao facto de a recorrente não ter controlo sobre o cartel e de não haver um nexo de causalidade entre a sua actividade e a restrição da concorrência

95 A recorrente salienta que não tinha qualquer controlo sobre a infracção. As decisões relativas à execução, à gestão e à orientação do cartel foram tomadas exclusivamente pelos três produtores de peróxidos orgânicos. Por conseguinte, não há um nexo de causalidade entre a actividade da recorrente e a restrição da concorrência no mercado dos peróxidos orgânicos. Enquanto mandatária ao abrigo do direito suíço das obrigações, sujeita às instruções desses produtores e a uma obrigação de confidencialidade, a recorrente foi apenas o instrumento dos membros do cartel. Esta razão é suficiente para que a recorrente não possa ser considerada co-autora da infracção da mesma forma que os produtores de peróxidos orgânicos. O facto de a recorrente não ter controlo sobre a infracção resulta igualmente da circunstância de não ter participado na

actividade de conluio propriamente dita, ou seja, a troca de informações entre os produtores por telecópia, por telefone celular e nas reuniões dos grupos de trabalho nas quais não esteve presente (v. n.os 72 e seguintes).

96 A recorrente sustenta, além disso, que, contrariamente à afirmação que consta do considerando 345 da decisão impugnada, no que diz respeito aos serviços que prestou no âmbito do cartel, como o reembolso das despesas de deslocação, podia ter sido substituída em qualquer altura quer pelos próprios produtores de peróxidos orgânicos quer por outra empresa de consultoria, sem que isso perturbasse o funcionamento do cartel como a saída de um dos produtores.

97 Tendo em conta as considerações precedentes, a recorrente considera que devia ser qualificada de cúmplice não punível dos três produtores de peróxidos orgânicos envolvidos no cartel. A este respeito, é indiferente que a recorrente tenha tido conhecimento parcial do referido cartel, uma vez que esse conhecimento não é suficiente para concluir que ela própria cometeu uma infracção (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, C-286/98 P, Colect., p. I-9925, n.º 39; conclusões do advogado-geral J. Mischo neste processo, Colect., p. I-9928, n.º 80).

— Quanto à qualificação errada da recorrente de «associação de empresas»

98 A recorrente contesta, por último, a sua qualificação de «associação de empresas», no artigo 1.º e nos considerandos 347, 373 e 464 da decisão impugnada. Ao interpretar este conceito extensivamente, a Comissão viola a proibição da analogia, corolário do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consagrado no artigo 7.º, n.º 1, da CEDH (v. n.º 83 *supra*), que se aplica igualmente no âmbito do procedimento administrativo repressivo previsto no Regulamento n.º 17. Com efeito, correntemente, uma empresa de consultoria, como a recorrente, não é uma «associação de empresas», isto é, uma estrutura organizacional composta por empresas

que são seus membros. A recorrente não é composta por empresas membros, é uma empresa independente controlada exclusivamente por pessoas singulares na qualidade de accionistas. Do mesmo modo, está ligada aos seus clientes, não por uma ligação estrutural, mas no âmbito de um mandato puramente contratual.

99 A tese da Comissão contraria igualmente o sentido e a finalidade do conceito de associação de empresas. Este conceito não tem por objectivo permitir que os cúmplices dos membros de um cartel sejam punidos, mas destina-se, na verdade, a evitar que as empresas possam furtar-se às regras de concorrência devido apenas à forma segundo a qual coordenam o seu comportamento no mercado e, portanto, a abranger também as formas institucionalizadas de cooperação por intermédio de uma estrutura colectiva ou de um órgão comum (conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Wouters e o., acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, C-309/99, Colect., pp. I-1577, I-1582, n.º 62). Em contrapartida, no caso em apreço, os produtores de peróxidos orgânicos não agiram por intermédio de uma estrutura colectiva ou de um órgão comum, antes tendo coordenado o seu comportamento directamente, por telecópia, por telefone e nas reuniões dos grupos de trabalho. A este respeito, a recorrente limitou-se a dar assistência administrativa ou logística, não representando a «estrutura colectiva» ou o «órgão colectivo» desses produtores.

100 A recorrente conclui que, enquanto cúmplice não punível da AKZO, da Atochem/ /Atofina e da PC/Degussa, não é culpada de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE e que o facto de a Comissão lhe ter imputado a referida infracção é contrário ao princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

b) Argumentos da Comissão

Quanto ao quadro factual da decisão impugnada

101 No que diz respeito ao quadro factual pertinente, a Comissão sustenta, no essencial, que a recorrente não põe em causa o facto de ter guardado no seu cofre, nomeadamente, os exemplares do acordo de 1971 e do acordo de 1975 pertencentes à Atochem/Atofina e à PC/Degussa. Além disso, a Comissão contesta o facto de a recorrente ter qualificado de forma isolada o sistema oficial de informação sobre o mercado e considera que este deve ser reposto no contexto do cartel. Com efeito, a recolha, a preparação, o controlo dos números e a elaboração das estatísticas, com perfeito conhecimento de causa e para efeitos anticoncorrenciais, no âmbito desse sistema, constituíram, juntamente com a participação nas reuniões, a proposta de quotas e o cálculo dos desvios em relação às quotas acordadas, uma condição essencial de funcionamento do cartel.

102 Por outro lado, não foi contestado que a recorrente participou em cinco reuniões em Zurique entre 1994 e 1998, sendo quatro delas reuniões «de alto nível», bem como na reunião com representantes da AKZO em Amersfoort. A recorrente admitiu igualmente ter reservado a sala de reunião para três encontros «oficiosos» em Zurique entre 1997 e 1998. Tendo em conta estes factos assentes, a recorrente não pode minimizar a sua participação pela utilização de termos como «raramente» ou «quase nunca». A recorrente também não contesta ter calculado os desvios em relação às quotas acordadas pelo menos até 1995 ou 1996. Exerceu também as funções de uma câmara de compensação para se assegurar de que as reuniões de finalidade anticoncorrencial não deixariam quaisquer vestígios nas contas das empresas participantes. Assim, foi a própria recorrente que se assegurou, aquando do reembolso, de que nenhum objecto fosse mencionado nas ordens de pagamento internas preenchidas e assinadas pelo Sr. S. A Comissão contesta, por último, o argumento da recorrente segundo o qual a decisão impugnada se baseia em declarações supostamente não credíveis da AKZO. A este respeito, a Comissão refere que as diversas declarações

quanto aos factos pertinentes, mesmo aquelas cuja credibilidade é necessariamente mínima, podem reforçar-se mutuamente (acórdão Mannesmannröhren-Werke/ /Comissão, já referido no n.º 77 *supra*, n.º 87).

Quanto à violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

103 A Comissão contesta que a decisão impugnada viole o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Rejeita as premissas da recorrente segundo as quais, em direito comunitário da concorrência, à semelhança do que acontece no direito penal de vários Estados-Membros, há que distinguir formalmente os autores dos instigadores e cúmplices. Nem o direito primário nem o direito derivado pertinentes operam tal distinção. Além disso, como confirma o artigo 15.º, n.º 4, do Regulamento n.º 17, o procedimento administrativo previsto nesse regulamento não tem carácter penal (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão, T-83/91, Colect., p. II-755, n.º 235). Por outro lado, não é necessário estabelecer essa distinção formal em direito comunitário da concorrência, uma vez que a existência de diferentes formas de participação e a gravidade da contribuição para a infracção podem ser tomadas em consideração no âmbito da determinação do montante da coima (conclusões da advogada-geral C. Stix-Hackl no processo Krupp Hoesch/Comissão, já referido no n.º 85 *supra*, Colect., p. I-10941, nota de pé de página n.º 15).

104 Ora, não havendo uma regra que distinga o autor do participante, pode ser aplicada uma coima, por força do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a qualquer pessoa que preencha os requisitos relativos à constituição da infracção prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE. A Comissão acrescenta que o imperativo, decorrente do princípio da segurança jurídica, de que os actos jurídicos da Comunidade sejam claros e a sua aplicação suficientemente previsível para as pessoas em causa não exclui que seja necessário, por vezes, interpretar esses actos. Com efeito, o TEDH reconhece igualmente a necessidade de pôr na balança, por um lado, a obrigação de precisão ou determinabilidade e a proibição da analogia em matéria penal nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da CEDH e, por outro, a interpretação jurisprudencial destinada, nomeadamente, à clarificação gradual

das regras da responsabilidade penal de um processo para outro (v. TEDH, acórdão S. W. de 22 de Novembro de 1995, série A, n.º 335-B, § 36). Por conseguinte, é autor de uma infracção quem preencha os requisitos do artigo 81.º, n.º 1, CE.

105 A Comissão contesta a alegação da recorrente segundo a qual a mesma não é parte no cartel nem podia sê-lo. O acordo de 1971, celebrado entre os produtores de peróxidos orgânicos, e os contratos de serviços, celebrados entre a recorrente e os referidos produtores, devem ser qualificados de elementos essenciais de um cartel global e único. Dado que os contratos de serviços serviam para executar o acordo de 1971, devem ser apreciados juntamente com o referido acordo, enquanto acordos complementares e acessórios (considerandos 339 e 340 da decisão impugnada; v., igualmente, decisão vidro em bruto — Itália).

106 A este respeito, não é necessário, à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE, que a recorrente, na sua qualidade de empresa de consultoria, exerça a sua actividade no mercado em causa enquanto concorrente do lado da oferta ou da procura. Também não é necessário que se verifique uma restrição da autonomia comercial das empresas em causa e da concorrência entre elas, antes bastando uma qualquer restrição da concorrência no seio do mercado comum. Isto corresponde ao objectivo do artigo 81.º CE, que, por força do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, faz parte de um sistema que garante que a concorrência não seja falseada no mercado interno [v., igualmente, considerando 9 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1)].

107 Com efeito, o artigo 81.º, n.º 1, CE é aplicável não só aos acordos «horizontais» mas igualmente aos acordos «verticais» restritivos da concorrência, celebrados entre empresas situadas em diferentes níveis da cadeia de distribuição (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão da CEE, 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423), ou mesmo entre empresas activas em mercados distintos. A

este respeito, o conceito de acordo destina-se unicamente a permitir estabelecer uma distinção entre a coordenação proibida e o comportamento paralelo autorizado (v., igualmente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Dezembro de 2003, Adriatica di Navigazione/Comissão, T-61/99, Colect., p. II-5349, n.º 89). Por outro lado, a infracção prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE é um «crime de perigo abstracto» (*abstraktes Gefährdungsdelikt*), na medida em que essa disposição visa igualmente o objecto da restrição da concorrência, ou seja, o carácter perigoso do cartel para a concorrência, abstraindo do caso concreto.

108 A Comissão recorda, em seguida, a jurisprudência segundo a qual a simples participação em reuniões que tenham uma finalidade anticoncorrencial e a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo nem a denunciar às entidades administrativas, constitui um modo passivo de participação na infracção susceptível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito de um acordo único (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.os 83 e 84; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/89, Colect., p. II-1711, n.º 232; de 10 de Março de 1992, Solvay/Comissão, T-12/89, Colect., p. II-907, n.º 98; e de 6 de Abril de 1995, Tréfileurope/Comissão, T-141/89, Colect., p. II-791, n.os 85 e 86). O mesmo se diga, por maioria de razão, da participação activa de uma empresa num cartel, independentemente da questão de saber se essa empresa exerce ou não a sua actividade no mercado em causa.

109 Ora, no caso em apreço, a recorrente não se comportou como um cúmplice passivo do cartel, antes nele tendo participado activamente como organizadora e garante da sua perfeita execução (considerando 343 da decisão impugnada). Graças às suas actividades, a recorrente contribuiu consideravelmente para manter em vigor e para dissimular o cartel, e portanto para restringir grave e duradouramente a concorrência no mercado dos peróxidos orgânicos. Segundo a Comissão, estes são elementos necessários e suficientes para servir de base à sua responsabilidade nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE. A este respeito, é indiferente que aquele que participa numa infracção tire ou não proveito dessa participação (acórdão Krupp Hoesch/Comissão, já referido no n.º 85 *supra*), uma vez que o artigo 81.º, n.º 1, CE não se baseia no critério do enriquecimento, mas no da colocação da concorrência em risco.

110 De qualquer forma, a recorrente tirou directamente proveito do bom funcionamento do cartel (considerando 342 da decisão impugnada). Segundo a Comissão, também não é determinante que um participante possa ou não influenciar directamente os preços e as quantidades enquanto parâmetros da concorrência (v., por analogia, acórdão Brugg Rohrsysteme/Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 61), sob pena de ser posto em causa o efeito útil da proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE abrindo-se a possibilidade de a contornar através da contratação de «prestadores especializados de serviços colusórios» encarregados de organizar, manter e dissimular o cartel.

111 Consequentemente, a Comissão considera que o presente fundamento não deve ser acolhido.

2. *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

a) Observações preliminares

112 Há que salientar, antes de mais, que a recorrente não contesta, enquanto tal, o montante da coima que lhe foi aplicada pela decisão impugnada. Através do presente fundamento, a recorrente sustenta, no essencial, que, ao considerá-la responsável pelo cometimento de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE e ao aplicar-lhe uma coima, a Comissão ultrapassou os limites do poder decisório que lhe é conferido pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e infringiu o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da CEDH. A este respeito, a Comissão devia ter levado em conta o facto de a recorrente ser apenas um cúmplice não punível do cartel, não podendo, portanto, ser qualificada de empresa ou associação de empresas «autora» de uma infracção, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE.

113 Em seguida, importa referir que o procedimento perante a Comissão, nos termos do Regulamento n.º 17, é tão-só de natureza administrativa (v., neste sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 200; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Colect., p. II-491, n.os 717 e 718) e que, por conseguinte, os princípios gerais de direito comunitário, nomeadamente, o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tais como se aplicam ao direito comunitário da concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.os 215 a 223), não devem necessariamente ter o mesmo alcance que têm quando são aplicados a uma situação abrangida pelo direito penal em sentido estrito.

114 Para determinar se há que distinguir, relativamente à proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE e ao princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), a empresa «autora» de uma infracção da empresa «cúmplice» não punível, o Tribunal considera que se deve proceder a uma interpretação literal, contextual e teleológica do artigo 81.º, n.º 1, CE (v., no que diz respeito à metodologia, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Novembro de 2002, Lagardère e Canal+/Comissão, T-251/00, Colect., p. II-4825, n.os 72 e seguintes, e de 6 de Outubro de 2005, Sumitomo Chemical e Sumika Fine Chemicals/Comissão, T-22/02 e T-23/02, Colect., p. II-4065, n.os 41 e seguintes).

b) Quanto à interpretação literal do artigo 81.º, n.º 1, CE

115 O artigo 81.º, n.º 1, CE dispõe que «[s]ão incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de

empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum».

116 Há que questionar, nomeadamente, o alcance dos termos «acordos entre empresas».

117 A este respeito, o Tribunal refere, em primeiro lugar, que, até à data, o juiz comunitário ainda não se pronunciou, de modo expresso, sobre a questão de saber se os conceitos de acordo e de empresa que constam do artigo 81.º, n.º 1, CE se baseiam numa concepção «unitária», que engloba qualquer empresa que tenha contribuído para o cometimento de uma infracção, independentemente do sector económico em que exerce normalmente a sua actividade, ou, como sustenta a recorrente, numa concepção «bipolar», que distingue as empresas «autoras» das empresas «cúmplices» da infracção. Há que recordar, além disso, que a recorrente alega que o texto do artigo 81.º, n.º 1, CE contém uma lacuna, uma vez que, ao referir a «empresa» autora da infracção e a sua participação num «acordo», só inclui determinadas empresas que têm características específicas e só visa determinadas formas de participação. Consequentemente, só se pode aplicar o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) para excluir a interpretação extensiva do texto dessa disposição diante de um conceito de empresa e de um conceito de acordo limitados e, portanto, perante um âmbito de aplicação, neste sentido, restrito do artigo 81.º, n.º 1, CE.

118 No que diz respeito ao termo «acordo», o Tribunal verifica, antes de mais, que não é senão outra expressão para designar um comportamento coordenado/colusório e restritivo da concorrência, ou mesmo um acordo em sentido amplo, em que participam pelo menos duas empresas distintas que exprimiram a sua vontade comum de se comportar no mercado de determinada maneira (v., neste sentido, acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.ºs 79 e 112; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2000, Bayer/Comissão, T-41/96, Colect., p. II-3383, n.ºs 67 e 173, e de 27 de Setembro de 2006, Dresdner Bank e o./Comissão, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP e T-61/02 OP, Colect., p. II-3567, n.ºs 53 a 55). Além disso, para constituir um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE,

basta que um acto ou um comportamento aparentemente unilaterais sejam expressão da vontade concordante de pelo menos duas partes, não sendo a forma como se manifesta essa concordância, por si só, determinante (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2006, Comissão/Volkswagen, C-74/04 P, Colect., p. I-6585, n.º 37). Este conceito amplo de acordo é confirmado pelo facto de ser igualmente abrangida pela proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE a prática concertada que consiste numa forma de coordenação entre empresas sem levar à celebração de uma convenção propriamente dita (v., neste sentido, acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.º 115 e jurisprudência aí referida).

119 No caso em apreço, coloca-se a questão de saber se, como alega a recorrente, o cartel tem de actuar num sector de actividade específico, ou mesmo num mercado de produtos ou de serviços, de modo que só as empresas activas nesse sector ou nesse mercado na sua qualidade de concorrentes, de vendedores ou de compradores podem coordenar o seu comportamento enquanto empresas (co-)autoras de uma infracção.

120 Ora, a este respeito, há que recordar que o artigo 81.º, n.º 1, CE se aplica não só aos acordos «horizontais» entre empresas que exercem uma actividade comercial no mesmo mercado de produtos ou de serviços pertinente mas igualmente aos acordos «verticais», que implicam a coordenação de um comportamento entre empresas activas a níveis distintos da cadeia de produção e/ou de distribuição e, portanto, que operam em mercados de produtos ou de serviços distintos [v., a este respeito, acórdãos do Tribunal de Justiça, Consten e Grundig/Comissão da CEE, já referido no n.º 107 *supra*, pp. 493 e 494; de 6 de Janeiro de 2004, BAI e Comissão/Bayer, C-2/01 P e C-3/01 P, Colect., p. I-23; de 6 de Abril de 2006, General Motors/Comissão, C-551/03 P, Colect., p. I-3173; Comissão/Volkswagen, já referido no n.º 118 *supra*; e despacho do Tribunal de Justiça de 28 de Setembro de 2006, Unilever Bestfoods/Comissão, C-552/03 P, Colect., p. I-9091; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 2001, M6 e o./Comissão, T-112/99, Colect., p. II-2459, n.ºs 72 e seguintes; v., igualmente, Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º [CE] a

determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336, p. 21), e Comunicação (2000/C 291/01) da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais (JO C 291, p. 1)].

121 Resulta também da jurisprudência que, para ser abrangido pela proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE, basta que o acordo em causa restrinja a concorrência em mercados vizinhos e/ou emergentes em que pelo menos uma das empresas participantes (ainda) não esteja presente [v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Maio de 2006, O2 (Germany)/Comissão, T-328/03, Colect., p. II-1231, n.ºs 65 e seguintes; v., igualmente, relativamente à aplicação do artigo 82.º CE, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, C-333/94 P, Colect., p. I-5951].

122 A este respeito, as fórmulas utilizadas pela jurisprudência «vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada» (acórdão Bayer/Comissão, já referido no n.º 118 *supra*, n.º 67) ou «expressão fiel da vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento no mercado comum» (acórdão ACF Chemiefarma/ /Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 112) tendem a realçar o elemento «vontade comum» e não exigem uma perfeita coincidência entre o mercado pertinente em que a empresa «autora» da restrição da concorrência exerce a sua actividade e aquele em que essa restrição deverá materializar-se. Por conseguinte, qualquer restrição da concorrência no mercado comum pode ser um «acordo entre empresas», na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Esta conclusão é corroborada pelo critério da existência de um acordo que tenha por objecto restringir a concorrência no mercado comum. Este critério implica que uma empresa possa violar a proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE quando o seu comportamento, coordenado com o de outras empresas, tenha por finalidade restringir a concorrência num específico mercado pertinente no âmbito do mercado comum, sem que isso pressuponha necessariamente que ela própria exerça a sua actividade no referido mercado pertinente.

123 Resulta das considerações precedentes que uma interpretação literal dos termos «acordos entre empresas» não impõe uma interpretação estrita do conceito de autor da infracção como preconizada pela recorrente.

c) Quanto à interpretação contextual e teleológica do artigo 81.º, n.º 1, CE

Quanto à exigência relativa à restrição da autonomia comercial

124 Em apoio do seu fundamento, a recorrente alega, além disso, que o conceito de autor da infracção implica necessariamente que este limite a sua própria autonomia comercial em relação aos seus concorrentes e infrinja assim a exigência de autonomia subjacente ao artigo 81.º, n.º 1, CE, segundo a qual os operadores económicos devem determinar de modo autónomo a política que pretendem praticar no mercado comum.

125 Ora, como afirma a recorrente por referência à jurisprudência pertinente, a exigência de autonomia foi desenvolvida, nomeadamente, no âmbito da jurisprudência relativa à distinção entre as práticas concertadas proibidas e o comportamento paralelo lícito entre concorrentes (v., neste sentido, acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.os 115 a 117 e jurisprudência aí referida; acórdão Adriatica di Navigazione/Comissão, já referido no n.º 107 *supra*, n.º 89). Além disso, resulta da distinção operada pela jurisprudência entre um acordo restritivo da concorrência, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, por um lado, e uma simples medida unilateral de uma empresa destinada a impor determinado comportamento a outras empresas, por outro, que a restrição da concorrência deve resultar da manifestação suficientemente demonstrada de uma vontade concordante entre as empresas envolvidas quanto à concretização de um comportamento determinado (v., neste sentido, acórdãos BAI e

Comissão/Bayer, já referido no n.º 120 *supra*, n.os 96 a 102 e 141, e Comissão/ /Volkswagen, já referido no n.º 118 *supra*, n.º 37). Daqui decorre que, contrariamente ao que alega a recorrente, a exigência de autonomia não está directamente relacionada com a questão, que, no caso em apreço, não é pertinente (v. n.os 120 a 123 *supra*), de saber se as empresas que restringem a sua liberdade comercial exercem ou não a sua actividade no mesmo sector ou no mesmo mercado pertinente, mas antes com os conceitos de «prática concertada» e de «acordo», exigindo estes conceitos a prova de uma manifestação suficientemente clara e precisa de um acordo de vontades entre as empresas envolvidas.

126 Por outro lado, a recorrente sobrestima a importância do critério da limitação da liberdade comercial no âmbito da apreciação da existência de uma restrição da concorrência, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Como decorre de uma jurisprudência constante, nem todos os acordos entre empresas nem todas as decisões de uma associação de empresas que restrinjam a liberdade de acção das partes ou de uma delas caem necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 81.º, n.º 1, CE. De facto, para aplicar esta disposição a um caso concreto, antes de mais, há que atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos (acórdãos do Tribunal de Justiça, Wouters e o., já referido no n.º 99 *supra*, n.º 97, e de 18 de Julho de 2006, Meca-Medina e Majcen/Comissão, C-519/04 P, Colect., p. I-6991, n.º 42). A este respeito, o Tribunal declarou que não há que considerar, de forma completamente abstracta e indistinta, que qualquer acordo que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas cai necessariamente sob a alçada da proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE, antes sendo necessário, para efeitos da análise da aplicabilidade dessa disposição a um acordo, tomar em consideração o quadro concreto em que se insere, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou serviços visados por esse acordo e as condições reais de funcionamento e de estrutura do mercado (v. acórdão M6 e o./Comissão, já referido no n.º 120 *supra*, n.º 76 e jurisprudência aí referida).

127 À luz deste conceito contextual de restrição da concorrência, não está excluído, portanto, que uma empresa possa participar na aplicação dessa restrição mesmo que não limite a sua própria liberdade de acção no mercado em que exerce maioritariamente a sua actividade. Com efeito, qualquer outra interpretação seria

susceptível de reduzir o alcance da proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE numa medida contrária ao seu efeito útil e ao seu objectivo principal, interpretado à luz do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, de garantir a manutenção de uma concorrência não falseada no mercado comum, uma vez que não permitiria reagir contra a contribuição activa de uma empresa para uma restrição da concorrência pelo simples facto de essa contribuição não emanar de uma actividade económica que fizesse parte do mercado pertinente em que essa restrição se materializa ou tem por objecto materializar-se. Importa salientar que, como alega a Comissão, só a responsabilidade de qualquer «empresa», na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, é susceptível de garantir plenamente esse efeito útil, uma vez que permite aplicar sanções e evitar a criação de novas formas de conluio através de empresas que não exerçam a sua actividade nos mercados visados pela restrição da concorrência, com o objectivo de contornar a proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE.

128 O Tribunal conclui que uma leitura dos termos «acordos entre empresas» à luz dos objectivos prosseguidos pelo artigo 81.º, n.º 1, CE e pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE tende a confirmar a existência de uma concepção de cartel e de empresa autora de uma infracção que não opera uma diferenciação consoante o sector ou o mercado em que as empresas em causa exercem a sua actividade.

Quanto às condições em que a participação de uma empresa num cartel constitui uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE

129 Em seguida, há que recordar a jurisprudência relativa aos requisitos que a participação de uma empresa num cartel tem de preencher para que possa ser responsabilizada enquanto co-autora da infracção.

130 Nesta matéria, basta que a Comissão demonstre que a empresa em causa participou em reuniões no decurso das quais foram concluídos acordos de natureza anticoncorrencial, sem a isso se ter manifestamente oposto, para fazer prova bastante da participação

da referida empresa no cartel. Para demonstrar a participação de uma empresa num cartel único, constituído por uma série de comportamentos ilegais ao longo do tempo, a Comissão tem de provar que a referida empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objectivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspectivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objectivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco inerente. A este respeito, a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo nem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuidade da infracção e compromete a sua descoberta. Esta cumplicidade constitui um modo passivo de participação na infracção, que é, portanto, susceptível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito de um acordo único (v., neste sentido, acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.ºs 83 e 87; Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.ºs 81 a 84; e Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.ºs 142 e 143; v., igualmente, acórdão Tréfileurope/Comissão, já referido no n.º 108 *supra*, n.º 85 e jurisprudência aí referida). Além disso, resulta da jurisprudência que esses princípios se aplicam *mutatis mutandis* às reuniões em que tenham participado não só concorrentes produtores mas igualmente os seus clientes (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 2001, Tate & Lyle e o./Comissão, T-202/98, T-204/98 e T-207/98, Colect., p. II-2035, n.ºs 62 a 66).

131 Por outro lado, quanto à determinação da responsabilidade pessoal de uma empresa cuja participação no cartel não tem a mesma dimensão nem a mesma intensidade que as das outras empresas, decorre da jurisprudência que, se os acordos e práticas concertadas previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE resultam necessariamente do concurso de várias empresas que são todas co-autoras da infracção, mas cuja participação pode revestir diversas formas, em função, nomeadamente, das características do mercado em causa e da posição de cada empresa no mercado, das finalidades prosseguidas e das modalidades de execução escolhidas ou planeadas, a simples circunstância de cada empresa participar na infracção de acordo com formas que lhe são próprias não basta para excluir a sua responsabilidade no conjunto da infracção, incluindo nos comportamentos que são materialmente praticados por outras empresas participantes, mas que partilham do mesmo objecto ou do mesmo efeito anticoncorrencial (acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.ºs 78 a 80).

132 Assim, o facto de uma empresa não ter participado em todos os elementos constitutivos de um cartel ou de ter desempenhado um papel secundário nos elementos em que participou não é pertinente para efeitos da determinação da existência de uma infracção que lhe é imputável. Ora, embora a importância eventualmente limitada da participação da empresa em causa não possa pôr em causa a sua responsabilidade pessoal pela infracção no seu todo, é, no entanto, susceptível de influenciar a apreciação da sua extensão e da sua gravidade e, portanto, a determinação da sanção (v., neste sentido, acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.º 90; Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 86; e Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.º 145).

133 Resulta das considerações precedentes que, quanto à relação entre concorrentes que operam no mesmo mercado pertinente e entre esses concorrentes e os seus clientes, a jurisprudência reconhece a co-responsabilidade das empresas co-autoras e/ou cúmplices de uma infracção, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, considerando que o requisito objectivo para a imputação à empresa em causa dos diversos comportamentos ilegais constitutivos do cartel no seu todo se encontra preenchido quando essa empresa contribuiu para a sua execução, ainda que de modo subordinado, acessório ou passivo, por exemplo, através de uma aprovação tácita e do facto de não denunciar esse cartel às autoridades, podendo a importância eventualmente limitada dessa contribuição ser levada em conta no âmbito da determinação da sanção.

134 A imputação da infracção no seu todo à empresa participante depende, além disso, da manifestação da sua vontade própria, que demonstre que subscreve, ainda que apenas tacitamente, os objectivos do cartel. Este requisito subjectivo, por um lado, é inerente ao critério da aprovação tácita do cartel e ao critério da falta de distanciamento público do seu conteúdo (acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 84, e Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.º 143; acórdão Tréfileurope/Comissão, já referido no n.º 108 *supra*, n.º 85), na medida em que estes critérios implicam a presunção de que a empresa em causa continua a subscrever os objectivos e a execução do cartel, e, por outro, constitui uma justificação para co-responsabilizar a empresa em causa, uma vez que pretendia contribuir, pelo seu próprio comportamento, para os objectivos comuns prosseguidos por todos os participantes e tinha conhecimento dos comportamentos ilegais dos outros participantes ou podia razoavelmente prevê-los e estava disposta a assumir esse risco (acórdãos Comissão/

/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.ºs 83 e 87, e Aalborg Portland e o./ /Comissão, já referido no n.º 23 *supra*, n.º 83).

135 A imputação à empresa em causa da infracção no seu todo só estará em conformidade com as exigências do princípio da responsabilidade pessoal se forem respeitados os requisitos acima referidos nos n.ºs 133 e 134 (v., neste sentido, acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.º 84).

136 Tendo em conta as considerações acima tecidas nos n.ºs 115 a 127, o Tribunal considera que esses princípios são aplicáveis, *mutatis mutandis*, à participação de uma empresa cuja actividade económica e experiência profissional lhe permitem não poder ignorar o carácter anticoncorrencial dos comportamentos em causa e dar, assim, um apoio não negligenciável ao cometimento da infracção. Nestas condições, o argumento da recorrente segundo o qual uma empresa de consultoria não pode ser considerada co-autora de uma infracção pelo facto de, por um lado, não exercer uma actividade económica no mercado pertinente afectado pela restrição da concorrência e, por outro, só de forma subordinada ter contribuído para a execução do cartel não pode ser acolhido.

Quanto à interpretação do artigo 81.º, n.º 1, CE à luz do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

137 Todavia, a recorrente sustenta, no essencial, que essa concepção «unitária» do autor de uma infracção, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, é incompatível com as exigências decorrentes, por um lado, do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), previsto no artigo 7.º, n.º 1, da CEDH, e, por outro, das normas comuns aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros relativas à

distinção entre autores e cúmplices aplicáveis tanto em direito penal como em direito da concorrência.

138 A este respeito, o Tribunal começa por salientar, como acima se referiu no n.º 45, que os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo juiz comunitário tendo especialmente em conta a CEDH como fonte de inspiração.

139 Importa recordar, em seguida, que o juiz comunitário aplicou o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) enquanto princípio geral de direito comunitário em processos relativos ao direito da concorrência, tomando em consideração a jurisprudência do TEDH (v. acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.os 215 e seguintes, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2006, Jungbunzlauer/Comissão, T-43/02, Colect., p. II-3435, n.os 71 e seguintes e jurisprudência aí referida). De um modo geral, esse princípio exige, nomeadamente, que toda a regulamentação comunitária, especialmente quando impõe ou permite impor sanções, seja clara e precisa, para que os interessados possam conhecer, sem ambiguidade, os direitos e obrigações dela resultantes e agir em conformidade. De igual modo, este princípio impõe-se tanto às normas de natureza penal como aos instrumentos administrativos específicos que impõem ou permitem impor sanções administrativas (v., neste sentido, acórdãos Maizena, já referido no n.º 85 *supra*, n.os 14 e 15, e X, já referido no n.º 84 *supra*, n.º 25), como as sanções impostas por força do Regulamento n.º 17.

140 Além disso, resulta da interpretação constante que o TEDH dá ao artigo 7.º, n.º 1, da CEDH que o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) aí consagrado impõe, nomeadamente, que não seja feita uma aplicação extensiva da lei penal em prejuízo do acusado, nomeadamente por analogia. Daqui decorre que uma infracção deve ser claramente definida pela lei, requisito que se encontra preenchido quando o particular consegue saber, a partir da redacção da disposição pertinente e, se necessário, com a ajuda da interpretação que lhe é dada pelos tribunais, quais os actos ou omissões que o fazem incorrer em responsabilidade penal.

A este respeito, o TEDH salientou que o conceito de direito utilizado no artigo 7.º da CEDH corresponde ao conceito de lei que consta de outros artigos da CEDH e que engloba o direito tanto de fonte legislativa como jurisprudencial e impõe condições de ordem qualitativa, nomeadamente as da acessibilidade e da previsibilidade (v. TEDH, acórdão Kokkinakis de 25 de Maio de 1993, série A, n.º 260-A, §§ 40, 41 e 52; acórdão S. W., já referido no n.º 104 *supra*, § 35; acórdão Cantoni c. França de 15 de Novembro de 1996, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 1996-V, p. 1627, § 29; acórdão Baskaya e Okçuoglu c. Turquia de 8 de Julho de 1999, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 1999-IV, p. 308, § 36; acórdão Coëme c. Bélgica de 22 de Junho de 2000, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 2000-VII, p. 1, § 145; acórdão E.K. c. Turquia de 7 de Fevereiro de 2002, petição n.º 28496/95, § 51; v., igualmente, acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.º 216).

141 Tendo em conta esta jurisprudência, o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) não pode ser interpretado no sentido de proscrever a clarificação gradual das regras da responsabilidade penal através da interpretação jurisprudencial (acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.º 217). Com efeito, segundo a jurisprudência do TEDH, por mais claramente que esteja redigida uma disposição legal, inclusivamente de direito penal, há inevitavelmente uma parte reservada à interpretação jurisprudencial e será sempre necessário dilucidar os pontos obscuros e adaptar o seu teor em função da evolução das circunstâncias. Além disso, segundo o TEDH, está solidamente ancorado na tradição jurídica dos Estados parte na CEDH que a jurisprudência, enquanto fonte de direito, contribui necessariamente para a evolução progressiva do direito penal (v. TEDH, acórdão S.W., já referido no n.º 104 *supra*, § 36). A este respeito, o TEDH reconheceu que são numerosas as leis que não têm uma precisão ou determinabilidade absoluta e que muitas delas, devido à necessidade de evitar uma rigidez excessiva e à necessidade de adaptação às alterações das circunstâncias, se servem, pela natureza das coisas, de fórmulas mais ou menos vagas, e que sua a interpretação e aplicação dependem da prática (v. TEDH, acórdão Kokkinakis, já referido no n.º 140 *supra*, §§ 40 e 52, e acórdão E.K. c. Turquia, já referido no n.º 140 *supra*, § 52; acórdão Jungbunzlauer/Comissão, já referido no n.º 139 *supra*, n.º 80). Assim, quando se aprecia o carácter determinado ou não dos conceitos utilizados, para além do próprio texto da lei, o TEDH leva igualmente em conta a jurisprudência constante e publicada (v. TEDH, acórdão G. de 27 de Setembro de 1995, série A, n.º 325-B, § 25).

142 No entanto, embora o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) permita, em princípio, a clarificação gradual das regras da responsabilidade penal por interpretação jurisprudencial, pode opor-se à aplicação retroactiva de uma nova interpretação de uma norma que erige uma infracção. É esse o caso, designadamente, quando se trata de uma interpretação jurisprudencial cujo resultado não era razoavelmente previsível no momento em que a infracção foi cometida, atenta, designadamente, a interpretação então acolhida na jurisprudência relativa à disposição legal em causa. Além disso, o conceito de previsibilidade depende em larga medida do conteúdo do texto em questão, do domínio que abrange, bem como do número e da qualidade dos seus destinatários, e não se opõe a que a pessoa em causa recorra a aconselhamento especializado a fim de avaliar, com um grau razoável, nas circunstâncias do caso, as consequências que podem resultar de um determinado acto. É, em especial, o que acontece com os profissionais habituados a ter de fazer prova de grande prudência no exercício da sua profissão. Por conseguinte, pode esperar-se que eles avaliem com particular cuidado os riscos que a mesma comporta (acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.ºs 217 a 219, fazendo referência ao acórdão Cantoni c. França, já referido no n.º 140 *supra*, n.º 35).

143 Resulta das considerações precedentes que a interpretação do alcance do artigo 81.º, n.º 1, CE e, em particular, dos termos «acordo» e «empresa», segundo a qual é abrangida pelo seu âmbito de aplicação qualquer empresa que tenha contribuído para a execução de um cartel, mesmo que não exerça a sua actividade no mercado pertinente afectado pela restrição da concorrência, tem de ter sido suficientemente previsível, na altura da perpetração dos factos objecto da acusação, à luz do texto dessa disposição tal como é interpretado pela jurisprudência.

144 A este respeito, importa referir que os termos «acordo» e «empresa», na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, são conceitos jurídicos indeterminados, sendo a precisão ou determinabilidade do respectivo alcance, em última instância, da competência do juiz comunitário, e sendo a sua aplicação pela administração sujeita a uma fiscalização jurisdicional integral. Nestas condições, a clarificação gradual dos conceitos de «acordo» e de «empresa» pelo juiz comunitário é de uma importância decisiva para apreciar o carácter determinado e previsível da sua aplicação concreta.

145 Ora, por um lado, o Tribunal considera que, à luz da jurisprudência constante referida nos n.os 115 à 128, os termos «acordos entre empresas» que constam do artigo 81.º, n.º 1, CE constituem uma expressão suficientemente precisa da concepção de cartel e de autor da infracção, tal como acima foi descrita no n.º 128, na medida em que esses termos designam qualquer empresa que se comporte de forma colusória, independentemente do sector de actividade ou do mercado pertinente em que exerce a sua actividade, para permitir que essa empresa não possa ignorar, ou tenha mesmo de reconhecer, que está sujeita a ser objecto de um processo se adoptar esse comportamento.

146 Por outro lado, como acima foi recordado nos n.os 129 a 135, há uma jurisprudência sólida relativa à co-responsabilidade, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE, de empresas co-autoras e/ou cúmplices de uma infracção no seu todo que se imputam reciprocamente os comportamentos ilegais das outras empresas participantes. Essa jurisprudência, igualmente baseada na concepção «unitária» dos conceitos de cartel e de autor da infracção, enuncia, de modo claro e preciso, os requisitos objectivos e subjectivos de imputabilidade que devem estar preenchidos para que uma empresa possa ser considerada responsável por uma infracção cometida por vários co-autores ou cúmplices. A este respeito, o simples facto de o Tribunal de Justiça ter explicitado estes princípios de imputabilidade apenas em 1999 (acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido no n.º 65 *supra*, n.os 78 e seguintes) não é susceptível de afectar, por si só, o seu carácter previsível já na altura em que ocorreram os factos imputados à recorrente, entre 1993 e 1999, uma vez que os elementos que determinam a responsabilidade pessoal decorriam já de modo suficientemente preciso da concepção ampla de cartel e de empresa, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, e da jurisprudência anterior do Tribunal de Primeira Instância (v. acórdão Tréfileurope/Comissão, já referido no n.º 108 *supra*, n.º 85 e jurisprudência aí referida). Além disso, o facto de o juiz comunitário ainda não se ter pronunciado, até à data, sobre o caso específico da co-responsabilidade de uma empresa de consultoria, que não exerce a sua actividade no mesmo mercado que os principais participantes no cartel, não basta para concluir que uma prática administrativa e jurisprudencial que co-responsabiliza essa empresa ou, pelo menos, admite a possibilidade de a co-responsabilizar não é razoavelmente previsível pelos profissionais tanto com base nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE como na referida jurisprudência.

147 Aliás, no que diz respeito à prática administrativa repressiva nesta matéria, há que recordar que, pelo contrário, como a própria recorrente admite, a Comissão já tinha decidido, em 1980, imputar uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE a uma empresa de

consultoria que tinha participado activamente, de modo comparável à participação da recorrente no caso em apreço, na execução do cartel em questão (decisão vidro em bruto — Itália; v., nomeadamente, ponto II. A. 4. dos considerandos, *in fine*). A este respeito, a circunstância de a Comissão ter deixado de adoptar essa posição em várias decisões posteriores não permite concluir que essa interpretação do alcance do artigo 81.º, n.º 1, CE não era razoavelmente previsível. Este raciocínio vale por maioria de razão no caso de uma empresa de consultoria, relativamente à qual se deve presumir que, tendo em conta a prática decisória da Comissão desde 1980, gere as suas actividades económicas com a maior prudência e recorre a aconselhamentos esclarecidos, nomeadamente de juristas, para avaliar os riscos associados ao seu comportamento (v., neste sentido, acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido no n.º 113 *supra*, n.º 219).

148 Neste contexto, a recorrente não pode alegar validamente que essa interpretação é contrária às normas comuns aos Estados-Membros em matéria de responsabilidade pessoal que fazem uma distinção entre autores e cúmplices da infracção. Com efeito, as normas referidas pela recorrente (v. n.º 81 *supra*) são apenas normas de direito penal nacional e a recorrente não explicou se e em que medida essas normas são também aplicáveis, nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, em matéria de repressão administrativa e, em particular, de repressão das práticas anticoncorrenciais.

149 Além disso, não decorre nem da jurisprudência do TEDH nem da prática decisória da antiga Comissão Europeia dos Direitos do Homem que o princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) imponha que seja feita uma distinção, no âmbito da repressão penal ou administrativa, entre o autor e o cúmplice da infracção, no sentido de que este último não seja punível quando a norma jurídica pertinente não previr expressamente a possibilidade de lhe aplicar uma sanção. Resulta dessa jurisprudência e dessa prática, ao invés, que, para que esse princípio seja respeitado, o comportamento da pessoa incriminada deve corresponder à definição de autor do crime em causa, tal como pode ser deduzida do teor da disposição em causa, eventualmente à luz da interpretação que lhe é dada pela jurisprudência. Ora, se essa definição for suficientemente ampla para incluir tanto o comportamento dos autores principais da infracção como o dos cúmplices, não pode haver violação do princípio da

legalidade das penas e dos crimes (v., *a contrario*, TEDH, acórdão E.K. c. Turquia, já referido no n.º 140 *supra*, §§ 55 e 56; Comissão Europeia dos Direitos do Homem, decisão relativa à admissibilidade L.-G. R. c. Suécia de 15 de Janeiro de 1997, petição n.º 27032/95, p. 12).

150 Em face do exposto, o Tribunal conclui que qualquer empresa que tenha adoptado um comportamento colusório, incluindo as empresas de consultoria que não exerçam a sua actividade no mercado afectado pela restrição da concorrência, podia razoavelmente prever que a proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE lhe era, em princípio, aplicável. Com efeito, essas empresas não podiam ignorar, ou então estavam em condições de compreender, que, na prática decisória da Comissão e na jurisprudência comunitária anteriores, já estava incluído, de modo suficientemente claro e preciso, o fundamento do reconhecimento expresso da responsabilidade de uma empresa de consultoria por uma infracção no artigo 81.º, n.º 1, CE, quando esta colabora activa e deliberadamente com um cartel entre produtores que exercem a sua actividade num mercado distinto daquele em que ela opera.

d) Quanto à qualificação da recorrente de co-autora do cartel

151 Em seguida, há que verificar se, no caso em apreço, os requisitos objectivos e subjectivos que permitem co-responsabilizar a recorrente imputando-lhe os comportamentos ilegais das outras empresas participantes estavam preenchidos. A este respeito, há que recordar, antes de mais, que, para que a infracção no seu todo possa ser imputada a uma empresa, é preciso, por um lado, que essa empresa tenha contribuído, ainda que de modo subordinado, para a restrição da concorrência em causa e, por outro, que o requisito subjectivo relativo à manifestação de vontade dessa empresa esteja preenchido.

152 Independentemente da questão de saber se a recorrente era parte «contratante» no acordo de 1971 e no acordo de 1975 e se os contratos de serviços celebrados com os três produtores de peróxidos orgânicos eram parte integrante do acordo em sentido amplo, o Tribunal considera que se verifica que a recorrente contribuiu activamente para a execução desse cartel entre 1993 e 1999.

153 Em primeiro lugar, está assente que a recorrente guardou e dissimulou nas suas instalações o original do acordo de 1971 e o do acordo de 1975 da Atochem/Atofina e da PC/Degussa, e mesmo, no que a esta última diz respeito, até 2001 ou 2002 (considerandos 63 e 83 da decisão impugnada). Em segundo lugar, a recorrente admitiu ter calculado e comunicado aos membros do cartel os desvios das suas quotas de mercado em relação às quotas acordadas, pelo menos até 1995 ou 1996, actividade que estava expressamente prevista no acordo de 1971 e no acordo de 1975, e ter guardado os documentos secretos correspondentes nas suas instalações. Em terceiro lugar, quanto às reuniões entre os produtores de peróxidos orgânicos que incluíam uma parte anticoncorrencial, a recorrente reconheceu ter organizado e parcialmente participado em cinco dessas reuniões, bem como na de Amersfoort de 19 de Outubro de 1998, que serviu para preparar uma proposta de repartição de quotas entre os produtores. Em quarto lugar, está assente que a recorrente reembolsou regularmente as despesas de deslocação dos representantes dos produtores de peróxidos orgânicos ocasionadas pela sua participação nas reuniões de finalidade anticoncorrencial, com o objectivo manifesto de dissimular ou de não deixar transparecer dos livros dos referidos produtores vestígios da execução do cartel (v. n.os 63 e 102 *supra*).

154 Sem que seja necessário apreciar em pormenor os elementos contestados pelas partes relativos ao efectivo alcance da participação da recorrente no cartel, o Tribunal conclui dos elementos supramencionados no n.º 153 que a recorrente contribuiu activamente para a execução do cartel e que, contrariamente ao que alega, havia um nexo de causalidade suficientemente concreto e determinante entre essa actividade e a restrição da concorrência no mercado dos peróxidos orgânicos. Com efeito, na audiência, a recorrente não contestou a existência desse nexo de causalidade, antes se tendo limitado a contestar a qualificação jurídica da sua contribuição de um acto de autoria da infracção, podendo essa contribuição, segundo afirma, ser qualificada de um mero acto de cumplicidade que podia ter sido levado a cabo por qualquer outra empresa de consultoria.

155 Além disso, nessas circunstâncias, não é importante que a recorrente não tenha sido formal e directamente parte contratante no acordo de 1971 e no acordo de 1975. Por um lado, para efeitos da aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, a questão de saber se existe ou não um acordo escrito ou expresso de outro modo entre as empresas participantes não é determinante se estas se comportarem de forma colusória (v. n.os 115 a 123 *supra*). Por outro, a própria recorrente reconhece ter sucedido à Fides, por contrato tácito com os produtores de peróxidos orgânicos, em seu próprio nome e por sua própria conta, relativamente a determinadas actividades especificamente previstas nos referidos acordos, como o cálculo e a comunicação dos desvios das quotas acordadas. Há que acrescentar que, tendo em conta que a Comissão se limitou a aplicar à recorrente uma coima de um montante mínimo de 1 000 euros e que esse montante, enquanto tal, não foi posto em causa pela recorrente, o Tribunal não deve pronunciar-se sobre o exacto alcance da participação da recorrente, uma vez que isso poderia ter influência sobre a legalidade do montante da coima aplicada.

156 Por outro lado, atendendo a todas as circunstâncias objectivas que caracterizam a participação da recorrente, o Tribunal considera que foi com perfeito conhecimento de causa e deliberadamente que esta pôs à disposição do cartel a sua experiência profissional e as suas infra-estruturas para daí tirar proveito, pelo menos indirectamente, no âmbito da execução dos contratos individuais de serviços que a ligavam aos três produtores de peróxidos orgânicos. Com efeito, independentemente da questão de saber se a recorrente, desta forma, também violou conscientemente as regras deontológicas a que está sujeita enquanto consultor económico, a verdade é que ou não podia ignorar ou tinha conhecimento, evidentemente, do objectivo anticoncorrencial e ilícito do cartel para o qual contribuía, objectivo que se manifestou, nomeadamente, no âmbito do acordo de 1971 e do acordo de 1975 que guardava nas suas instalações, na realização de reuniões de finalidade anticoncorrencial e na troca de informações sensíveis em que participou activamente, pelo menos, até 1995 ou 1996.

157 Em face do exposto, o Tribunal considera que, na medida em que a decisão impugnada declara a co-responsabilidade da recorrente pela infracção cometida a título principal pela AKZO, pela Atochem/Atofina e pela PC/Degussa, não excede os limites da proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE e que, portanto, ao aplicar uma coima de

1 000 euros à recorrente, a Comissão não excedeu os poderes que lhe são conferidos pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

158 Nestas condições, o Tribunal considera que não é necessário pronunciar-se sobre a questão de saber se a Comissão também podia basear legitimamente a responsabilidade da recorrente no conceito de decisão de uma associação de empresas. Como admitiu a Comissão na audiência, essa hipótese, no caso em apreço, foi avançada como puramente alternativa, ou mesmo subsidiária, não sendo susceptível nem de fundamentar juridicamente nem de infirmar a posição principal da Comissão, baseada nos conceitos de cartel e de empresa. Do mesmo modo, não é necessário verificar se a Comissão examinou e avaliou correctamente determinadas provas de acusação contra a recorrente que não são determinantes para a resolução do presente litígio. A este respeito, importa recordar que os argumentos da recorrente, acima referidos nos n.os 77 a 79, se destinam apenas a servir de base à procedência do presente fundamento, não constituindo um fundamento distinto.

159 Por conseguinte, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

D — *Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do princípio da protecção da confiança legítima*

1. *Argumentos das partes*

160 A recorrente considera que, tendo em conta a prática decisória constante da Comissão desde 1983, podia legitimamente acreditar que a Comissão iria avaliar o seu comportamento da mesma maneira que o comportamento comparável de outras

empresas de consultoria em processos anteriores. Assim, a decisão impugnada é contrária ao princípio da protecção da confiança legítima. Segundo a recorrente, embora as decisões da Comissão só sejam obrigatórias para os respectivos destinatários, constituem, no entanto, nomeadamente quando estabelecem uma prática decisória constante, actos jurídicos que têm importância para situações comparáveis. A possibilidade de um particular confiar na estabilidade de uma determinada prática decisória merece tanta mais protecção quanto a aplicação do artigo 81.º CE contém numerosos conceitos jurídicos indeterminados cuja concretização por essa prática é indispensável.

161 A recorrente sustenta que o princípio da protecção da confiança legítima, tal como é reconhecido pela jurisprudência (acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 1978, Töpfer/Comissão, 112/77, Colect., p. 357, n.º 19, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Comissão, T-266/97, Colect., p. II-2329, n.º 71), proíbe a Comissão de abandonar sem aviso prévio a sua própria prática decisória relativa ao artigo 81.º CE, de qualificar retroactivamente uma infracção e de aplicar uma coima a um comportamento até aí considerado fora do seu âmbito de aplicação. Ora, desde 1983, ao contrário da posição que adoptou na decisão vidro em bruto — Itália, a Comissão deixou de considerar uma infracção a assistência prestada por empresas de consultoria que não sejam parte no acordo restritivo da concorrência (v., nomeadamente, decisão cilindros de ferro e aço fundidos, de 1983, decisão polipropileno, de 1986, decisão LdPE, de 1988, e decisão cartão, de 1994). Assim, no momento da sua criação, em finais de 1993, a recorrente podia legitimamente esperar que a assistência prestada aos três produtores de peróxidos orgânicos também não seria qualificada de infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE. Segundo a recorrente, com efeito, a sua actividade não foi mais longe do que a das outras empresas de consultoria nos processos em que foram adoptadas a decisão cilindros de ferro e aço fundidos ou a decisão cartão. Por conseguinte, a Comissão não devia ter considerado a recorrente responsável pelo cometimento de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE e não lhe devia ter aplicado uma coima.

162 A Comissão considera que o presente fundamento não deve ser acolhido.

2. *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

163 O Tribunal considera que, uma vez que o direito comunitário da concorrência reconhece o princípio da co-responsabilidade de uma empresa de consultoria que tenha participado num cartel, o princípio da protecção da confiança legítima não pode impedir a reorientação da prática decisória da Comissão no caso em apreço. Com efeito, como decorre dos n.os 112 a 150 *supra*, essa reorientação baseia-se numa interpretação correcta do alcance da proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE. Já que a interpretação do conceito jurídico indeterminado de «acordos entre empresas» é, em última instância, da competência do juiz comunitário, a Comissão não dispõe de uma margem de manobra que lhe permita, sendo caso disso, renunciar a processar uma empresa de consultoria que preencha os referidos critérios de co-responsabilidade. Pelo contrário, por força do mandato que lhe é conferido, previsto no artigo 85.º, n.º 1, CE, a Comissão está obrigada a velar pela aplicação dos princípios enunciados no artigo 81.º CE e a instruir oficiosamente todos os casos de presumível infracção a estes princípios, tais como são interpretados pelo juiz comunitário. Por conseguinte, na medida em que, e não obstante a decisão vidro em bruto — Itália, a prática decisória da Comissão anterior à decisão impugnada podia parecer contraditória em relação à referida interpretação do artigo 81.º, n.º 1, CE, essa prática não podia criar expectativas fundadas às empresas em causa.

164 Por outro lado, como resulta dos n.os 147 e 148 *supra*, a presente reorientação da prática decisória da Comissão era tanto mais previsível para a recorrente quanto existia um precedente, concretamente, a decisão vidro em bruto — Itália, de 1980. Além disso, como decorre do n.º 163 *supra*, a prática decisória da Comissão posterior a 1980 não podia ser razoavelmente interpretada no sentido de constituir um abandono definitivo da posição inicial adoptada na decisão vidro em bruto — Itália. Por outro lado, se, na decisão polipropileno, de 1986, a Comissão não qualificou a sociedade Fides Trust de autora de uma infracção, condenou claramente, no entanto, o sistema de troca de informações criado e gerido por essa sociedade por ser incompatível com o artigo 81.º, n.º 1, CE (decisão polipropileno, considerando 106 e artigo 2.º; v., igualmente, decisão cartão, considerando 134). Nestas condições, a prática decisória da Comissão posterior a 1980, que se limita a não condenar nem punir as empresas de consultoria envolvidas,

sem que isso signifique que rejeite, juridicamente, a concepção inicialmente adoptada na decisão vidro em bruto — Itália, não podia criar na recorrente uma expectativa fundada de que a Comissão se iria abster, no futuro, de processar as empresas de consultoria quando estas participam num cartel.

165 Por conseguinte, o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

E — *Quanto ao quarto fundamento, invocado a título subsidiário, relativo à violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal*

1. *Argumentos das partes*

166 A recorrente sustenta que a análise jurídica da Comissão é, no que lhe diz respeito, de tal forma vaga e contraditória que infringe o princípio da segurança jurídica e o princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal (*nulla poena sine lege certa*). A Comissão absteve-se de especificar com a clareza necessária os contornos e limites do comportamento ilícito e punível de uma empresa de consultoria, como a recorrente, e privou-a, assim, da segurança jurídica exigível num Estado de Direito.

167 A recorrente recorda que o princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal (*nulla poena sine lege certa*), consagrado no artigo 7.º, n.º 1, da CEDH e reconhecido como princípio geral de direito comunitário, é um corolário do princípio da segurança

jurídica (acórdão X, já referido no n.º 84 *supra*, n.º 25). Este último é um princípio fundamental de direito comunitário (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1975, CNTA/Comissão, 74/74, Colect., p. 183, n.º 44; de 12 de Novembro de 1981, Salumi e o., 212/80 a 217/80, Recueil, p. 2735, n.º 10; e de 22 de Fevereiro de 1984, Kloppenburg, 70/83, Recueil, p. 1075, n.º 11), que impõe, em particular, que a legislação comunitária seja certa e que a sua aplicação seja previsível para os particulares. A recorrente salienta que as decisões da Comissão, adoptadas nos termos do artigo 81.º CE, que aplicam coimas cujo montante pode ser particularmente elevado, têm de ter um grau especialmente elevado de precisão e de certeza (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1980, Comissão/Reino Unido, 32/79, Recueil, p. 2403, n.º 46), para que as empresas em causa possam controlar e determinar o seu comportamento à luz e em função de critérios suficientemente claros e concretos quanto ao carácter ilícito de uma determinada actividade.

168 Contrariamente a estas exigências, a Comissão, na decisão impugnada, expôs em quase cinco páginas as razões pelas quais considera que a recorrente infringiu o artigo 81.º, n.º 1, CE (considerandos 331 e seguintes da referida decisão). No entanto, esse raciocínio não deixa claramente transparecer quais são os actos concretos da recorrente que são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE e aqueles que o não são (v., nomeadamente, considerandos 339, 343, 344 e 349 da decisão impugnada). A recorrente acrescenta que a Comissão a acusou erradamente de ter dado consultas jurídicas (considerando 339 da decisão impugnada). Mesmo admitindo que isso estivesse provado, o facto de dar consultas jurídicas não pode ser considerado uma infracção às regras de concorrência. De qualquer forma, a Comissão não podia considerar, no seu todo, as consultas jurídicas e os actos de assistência da recorrente, tais como são descritos na decisão impugnada, constitutivos de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, quando, considerados isoladamente, esses actos não constituem tal infracção. Se assim não fosse, seria impossível prever em que momento um acto lícito cai na ilegalidade. A recorrente censura à Comissão, em seguida, o facto de se ter exprimido, nos considerandos 332 e seguintes da decisão impugnada, de forma vaga, incompreensível e contraditória quanto à sua suposta participação no cartel. Quanto ao argumento da Comissão relativo à falta de autonomia do presente fundamento, a recorrente objecta que, mesmo admitindo que seja culpada do cometimento de uma infracção ao direito da concorrência, os fundamentos da decisão impugnada não

deixam transparecer, com a clareza e a precisão exigíveis, quais são os actos concretos que lhe são imputados que constituem uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE.

169 Na falta de uma resposta clara à questão de saber por que razão e de que forma a recorrente infringiu o artigo 81.º, n.º 1, CE, a decisão impugnada deve ser anulada por violação do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal e do princípio da segurança jurídica.

170 A Comissão considera que o presente fundamento não deve ser acolhido, na medida em que não passa de uma repetição do segundo fundamento.

2. *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

171 O Tribunal considera, antes de mais, que, no âmbito do presente fundamento, a recorrente aduz essencialmente os mesmos argumentos que os aduzidos no âmbito do segundo e terceiro fundamentos. Assim, basta remeter para as considerações que constam dos n.os 112 a 159 *supra* para concluir que a decisão impugnada contém elementos suficientes que provam a participação activa e intencional da recorrente no cartel, permitindo assim considerá-la responsável pelo cometimento de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, independentemente do real alcance, em pormenor, dessa participação.

172 Ora, mesmo admitindo que o presente fundamento deva igualmente ser apreendido no sentido de que constitui uma invocação da violação do dever de fundamentação imposto pelo artigo 253.º CE, resulta também dessas considerações que a decisão impugnada contém todos os elementos pertinentes para permitir à recorrente contestar o seu bem-fundado e ao Tribunal exercer a sua fiscalização, na acepção da jurisprudência existente nesta matéria (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conselho, T-228/02, Colect., p. II-4665, n.º 138 e jurisprudência aí referida).

173 Assim, o presente fundamento também deve ser julgado improcedente.

F — *Quanto ao quinto fundamento, relativo à violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal pelo artigo 3.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada*

1. *Argumentos das partes*

174 Segundo a recorrente, na falta de indicação clara e precisa dos actos ilícitos que lhe são imputados, tanto a análise jurídica da Comissão como o artigo 3.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada são contrários aos princípios da segurança jurídica e da precisão ou determinabilidade da lei penal. Com efeito, os fundamentos da decisão impugnada não deixam transparecer, de modo preciso, através de que actos concretos a recorrente teria infringido o artigo 81.º, n.º 1, CE. Por conseguinte, a recorrente também não pode saber quais dos seus actos são objecto da obrigação prevista no artigo 3.º da referida decisão. Consequentemente, o artigo 3.º viola o «imperativo da certeza e da previsibilidade» da regulamentação comunitária, que se impõe com especial rigor

quando se trata de uma regulamentação susceptível de comportar consequências financeiras, de modo a permitir aos interessados conhecer com exactidão o alcance das obrigações que esta lhes impõe (acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1981, Gondrand e Garancini, 169/80, Recueil, p. 1931, n.os 17 e 18; de 15 de Dezembro de 1987, Irlanda/Comissão, 325/85, Colect., p. 5041, n.º 18, e Países Baixos/Comissão, 326/85, Colect., p. 5091, n.º 24; de 22 de Fevereiro de 1989, Comissão/França e Reino Unido, 92/87 e 93/87, Colect., p. 405, n.º 22; de 13 de Março de 1990, Comissão/França, C-30/89, Colect., p. I-691, n.º 23; de 17 de Julho de 1997, National Farmers' Union e o., C-354/95, Colect., p. I-4559, n.º 57; e de 16 de Outubro de 1997, Banque Indosuez e o., C-177/96, Colect., p. I-5659, n.º 27).

175 Esta imprecisão da análise jurídica e da obrigação prevista no artigo 3.º da decisão impugnada é agravada pelo facto de, por um lado, segundo o referido artigo, a recorrente estar igualmente obrigada a abster-se de participar em qualquer acordo ou prática concertada que tenha um objecto ou efeito «semelhante» e, por outro, qualquer violação do referido artigo ser susceptível de levar à aplicação de uma coima cujo montante pode ser particularmente elevado por força do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Além disso, a Comissão admitiu ter entrado num «domínio novo» no plano jurídico (considerando 454 da decisão impugnada). Nesse caso, a precisão da injunção de não reiterar a infracção deveria satisfazer exigências particularmente estritas para permitir às empresas interessadas identificar o real alcance da proibição prevista no artigo 81.º CE. A insegurança jurídica daí resultante ameaça a actividade económica das empresas de consultoria, como a recorrente, por exemplo, no domínio da realização de estatísticas de mercado e da administração de federações.

176 Relativamente ao argumento da Comissão segundo o qual o presente fundamento é dirigido contra a injunção de pôr termo à infracção (artigo 3.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada), a recorrente salienta que o seu recurso apenas tem por objecto a injunção de não reiterar a infracção (artigo 3.º, segundo parágrafo, da decisão

impugnada). Com efeito, a primeira injunção não lhe causa prejuízo, uma vez que a infracção já tinha cessado em finais de 1999 ou no início de 2000 (considerando 91 da decisão impugnada).

177 Por conseguinte, o artigo 3.º da decisão impugnada deve ser anulado no que à recorrente diz respeito.

178 A Comissão considera que o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

2. *Apreciação do Tribunal de Primeira Instância*

179 O Tribunal considera que o presente fundamento é apenas uma reformulação do quarto fundamento, igualmente relativo à violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal que, assim, não deve ser objecto de uma apreciação diferente.

180 Na medida em que o presente fundamento se refere ao artigo 3.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada, basta recordar que a Comissão, com base no artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, pode impor aos destinatários de uma decisão adoptada nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE injunções que têm por objectivo pôr termo ao comportamento ilegal e impor-lhes que se abstenham, no futuro, de adoptar práticas que tenham um

objecto ou efeito igual ou semelhante (acórdão de 20 de Abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido no n.º 39 *supra*, n.ºs 1252 e 1253).

181 Por conseguinte, o presente fundamento também deve ser julgado improcedente.

182 Resulta de todas as considerações precedentes que há que negar provimento ao recurso na íntegra.

Quanto às despesas

183 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da recorrente e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção alargada)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A AC-Treuhand AG é condenada nas despesas.

Jaeger Azizi Czúcz

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 8 de Julho de 2008.

O secretário O presidente

E. Coulon M. Jaeger

Índice

Antecedentes do litígio . . . . . II - 1506

Tramitação processual e pedidos das partes . . . . . II - 1509

Matéria de direito . . . . . II - 1511

A — Observações preliminares . . . . . II - 1511

B — Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa e do direito a um processo equitativo . . . . . II - 1513

1. Argumentos das partes . . . . . II - 1513

a) Argumentos da recorrente . . . . . II - 1513

b) Argumentos da Comissão . . . . . II - 1518

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância . . . . . II - 1522

C — Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas (nullum crimen, nulla poena sine lege) . . . . . II - 1529

1. Argumentos das partes . . . . . II - 1529

a) Argumentos da recorrente . . . . . II - 1529

Generalidades . . . . . II - 1529

Quanto à impugnação dos factos da decisão impugnada . . . . . II - 1530

Quanto à violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) . . . . . II - 1538

— Quanto aos efeitos do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) sobre a distinção entre autor e cúmplice em direito comunitário da concorrência . . . . . II - 1538

— Quanto ao conceito de autor, na acepção do artigo 81.º CE . . . . . II - 1540

— Quanto à cumplicidade não punível da recorrente . . . . . II - 1543

— Quanto à prática decisória anterior contrária da Comissão . . . . . II - 1544

— Quanto ao facto de a recorrente não ter controlo sobre o cartel e de não haver um nexo de causalidade entre a sua actividade e a restrição da concorrência . . . . . II - 1545

— Quanto à qualificação errada da recorrente de «associação de empresas» II - 1546

b) Argumentos da Comissão . . . . . II - 1548

Quanto ao quadro factual da decisão impugnada . . . . . II - 1548

Quanto à violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) . . . . . II - 1549

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância . . . . . II - 1552

a) Observações preliminares . . . . . II - 1552

b) Quanto à interpretação literal do artigo 81.º, n.º 1, CE . . . . . II - 1553

c) Quanto à interpretação contextual e teleológica do artigo 81.º, n.º 1, CE . . . II - 1557

Quanto à exigência relativa à restrição da autonomia comercial . . . . . II - 1557

Quanto às condições em que a participação de uma empresa num cartel constitui uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE . . . . . II - 1559

Quanto à interpretação do artigo 81.º, n.º 1, CE à luz do princípio da legalidade dos crimes e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) . . . . . II - 1562

d) Quanto à qualificação da recorrente de co-autora do cartel . . . . . II - 1568

D — Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do princípio da protecção da confiança legítima . . . . . II - 1571

1. Argumentos das partes . . . . . II - 1571

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância . . . . . II - 1573

E — Quanto ao quarto fundamento, invocado a título subsidiário, relativo à violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal . . . . . II - 1574

1. Argumentos das partes . . . . . II - 1574

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância . . . . . II - 1576

F — Quanto ao quinto fundamento, relativo à violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da precisão ou determinabilidade da lei penal pelo artigo 3.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada . . . . . II - 1577

1. Argumentos das partes . . . . . II - 1577

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância . . . . . II - 1579

Quanto às despesas . . . . . II - 1580