CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003 [1]

Índice

I — Os factos do litígio ..... I - 210

II — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido ..... I - 212

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça ..... I - 216

IV — O recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância ..... I - 216

1. A recorrente e a Compagnie des Ciments Belges (segundo fundamento) .... I - 216

A. A posição das partes ..... I - 216

B. Os elementos relevantes para a decisão deste fundamento de recurso ... I - 218

C. Um manifesto erro sobre os factos que deve ser corrigido ..... I - 219

2. O princípio da proporcionalidade (terceiro fundamento) ..... I - 221

A. A posição das partes ..... I - 221

B. Os critérios utilizados pela Comissão na aplicação das coimas ..... I - 222

C. O respeito do princípio da proporcionalidade ..... I - 225

V — Recapitulação e decisão proposta ..... I - 227

VI — As despesas do recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância ..... I - 228

VII — Conclusão ..... I - 229

1 — Língua original: espanhol.

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

I — Os factos do litígio

2. O acórdão recorrido contém, para efeitos do presente recurso, os seguintes factos relevantes:

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

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

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

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

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

4 — Processo IV/33.126 e 33.322 — Cimento.

5 — N.os 2 e 3 do acórdão.

6 — N.os 3, 9 e 12 do acórdão.

7 — N.os 4 a 6 do acórdão.

— Por Decisão 94/815/CE, de 30 de Novembro de 1994 (a seguir «decisão»)[8], a Comissão imputou à Ciments Français as seguintes condutas contrárias à concorrência, todas elas violadoras do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE[9], pela sua participação:

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

2.ª De 17 de Março a 31 de Dezembro de 1988, numa prática concertada relativa a informações em matéria de preços em vigor e a uma previsão do seu aumento, tendo em vista uma limitação da sua autonomia de comportamento [artigo 3.°, n.° 1, alínea b)].

3.ª De 23 de Junho de 1982 a 30 de Setembro de 1989, em acordos e práticas concertadas relativos à regulamentação das entregas de cimento da França para a Alemanha e da Alemanha para a França [artigo 3.°, n.° 3, alínea a)].

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

5.ª De 9 de Junho de 1986 a 26 de Março de 1993, num acordo relativo à constituição da Joint Trading Company, Interciment SA, com o fim de executar medidas persuasivas e dissuasivas contra os produtores que ameaçavam a estabilidade dos mercados do cimento nos países membros (artigo 4.°, n.° 2).

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

7.ª De 1 de Julho de 1981 a 17 de Fevereiro de 1989, no âmbito do European Export Policy Commitee, numa prática concertada contínua relativa a) ao exame da situação dos mercados comunitários, b) à repartição dos mercados dos países terceiros, c) à fixação dos preços dos produtos destinados à grande exportação e d) à troca de dados individualizados sobre as disponibilidades para

8 — JO L 343, p. 1.
9 — N.° 22 do acórdão.

exportação e sobre as exportações efectuadas para países terceiros, tendo em vista evitar incursões dos concorrentes nos mercados nacionais respectivos da Comunidade (artigo 6.°).

8.ª De 6 de Maio de 1982 a 26 de Maio de 1988, no âmbito do White Cement Commitee, a) na prática concertada e no acordo relativos ao respeito dos mercados nacionais, b) na prática concertada contínua para a canalização dos excedentes de produção para a exportação destinada a países terceiros, c) numa prática concertada contínua relativa à troca de informações individualizadas por empresa sobre as capacidades produtivas, as produções, as vendas nos mercados nacionais e na exportação e os preços do cimento branco e do cimento cinzento nos mercados nacionais, bem como os preços de exportação (artigo 7.°).

— A Comissão intimou a Ciments Français a cessar a prática das infracções descritas e a abster-se, daí em diante, de qualquer acordo ou prática contrários à livre concorrência nos mercados dos cimentos cinzento e branco (artigo 8.°), aplicando-lhe duas coimas, uma de 24 716 000 ecus e a outra de 1 052 000 ecus, cujos montantes venceriam juros a partir do vencimento do prazo de pagamento fixado, que era de três meses contados da notificação da decisão (artigos 9.° a 11.°).

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

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

4. Na petição, a Ciments Français pediu, a título principal, a anulação da decisão. A título subsidiário, pediu a redução do montante da coima. Em qualquer dos casos, pediu que a Comissão fosse condenada nas despesas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«— o artigo 1.° da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada para além de 17 de Fevereiro de 1989 e na medida em que dá por provado que a recorrente aplicou o acordo Cembureau — Association européenne du ciment ao participar na infracção descrita no artigo 3.°, n.° 1, alínea b);

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

12 — Ciments Luxembourgeois SA.

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

— o artigo 3.°, n.° 3, alínea a), da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou num acordo de repartição do mercado do Sarre e na medida em que imputa a participação da recorrente numa infracção ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado para além de 12 de Agosto de 1987;

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

— o artigo 4.°, n.° 2, da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada para além de 7 de Novembro de 1988;

— o artigo 4.°, n.° 3, alínea a), da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente;

— o artigo 6.°, da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 18 de Novembro de 1983;

— o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 9.° da Decisão 94/815 é fixado em 12 519 000 euros;

— o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 10.° da Decisão 94/815 é fixado em 1 051 000 euros;

— quanto ao mais, é negado provimento ao recurso;

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

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

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

1.° No acordo Cembureau de respeito dos mercados nacionais do cimento cin-

zento (artigo 1.° da decisão), de 14 de Janeiro de 1983 a 17 de Fevereiro de 1989.

2.° Em acordos e práticas concertadas relativos à regulamentação das entregas de cimento da França para a Alemanha e da Alemanha para a França [artigo 3.°, n.° 3, alínea a)], com excepção do mercado do Sarre, de 23 de Junho de 1982 a 12 de Agosto de 1987.

3.° No acordo para a constituição da European Task Force (artigo 4.°, n.° 1, da decisão), de 28 de Maio de 1986 a 31 de Maio de 1987.

4.° De 9 de Junho de 1986 a 7 de Novembro de 1988, num acordo relativo à constituição da Joint Trading Company, Interciment SA, cujo objecto era o de executar medidas persuasivas e dissuasivas contra os produtores que ameaçavam a estabilidade dos mercados do cimento nos Estados-Membros (artigo 4.°, n.° 2).

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

6.° No âmbito do European Export Policy Commitee, de 18 de Novembro de 1983 a 17 de Fevereiro de 1989, numa prática concertada contínua relativa a) ao exame da situação dos mercados comunitários, b) à repartição dos mercados dos países terceiros, c) à fixação dos preços dos produtos destinados à grande exportação e d) à troca de dados individualizados sobre as disponibilidades para exportação e sobre as exportações efectuadas para países terceiros, tendo em vista evitar incursões dos concorrentes nos mercados nacionais respectivos da Comunidade (artigo 6.°).

7.° No âmbito do White Cement Commitee, de 6 de Maio de 1982 a 26 de Maio de 1988, a) na prática concertada e no acordo relativos ao respeito dos mercados nacionais, b) na prática concertada contínua para a canalização dos excedentes de produção para a exportação destinada a países terceiros e c) numa prática concertada contínua relativa à troca de informações individualizadas por empresa sobre as capacidades produtivas, as produções efectivas, as vendas nos mercados nacionais e na exportação e os preços do cimento branco e do cimento cinzento nos mercados nacionais, bem como os preços de exportação (artigo 7.°).

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

10. Apresentado o recurso e tramitada a fase escrita do processo, o Tribunal de Justiça, por despacho de 5 de Junho de 2002 e fazendo uso da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 119.° do Regulamento de Processo [14], rejeitou os primeiro e quarto fundamentos por manifestamente improcedentes.

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

IV — O recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância

12. A Ciments Français pede ao Tribunal de Justiça a anulação parcial do acórdão recorrido e que julgue procedentes os pedidos que deduziu em primeira instância, ou seja, que, a título principal, anule a decisão ou, subsidiariamente, reduza o montante da coima que lhe foi aplicada, em qualquer caso condenando a Comissão nas despesas.

13. Para fundamentar esses pedidos, a Ciments Français invoca quatro fundamentos, embora, como acabo de assinalar, dois deles — o primeiro e o quarto — já tenham sido rejeitados.

14. A seguir, passarei a expor as alegações da Ciments Français e a resposta dada pela Comissão, analisando-as para explicar as minhas sugestões.

1. *A recorrente e a Compagnie des Ciments Belges (segundo fundamento)*

A. A posição das partes

15. No cálculo das coimas aplicadas à Ciments Français, a Comissão incluiu os volumes de negócios das suas filiais em Espanha, na Grécia e na Bélgica. O Tribunal de Primeira Instância afastou os volumes de negócios relativos às sociedades sediadas nos dois primeiros países mas não fez o mesmo quanto à filial belga por

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

considerar que a recorrente não tinha negado que a controlava quando as infracções foram cometidas. Este entendimento do órgão jurisdicional implica, para a Ciments Français, um erro manifesto de apreciação, uma vez que resulta dos autos da primeira instância que assumiu o controlo da Compagnie des Ciments Belges a partir de Outubro de 1990, e constitui um erro de direito por violação do princípio da não discriminação, uma vez que tratou de forma diferente empresas que se encontravam em situação idêntica.

16. Em consequência, a recorrente pede ao Tribunal de Justiça a anulação parcial do acórdão recorrido, reduzindo-se o montante da coima aplicada pela infracção cometida no mercado do cimento cinzento de 12,52 milhões de euros para 9,62 milhões de euros.

17. A Comissão considera que este fundamento é inadmissível por colocar uma pura questão de facto. Salienta que o Tribunal de Primeira Instância indicou que o facto de a coima ter sido calculada sobre a totalidade dos volumes de negócios do grupo não significa que as filiais sejam devedoras do seu pagamento nem que, portanto, tenha existido qualquer tratamento discriminatório. Além disso, a recorrente não suscitou este ponto no presente recurso e não pode basear-se nas suas alegações em primeira instância, rejeitadas com esse argumento, para se opor a um entendimento do acórdão recorrido que não transcende o mero apuramento de factos.

18. Para a Comissão, este fundamento improcede, uma vez que a recorrente apenas se referiu em primeira instância ao escrito que lhe dirigiu em 28 de Fevereiro de 1994, no qual não se menciona a data em que tomou posse da sua filial belga. O erro não podia ser qualificado como manifesto uma vez que os documentos que o demonstram só foram apresentados na réplica. No Tribunal de Primeira Instância, não se discutia a incidência da data em que foi assumido o domínio sobre a filial no cálculo das coimas, mas sim se essa tomada de controlo devia ser considerada para esse efeito incluindo-se, por conseguinte, o volume de negócios da filial no cálculo do montante da sanção.

19. A Comissão considera incoerente a posição do Tribunal de Primeira Instância nesta questão. Se, segundo o n.º 5040 do acórdão recorrido, a coima é calculada sobre a totalidade do volume de negócios da empresa responsável, que constitui o melhor indicador do seu peso económico no mercado, havia que incluir os das filiais que faziam parte do grupo na data tomada em consideração para a fixação desses

volumes de negócios e não reportar tudo ao momento em que a infracção foi cometida. Este entendimento é em conformidade com a natureza dissuasória que caracteriza a sanção pecuniária. Na sua opinião, não existe qualquer razão para se excluir as empresas que não faziam parte do grupo no momento da infracção.

B. Os elementos relevantes para a decisão deste fundamento de recurso

20. No debate suscitado em primeira instância, a Ciments Français discutiu o volume de negócios tomado em consideração para se calcular o montante das coimas, pondo em causa o ano escolhido como referência [15] juntamente com a inclusão do volume de negócios das suas filiais, porque com este critério puniu-as de forma muito mais grave do que as filiais de outras sociedades, punidas com coimas separadamente da sua sociedade-mãe. Por isto, «considera-se vítima de tratamento discriminatório, na medida em que as empresas do seu grupo, apesar de não visadas pela decisão impugnada, foram punidas mais severamente do que empresas reconhecidamente responsáveis por comportamentos ilícitos» [16].

21. O Tribunal de Primeira Instância deu resposta à questão acima referida considerando que, «quando o autor da infracção às regras de concorrência se encontra à frente de um grupo constituindo uma unidade económica, o volume de negócios a ter em conta para o cálculo da sua coima é o da totalidade desse grupo», pois é o melhor indicador do seu peso económico no mercado [17]. Contudo, rejeitou a alegação de tratamento discriminatório porque a coima foi aplicada à sociedade recorrente, que é quem a deve pagar, e não a qualquer das suas filiais [18].

22. Assente o princípio geral acima exposto, o Tribunal de Primeira Instância verificou que a Ciments Français assumiu o controlo das suas duas filiais espanholas e da grega quando a sua participação nas infracções tinha terminado, pelo que decidiu deduzir da base utilizada para o cálculo das coimas os montantes relativos às vendas realizadas pelas três filiais no exercício económico de referência [19]. Pelo contrário, não aplicou o mesmo critério relativamente à Compagnie des Ciments Belges, uma vez que a demandante não

15 — Esta questão foi o objecto do quarto fundamento de recurso, rejeitado por manifestamente improcedente no despacho de 5 de Junho de 2002.

16 — V. n.º 5038 do acórdão recorrido. Consultar também os n.os 5033 e 5034.

17 — V. n.º 5040 do acórdão recorrido.

18 — V. n.º 5049.

19 — V. n.os 5045 a 5047 do acórdão recorrido.

negou controlá-la quando cometeu as infracções imputadas[20].

23. Não obstante, do processo administrativo e dos autos de primeira instância constam documentos comprovativos de que a Ciments Français afirmou em repetidas ocasiões que só em Outubro de 1990 assumiu o domínio da Compagnie des Ciments Belges, a saber:

1.° Numa carta dirigida em 28 de Novembro de 1994 pelo presidente da empresa ao comissário europeu encarregado dos assuntos de concorrência, indicava-se que o processo de tomada de controlo da empresa belga se verificou entre Maio e Outubro de 1990. Este documento foi junto pela Ciments Français em primeira instância em anexo à réplica[21].

2.° Na decisão[22], a própria Comissão reconheceu que, «a partir de 1990, assumiu o controlo do produtor belga SA Compagnie des Ciments Belges».

3.° Na petição[23] e na réplica[24], faz-se referência ao ano de 1990 como aquele em que assumiu a posse das suas filiais.

4.° Num escrito de 22 de Setembro de 1998, dirigido pela representação forense da recorrente ao Tribunal de Primeira Instância, em resposta a uma questão suscitada pelo juiz-relator durante a audiência, eram indicados os documentos dos autos que demonstravam a data em que assumiu o controlo da filial belga.

C. Um manifesto erro sobre os factos que deve ser corrigido

24. Tal como acabo de assinalar, o Tribunal de Primeira Instância deduziu da base de cálculo das coimas aplicadas à Ciments Français o volume de vendas das filiais espanholas e grega pelo facto de esta não as controlar quando cometeu as infracções. Pelo contrário, não fez o mesmo com a filial belga, porque «não nega que» as controlava quando participou nas infracções.

20 — V. n.° 5044.

21 — Também foi junto com a petição do presente recurso (anexo 3).

22 — V. n.° 5, ponto 7, alínea g), terceiro travessão, segundo parágrafo.

23 — Páginas 102, *in fine*, e 103.

24 — Página 46, último parágrafo.

25. Este enunciado, o de não negar, tem uma dimensão subjectiva que o Tribunal de Justiça desconhece, uma vez que nenhuma das partes disse que a recorrente tinha negado expressamente, durante o processo judicial, que, quando participou nas condutas punidas, controlava a cimenteira belga. Mas apresenta também um aspecto objectivo que é, precisamente, aquele em que se situa o Tribunal de Primeira Instância.

26. A solução dada às filiais espanholas e à grega deveu-se ao facto de ter ficado demonstrado que, quando as condutas ilícitas foram levadas a cabo, a Ciments Français ainda não as geria. Assim, há que interpretar que a solução seguida a respeito da Compagnie des Ciments Belges se deveu ao facto de a recorrente não ter feito a mesma prova.

27. Contudo, consta da própria decisão que o controlo sobre a filial belga teve lugar, como o das outras filiais, durante o ano de 1990. A recorrente deu-o a conhecer ao Tribunal de Primeira Instância na réplica e na resposta escrita ao esclarecimento solicitado pelo juiz-relator na audiência. É um erro que, além do mais, se evidencia através de um documento que esteve, *ab initio*, no debate no processo, a própria decisão. São, pois, irrelevantes as considerações da Comissão no presente recurso sobre o momento em que os documentos que revelariam o erro foram apresentados em primeira instância.

28. Tenho consciência de que o recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância é um meio processual para a determinação do direito, no qual não podem rever-se os factos fixados pelo Tribunal de Primeira Instância [25]. Ora, excepcionalmente, o Tribunal de Justiça pode penetrar nesse terreno se na obtenção das provas tiver sido violada uma disposição ou um princípio geral de direito comunitário ou se, na apreciação das mesmas, tiverem sido violadas as normas sobre o ónus e valoração da prova, pelo facto de esta última ser ilógica ou arbitrária e, por conseguinte, descaracterizadora dos seus elementos.

29. Neste último caso, a valoração, por ser ilógica, arbitrária ou inverosímil, viola as regras da boa apreciação, incorrendo, assim num vício de direito que o órgão de recurso deve corrigir. Este critério foi anunciado pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 2 de Março de 1994, Hilti/Comissão [26], em cujo

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

26 — C-53/92 P (Colect., p. I-667).

n.º 42 se pode ler que «a apreciação, pelo Tribunal de Primeira Instância, dos elementos de prova que lhe são apresentados não constitui, *excepto em caso da desnaturação desses elementos*[27], uma questão de direito sujeita, como tal, ao controlo do Tribunal de Justiça». Pouco tempo depois, este critério foi assumido decididamente no acórdão de 1 de Junho de 1994, Comissão/ /Brazzelli Lualdi e o.[28], no qual se afirma que «só o Tribunal de Primeira Instância tem competência para a apreciação da matéria de facto, *excepto em casos nos quais a inexactidão material das suas conclusões resulte de peças dos autos que lhe foram apresentadas*»[29]. Trata-se hoje de uma linha jurisprudencial bem assente e pacífica[30].

30. Do exposto resulta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro na apreciação da prova, uma vez que da própria decisão se conclui que a Ciments Français não controlou a sua filial belga até 1990, data em que, como o próprio Tribunal de Primeira Instância reconhece, a recorrente tinha deixado de praticar as condutas punidas. Deste erro, a corrigir, resulta uma consequência jurídica, a mesma que o Tribunal de Primeira Instância aplicou às outras três filiais da Ciments Français: deduzir-se da base de cálculo das coimas o volume de negócios da Compagnie des Ciments Belges em 1992.

31. Por conseguinte, deve o Tribunal de Justiça julgar procedente este fundamento.

32. Para convencer o Tribunal de Justiça da inadmissibilidade desta alegação, a Comissão procedeu a uma astúcia de argumentação, misturando as considerações relativas aos n.ºs 5044 a 5047 do acórdão recorrido com as que a recorrente invocou em primeira instância sobre a discriminação que implicava para as suas filiais, relativamente a outras empresas, incluir o seu volume de negócios no cálculo das coimas, que foram julgadas improcedentes no n.º 5049. Quando a Ciments Français fala de discriminação[31], fá-lo num sentido diferente, pois o tratamento desigual e injustificado não se verificaria entre as suas filiais e as de outras empresas, como alega a Comissão, mas sim entre as companhias dependentes da recorrente, as duas espanholas e a grega, por um lado, e a cimenteira belga, por outro, pelo facto de não ter afastado da base de cálculo o volume de negócios desta última.

2. *O princípio da proporcionalidade (terceiro fundamento)*

A. A posição das partes

33. Para a Ciments Français, a Comissão violou o princípio da proporcionalidade, ao

27 — Sublinhado meu.

28 — C-132/92 P (Colect., p. I-1981).

29 — N.º 49. Sublinhado igualmente meu.

30 — V. acórdãos de 25 de Maio de 1998, Deere/Comissão (C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.º 21), e de 21 de Junho de 2001, Moccia Irme e o./Comissão, já referido, n.º 78. Consultar também o despacho de 17 de Setembro de 1996, San Marco/Comissão (C-19/95 P, Colect., p. I-4435, n.º 39).

31 — Primeiro parágrafo do ponto 2.4.

aplicar-lhe uma coima muito elevada, sem valorar o seu grau de participação nas diversas infracções. O Tribunal de Primeira Instância anulou três das acusações que lhe eram imputadas e, não obstante, não reduziu a coima.

34. A Comissão alega que a posição do Tribunal de Justiça é consequência directa da rejeição do argumento das recorrentes, de acordo com o qual as coimas aplicadas deveriam ser proporcionais às práticas de aplicação do acordo Cembureau levadas a cabo por cada uma das empresas. No acórdão, foi aprovada a apreciação feita no n.º 65, ponto 3, da decisão, onde se referia que não se puniam medidas concretas de aplicação do acordo, mas sim a participação global na sua execução. Portanto, não havia que reduzir o montante da sanção com base na anulação de determinadas partes dos artigos 3.º e 4.º da decisão punitiva. A coima, no que se refere ao mercado do cimento cinzento, baseia-se no artigo 1.º

35. Acrescenta que, nos n.os 4951 a 4963 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância aprovou os critérios de individualização das coimas seguidos na decisão e considerou que permitiam modular a sanção em função da gravidade da conduta de cada empresa e do papel desempenhado no acordo, tal como exige o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Esta apreciação de elementos de facto está fora da competência do Tribunal de Justiça.

36. A Comissão termina considerando que, nos n.os 4814 e 4815 do acórdão recorrido, se reduziu o montante da coima proporcionalmente à redução da duração da infracção, pelo que o referido preceito do Regulamento n.º 17 foi correctamente aplicado.

B. Os critérios utilizados pela Comissão na aplicação das coimas

37. Na análise deste fundamento, há que referir a estrutura do articulado da decisão e os critérios invocados para a punição.

38. Na decisão, são referidos dois mercados diferenciados, o do cimento cinzento e o do cimento branco. Relativamente ao primeiro, imputa a adopção do acordo Cembureau, pelo qual se acordou o respeito dos mercados nacionais e a regulamentação das transferências de cimento de um país para outro. Os artigos 2.º a 6.º referem condutas, bilaterais ou multilaterais, destinadas a executar ou a facilitar a execução desse acordo «único e contínuo» ou a

remover os obstáculos que se pudessem opor à sua eficácia, como por exemplo, a chamada «ameaça grega». O artigo 7.° refere condutas contrárias à concorrência no âmbito do cimento branco.

39. A Comissão determinou sanções separadas para as infracções relativas a cada um desses mercados [32].

40. No que se refere ao mercado do cimento cinzento, decidiu não punir cada comportamento isolado e aplicou uma coima global a cada empresa, dada a inter-relação entre o acordo Cembureau e todas as suas medidas de aplicação [33]. Esta forma de proceder é legítima e tem o seu fundamento no poder da Comissão de se pronunciar sobre várias infracções numa única decisão [34].

41. Considerou ainda que todas as empresas e associações destinatárias da decisão aderiram ao acordo Cembureau e expôs os elementos utilizados para demonstrar a participação de cada uma. Assim, a respeito da Ciments Français, considerou que a mesma representou a sua associação nacional na qualidade de chefe de delegação nas reuniões realizadas pela Cembureau nos dias 14 de Janeiro de 1983, 19 de Março e 7 de Novembro de 1984 e actuou como tal na época em que foi aplicado o acordo [35].

42. «Contudo, tomou em consideração, no âmbito desta conclusão de carácter geral, o papel desempenhado por cada empresa na conclusão do acordo» ou nas medidas e disposições acordadas para o completar e aplicar. Também ponderou a duração de umas e de outras [36].

43. De acordo com o exposto, separou dois grupos de empresas e associações; por um lado, as que participaram no acordo Cembureau e, por outro, o resto das

32 — V. n.° 65, ponto 7, da decisão.

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

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

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

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

empresas, com uma intervenção menos decisiva e de menor gravidade [37].

44. Dentro da primeira categoria, a Comissão distinguiu três subgrupos: 1) o grupo constituído pelas empresas e associações que participaram directamente, enquanto membros da Cembureau, na aprovação do acordo de respeito dos mercados nacionais bem como nas medidas de protecção directa desses mercados, grupo em que incluiu a Ciments Français; 2) um segundo subgrupo formado pelas empresas que assumiram, através dos seus mais altos dirigentes, a função de chefes de delegação junto da Cembureau quer na altura em que o acordo ou princípio de respeito dos mercados nacionais foi concluído quer durante o período da sua execução; 3) o último, composto pelas sociedades que intervieram em medidas de aplicação do acordo destinadas a proteger os mercados nacionais [38].

45. Na segunda categoria também distinguiu três tipos de responsáveis: 1) as empresas que apenas participaram nas medidas de aplicação do acordo destinadas a canalizar para países terceiros a produção excedentária; 2) as que, não obstante terem participado nas medidas destinadas a proteger directamente os mercados nacionais, tentaram eximir-se à execução do acordo Cembureau; e 3) a sociedade Ciments Luxembourgeois que, apesar de ser membro directo da associação e de ter participado nas reuniões dos chefes de delegação durante as quais o acordo ou princípio Cembureau foi concluído, não chegou a aplicar qualquer medida de execução [39].

46. A Comissão aplicou às empresas e associações pertencentes à primeira categoria sanções no valor de 4% dos respectivos volumes de negócios no mercado do cimento cinzento em 1992. As referidas na segunda categoria foram punidas com uma coima de 2,8% do mesmo parâmetro [40].

47. O Tribunal de Primeira Instância julgou parcialmente procedente o recurso da Ciments Français uma vez que, para quantificar a coima que lhe aplicou, a Comissão considerou que tinha participado no acordo Cembureau durante 122 meses, sendo de 73 meses a duração real da sua participação, de acordo com o que ficou demonstrado no processo [41]. Ora, tendo em conta este elemento e aplicando o método de cálculo utilizado pela Comissão, o órgão jurisdicional reduziu proporcionalmente o montante da coima [42].

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

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

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

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

41 — V. n.os 4807 a 4814 do acórdão, em particular, o quinto travessão deste último número.

42 — V. n.° 4815 e o sétimo travessão do n.° 12 da parte decisória do acórdão recorrido.

C. O respeito do princípio da proporcionalidade

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

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

50. O Tribunal de Justiça declarou que a gravidade das infracções deve ser apreciada em função de um grande número de elementos tais como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, acrescentando que não existe uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios [43].

51. Creio que existem três critérios centrais para essa apreciação: a natureza da infracção, o impacto na concorrência e a delimitação geográfica do mercado afectado; cada um analisado numa dimensão objectiva, a da própria infracção, e noutra subjectiva, a da empresa responsável [44].

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

43 — V. acórdão de 7 de Junho de 1983, Musique diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.° 120), e de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-215/95 P, Colect., p. I-4411, n.° 33); v. também o despacho de 25 de Março de 1996, SPO e o./Comissão (C-137/95 P, Colect., p. I-1611, n.° 54).

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

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

54. A exigência de que a sanção seja proporcional à infracção tem como consequência que, quando uma infracção tiver sido cometida por várias pessoas [45], se deva analisar, utilizando os parâmetros referidos, a gravidade relativa da participação de cada uma [46]. É um imperativo do princípio da igualdade, que exige que a coima seja idêntica para todas as empresas na mesma situação e impede que as que se encontram em situação diferente sejam punidas com sanções semelhantes.

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

56. Todos os comportamentos, que necessariamente não são idênticos, prosseguiam o mesmo objectivo contra a concorrência, pelo que, para efeitos da sanção, podiam ser agrupados pela respectiva gravidade em uma ou mais categorias em função dos efeitos no mercado e dos efeitos na livre concorrência.

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

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

46 — V. acórdãos, já referidos, Suiker Unie e o./Comissão, n.º 623, e de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.º 110).

58. As razões expostas pela Comissão, que o Tribunal de Primeira Instância aceitou [47], para distinguir as duas categorias de empresas correspondem a um critério objectivo e razoável como o do efeito das condutas na concorrência e, em particular, na compartimentação dos mercados nacionais. Deste modo, os comportamentos descritos nos artigos 2.°, 3.° e 4.° da decisão, na medida em que tinham por fim a protecção directa dos referidos mercados, foram considerados mais graves, enquanto os descritos nos artigos 5.° e 6.°, com «efeitos menos directos» [48], podiam ser qualificados como menos graves.

59. Por conseguinte, se os critérios da Comissão estão em conformidade com os princípios que presidem à aplicação das coimas, a redução a que o Tribunal de Primeira Instância procedeu, ao seguir regras iguais, também os cumpriu.

60. Por outras palavras, o critério que consiste em punir, no que respeita ao mercado do cimento cinzento, a participação no acordo Cembureau (artigo 1.° da decisão), independentemente das medidas concretas de execução levadas a cabo (artigos 2.° e 6.° da decisão), é juridicamente acertado. Também o é o entendimento do Tribunal de Primeira Instância de não reduzir o montante da coima aplicada às empresas que, apesar de não as considerar autoras de algumas medidas isoladas de execução que lhes eram imputadas na decisão, participaram no acordo com a intensidade referida pela Comissão na sua decisão de punição [49].

61. Em face do exposto, este fundamento deve ser julgado improcedente.

V — Recapitulação e decisão proposta

62. No n.° 31, sugeri ao Tribunal de Justiça que acolha o segundo fundamento de recurso invocado pela Ciments Français, cuja procedência obriga a anular o acórdão recorrido na medida em que fixou em 12,52 milhões de euros o montante da coima correspondente às infracções cometidas pela referida empresa no mercado do cimento cinzento.

47 — V. n.° 65, ponto 9, da decisão e n.° 4968 do acórdão recorrido.

48 — N.° 4968, *in fine*, do acórdão recorrido.

49 — Quanto à Ciments Français, v. o n.° 65, ponto 3, alínea b), da decisão.

63. Afastado o acórdão recorrido do mundo do direito, o Tribunal de Justiça pode, por dispor de todos os elementos para o conhecimento da causa, decidir dos pedidos da recorrente [50], ainda que seja apenas por razões elementares de economia processual [51].

64. Ora, julgando-se parcialmente procedente o pedido, cabe reduzir a coima aplicada no artigo 9.° da decisão à Ciments Français, pelas condutas contrárias à concorrência que prosseguiu no mercado do cimento cinzento, para o montante de 9,62 milhões de euros. É um cálculo correcto, feito pela própria recorrente no ponto 2.4 da petição, baseado em dados que forneceu em primeira instância e no recurso dela interposto, não discutidos pela Comissão.

65. Não vejo razões para se alterar a decisão do Tribunal de Primeira Instância quanto às despesas [52].

VI — As despesas do recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância

66. De acordo com o disposto no artigo 122.°, primeiro parágrafo, conjugado com o artigo 69.°, n.° 3, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, cada uma das partes deverá pagar as respectivas despesas originadas pelo presente recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância.

50 — Nas conclusões que apresentei no processo em que foi proferido o acórdão de 14 de Setembro de 1999, Comissão/Assidomän Kraft Products e o. (C-310/97 P, Colect., p. I-5363, nota 70), assinalei que é uma faculdade que lhe reconhece o artigo 54.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, ao determinar que, «[q]uando o recurso for procedente, o Tribunal de Justiça anulará a decisão do Tribunal de Primeira Instância. Pode, neste caso, julgar definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para julgamento». Uma das hipóteses a que pode aplicar-se a possibilidade prevista nesta disposição é a do erro *in iudicando*, sempre que o relato dos factos seja completo e suficiente para julgar definitivamente e não haja que proceder à produção de prova. Parece ser este o entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora nunca tenha exprimido a razão por que considerava que o litígio se encontrava em condições de ser julgado, limitando-se a afirmar laconicamente, por exemplo, «tal como acontece no presente caso» (acórdãos de 20 de Fevereiro de 1992, Parlamento/Hanning, C-345/90 P, Colect., pp. I-949 e segs., especialmente, p. I-989, e de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o., C-137/92 P, Colect., p. I-2255, mais especialmente, p. I-2648).
Resumindo, compete ao Tribunal de Justiça decidir sobre o mérito da causa sempre que conclua, com base nas peças do processo, que o litígio está em condições de ser julgado (v. Héron, J.: *Droit Judiciaire privé*, Ed. Montchrétien, Paris, 1991, p. 517; Vincent, J.; Guinchard, S.: *Procédure Civile*, Ed. Dalloz, Paris, 1994, p. 922), de acordo com o previsto pelo legislador comunitário que configura o Tribunal de Justiça como um verdadeiro órgão jurisdicional de cassação moderno, dotado de ampla liberdade para proferir um acórdão de anulação sempre que o julgue oportuno (v. Nieva Fenoll, J.: *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 430).

51 — A decisão foi adoptada em 1994.

52 — V. n.os 5119 a 5123, 5131 e 5132 do acórdão recorrido.

VII — Conclusão

67. Tendo em conta as considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que:

1.° Julgue procedente o segundo fundamento do recurso interposto pela Ciments Français.

2.° Anule parcialmente o acórdão recorrido.

3.° Julgue parcialmente procedente o pedido deduzido pela Ciments Français e, nesses termos, anule o artigo 9.° da decisão relativamente à referida empresa.

4.° Reduza a coima que lhe foi aplicada, pelas condutas contra a concorrência prosseguidas no mercado do cimento cinzento, para o montante de 9,62 milhões de euros.

5.° Condene cada uma das partes nas respectivas despesas.