CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
YVES BOT
apresentadas em 26 de Março de 2009 [1]

Índice

I — Enquadramento jurídico . . . . . I - 8699

II — Matéria de facto . . . . . I - 8701

III — Recurso para o Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido . . . . . I - 8703

IV — Processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes . . . . . I - 8704

V — Fundamentos dos presentes recursos . . . . . I - 8705

A — Fundamentos invocados pela Erste (C-125/07 P) . . . . . I - 8705

B — Fundamentos invocados pela RZB (C-133/07 P) . . . . . I - 8690

C — Fundamentos invocados pela BA-CA (C-135/07 P) . . . . . I - 8707

D — Fundamentos invocados pela ÖVAG (C-137/07 P) . . . . . I - 8709

VI — A apensação dos presentes recursos e o seu tratamento no quadro das presentes conclusões . . . . . I - 8710

VII — Observações preliminares . . . . . I - 8710

A — Quanto ao âmbito da fiscalização exercida pelo Tribunal de Justiça no quadro dos presentes recursos . . . . . I - 8711

B — Contexto jurídico e factual da fiscalização das práticas e dos acordos anticoncorrenciais . . . . . I - 8713

VIII — Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 81.º, n.º 1, CE . . . . . I - 8716

A — Quanto ao primeiro fundamento, relativo a uma errada apreciação da condição da afectação do comércio entre os Estados-Membros . . . . . I - 8716

1. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa à errada apreciação da aptidão de um acordo que cobre todo o território nacional para afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros . . . . . I - 8719

1 — Língua original: francês.

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8719

b) Apreciação . . . . . I - 8720

2. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do Tribunal de Primeira Instância devido a uma análise global dos efeitos transfronteiriços do acordo . . . . . I - 8724

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8724

b) Apreciação . . . . . I - 8725

i) Quanto à primeira crítica, relativa a uma errada aplicação e apreciação da jurisprudência comunitária . . . . . I - 8725

— Quanto ao acórdão VGB e o./Comissão . . . . . I - 8725

— No que diz respeito ao acórdão Bagnasco e o. . . . . I - 8728

ii) Quanto ao carácter erróneo, insuficiente e contraditório da análise do Tribunal de Primeira Instância relativa à definição do mercado relevante . . . . . I - 8729

— Quanto à forma como o Tribunal de Justiça aprecia as alegações relativas à incorrecta definição do mercado relevante . . . . . I - 8729

— Quanto ao carácter insuficiente e contraditório da fundamentação . . . . . I - 8732

— Quanto à errada referência ao acórdão SPO e o./Comissão . . . I - 8734

3. Quanto à terceira parte do fundamento, relativa à não demonstração de que o acordo afectava de forma sensível o comércio intracomunitário . . . . . I - 8734

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8734

b) Apreciação . . . . . I - 8735

4. Quanto à quarta parte do fundamento, relativa à falta de análise dos efeitos concretos do acordo no mercado . . . . . I - 8736

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8736

b) Apreciação . . . . . I - 8736

B — Quanto ao segundo fundamento, relativo a uma errada imputação da responsabilidade pela infracção . . . . . I - 8737

1. Argumentação das partes . . . . . I - 8737

2. Apreciação . . . . . I - 8738

IX — Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, por a apreciação da gravidade da infracção e a determinação do montante base da coima estarem inquinados por erros de direito e de fundamentação e violarem os direitos de defesa . . . . . I - 8742

A — Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de direito na apreciação da gravidade da infracção . . . . . I - 8742

1. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa a uma apreciação não conforme com as orientações . . . . . I - 8744

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8744

b) Apreciação . . . . . I - 8745

2. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação da «natureza específica» da infracção . . . . . I - 8746

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8746

b) Apreciação . . . . . I - 8747

3. Quanto à terceira parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do «impacto concreto da infracção no mercado» . . . . . I - 8749

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8749

b) Apreciação . . . . . I - 8749

i) Perspectiva do juiz comunitário . . . . . I - 8751

ii) O nosso ponto de vista . . . . . I - 8755

4. Quanto à quarta parte do fundamento, relativa à errada apreciação da «dimensão do mercado geográfico relevante» . . . . . I - 8758

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8758

b) Apreciação . . . . . I - 8758

5. Quanto à quinta parte do fundamento, relativa à incorrecta apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância do carácter selectivo dos processos instaurados e à violação do dever de fundamentação . . . . . I - 8759

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8759

b) Apreciação . . . . . I - 8760

6. Quanto à sexta parte do fundamento, relativa à não apreciação global da gravidade da infracção . . . . . I - 8761

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8761

b) Apreciação . . . . . I - 8761

7. Quanto à sétima parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação da repartição das recorrentes por categorias . . . . . I - 8762

a) As críticas das recorrentes . . . . . I - 8763

i) Quanto à primeira crítica, relativa à ilegalidade da atribuição aos estabelecimentos centrais das quotas de mercado dos bancos dos sectores descentralizados . . . . . I - 8763

— Quanto ao princípio da atribuição e aos critérios de apreciação utilizados para o efeito . . . . . I - 8763

— Quanto à violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, do princípio da proporcionalidade da sanção, do princípio da responsabilidade pessoal pelas infracções ao direito da concorrência e do princípio da igualdade . . . . . I - 8764

ii) Quanto à segunda crítica, relativa à violação dos direitos de defesa I - 8765

iii) Quanto à terceira crítica, relativa a uma errada apreciação do papel e das funções dos estabelecimentos centrais no seio dos grupos bancários . . . . . I - 8766

iv) Quanto à quarta crítica, relativa à incorrecta determinação das quotas de mercado da Erste e do agrupamento das caixas de aforro I - 8766

v) Quanto à quinta crítica, relativa à desvirtuação dos factos e dos elementos de prova . . . . . I - 8767

b) Apreciação . . . . . I - 8768

i) Quanto à primeira crítica, relativa à ilegalidade da atribuição aos estabelecimentos centrais das quotas de mercado dos bancos dos sectores descentralizados . . . . . I - 8768

B — Quanto ao segundo fundamento, relativo a erros de direito, falta de fundamentação e desvirtuação dos elementos de prova no que diz respeito à existência de circunstâncias atenuantes . . . . . I - 8770

a) Quanto à primeira parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do comportamento passivo da ÖVAG pelo Tribunal de Primeira Instância I - 8771

i) Argumentação das partes . . . . . I - 8771

— Quanto à primeira crítica, relativa ao exercício incorrecto da competência jurisdicional do Tribunal de Primeira Instância . . . . I - 8771

— Quanto à segunda crítica, relativa à utilização de um critério de apreciação errado . . . . . I - 8771

— Quanto à terceira crítica, relativa a uma desvirtuação dos elementos de prova apresentados ao Tribunal de Primeira Instância . . . . . I - 8771

— Quanto à quarta crítica, relativa a uma contradição na fundamentação . . . . . I - 8772

ii) Apreciação . . . . . I - 8772

b) Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação da participação das autoridades públicas nos comités bancários pelo Tribunal de Primeira Instância . . . . . I - 8773

i) Argumentação das partes . . . . . I - 8773

ii) Apreciação . . . . . I - 8774

c) Quanto à terceira parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do carácter público das reuniões pelo Tribunal de Primeira Instância . . . . . I - 8776

i) Argumentação das partes . . . . . I - 8776

ii) Apreciação . . . . . I - 8776

C — Quanto ao terceiro fundamento, relativo a erros de direito, à violação dos princípios da igualdade de tratamento, da protecção da confiança legítima e dos direitos de defesa, bem como a uma fundamentação insuficiente e contraditória no que diz respeito à aplicação do ponto D da comunicação sobre a cooperação I - 8777

1. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa a uma errada avaliação, pelo Tribunal de Primeira Instância, do poder de apreciação da Comissão e do exercício da sua fiscalização jurisdicional . . . . . I - 8780

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8780

b) Apreciação . . . . . I - 8780

2. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a erros de direito na aplicação da comunicação sobre a cooperação . . . . . I - 8781

a) Quanto à primeira crítica, relativa à utilização de um critério de apreciação errado e à violação do princípio da igualdade de tratamento I - 8781

i) Argumentação das partes . . . . . I - 8781

ii) Apreciação . . . . . I - 8782

b) Quanto à segunda crítica, relativa a erros de direito no quadro da análise da extensão da cooperação das empresas, à violação dos princípios da igualdade de tratamento, da protecção da confiança legítima e do respeito dos direitos de defesa, bem como a uma fundamentação insuficiente e contraditória . . . . . I - 8783

i) Quanto ao primeiro argumento da RZB, relativo a uma errada apreciação do carácter voluntário das respostas aos pedidos de informações e a uma violação dos direitos de defesa . . . . . I - 8784

— Argumentação das partes . . . . . I - 8784

— Apreciação . . . . . I - 8785

ii) Quanto ao segundo argumento, relativo a erros de direito no âmbito da apreciação da exposição conjunta dos factos . . . . . I - 8788

— Argumentação das partes . . . . . I - 8788

— Apreciação . . . . . I - 8789

iii) Quanto ao terceiro argumento, relativo a uma errada apreciação do reconhecimento pela RZB da finalidade anticoncorrencial da infracção e a uma violação do princípio da igualdade de tratamento I - 8790

— Argumentação das partes . . . . . I - 8790

— Apreciação . . . . . I - 8790

iv) Quanto ao quarto argumento, relativo à inversão do ónus da prova no que respeita ao valor da cooperação da RZB e a uma violação do princípio da protecção da confiança legítima . . . . . I - 8791

— Argumentação das partes . . . . . I - 8791

— Apreciação . . . . . I - 8775

v) Quanto ao quinto argumento, relativo a erros de direito e a uma fundamentação contraditória no contexto da análise do Tribunal de Primeira Instância sobre o valor dos documentos adicionais apresentados pela BA-CA . . . . . I - 8792

— Argumentação das partes . . . . . I - 8792

— Apreciação . . . . . I - 8793

vi) Quanto ao sexto argumento, relativo à não consideração das respostas dadas pela BA-CA à comunicação das acusações . . . . . I - 8794

— Argumentação das partes . . . . . I - 8794

— Apreciação . . . . . I - 8794

3. Quanto à terceira parte, relativa à violação dos direitos de defesa, na medida em que neles se inclui o direito de ser ouvido . . . . . I - 8795

a) Argumentação das partes . . . . . I - 8795

b) Apreciação . . . . . I - 8795

D — Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa, na medida em que neles se inclui o direito de ser ouvido, e do dever de fundamentação do Tribunal de Primeira Instância relativamente às suas conclusões sobre os pedidos de redução das coimas . . . . . I - 8796

1. Argumentação das partes . . . . . I - 8796

2. Apreciação . . . . . I - 8796

X — Quanto às consequências da anulação do acórdão recorrido . . . . . I - 8798

A — Quanto ao primeiro fundamento, relativo a uma errada apreciação da gravidade da infracção e do montante de base da coima atenta a não demonstração de um impacto concreto do cartel no mercado . . . . . I - 8798

1. Argumentação das partes . . . . . I - 8798

2. Apreciação . . . . . I - 8799

B — Quanto ao segundo fundamento, relativo a uma errada apreciação no que respeita à classificação por categorias da Erste, da RZB e da ÖVAG para efeitos da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante da base da coima . . . . . I - 8804

1. Quanto à decisão controvertida . . . . . I - 8804

2. Síntese da argumentação das partes . . . . . I - 8805

3. Apreciação . . . . . I - 8806

XI — Quanto às despesas . . . . . I - 8816

XII — Conclusão . . . . . I - 8817

1. O presente processo tem por objecto os recursos que quatro bancos austríacos, ou seja, o Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG [2] (C-125/07 P), o Raiffeisen Zentralbank Österreich AG [3] (C-133/07 P), o Bank Austria Creditanstalt AG [4] (C-135/07 P) e o Österreichische Volksbanken AG [5] (C-137/07 P) interpuseram do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 14 de Dezembro de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./ /Comissão [6].

2. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância confirmou, no essencial, a Decisão 2004/138/CE da Comissão [7], que declarou verificada a participação dessas empresas numa série de acordos e práticas concertadas, contrários ao artigo 81.º CE, no mercado dos produtos e serviços bancários na Áustria. Contudo, o Tribunal de Primeira Instância, após ter controlado as conclusões da Comissão das Comunidades Europeias quanto à duração da infracção e à cooperação dos bancos com esta instituição, modificou a sanção aplicada à Österreichische Postpartkasse (a seguir «PSK»).

3. Nos presentes recursos, as recorrentes contestam a apreciação do Tribunal de Primeira Instância quanto aos requisitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, nomeadamente o relativo à afectação do comércio entre Estados-Membros. Além disso, acusam o Tribunal de Primeira Instância de ter violado o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do Conselho [8], nomeadamente devido a ter apreciado de forma errada a gravidade da infracção para efeitos do cálculo da coima. Por fim, as recorrentes fazem várias críticas à apreciação do Tribunal de Primeira Instância quanto à existência de circunstâncias atenuantes e à importância da sua cooperação no processo.

4. Nas presentes conclusões, proporemos ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido, por o Tribunal de Primeira Instância ter cometido dois erros de direito na sua apreciação da gravidade da infracção para feitos do cálculo do montante de base da coima.

5. Com efeito, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um primeiro erro de direito ao considerar que a Comissão podia basear-se na concretização do cartel para concluir pela existência de um impacto concreto da infracção no mercado. Consideramos, além disso, que o Tribunal de Primeira

2 — A seguir «Erste».

3 — A seguir «RZB».

4 — A seguir «BA-CA». A BA-CA é a instituição que resultou da fusão, em Setembro de 1998, do Bank Austria AG (BA) com o Creditanstalt AG (CA). A denominação social foi modificada em 13 de Agosto de 2002.

5 — A seguir «ÖVAG».

6 — T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, Colect., p. II-5169 (a seguir «acórdão recorrido»).

7 — Decisão de 11 de Junho de 2002, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/ /36.571/D-1 — Bancos austríacos («Clube Lombard») (JO 2004, L 56, p. 1, a seguir «decisão controvertida»).

8 — Regulamento 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), conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999 do Conselho, de 10 de Junho de 1999 (JO L 148, p. 5, a seguir «Regulamento n.º 17»). Importa referir que esse regulamento foi substituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1).

Instância cometeu um segundo erro de direito e viciou o acórdão recorrido com uma contradição na fundamentação ao considerar que a Comissão, para efeitos da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante da coima podia imputar à Erste, à RZB e à ÖVAG, enquanto estabelecimentos centrais, as quotas de mercado dos bancos dos respectivos sectores descentralizados, embora não lhes tenha imputado o comportamento ilícito destes.

6. Na medida em que o litígio está, a nosso ver, em condições de ser julgado, proporemos ao Tribunal de Justiça que, nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, se pronuncie definitivamente sobre estes dois fundamentos de recurso invocados no Tribunal de Primeira Instância. No termo dessa avocação, proporemos ao Tribunal de Justiça que anule o artigo 3.º da decisão controvertida e que fixe, no exercício da sua competência de plena jurisdição, o montante das coimas a aplicar a cada uma das empresas em causa.

I — Enquadramento jurídico

7. O artigo 81.º CE proíbe «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».

8. No caso de violação dessa disposição, a Comissão pode, em conformidade com o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, «aplicar às empresas e associações de empresas multas de mil [euros], no mínimo, a um milhão de [euros], podendo este montante ser superior desde que não exceda dez por centro do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção».

9. A fim de garantir a transparência e a objectividade das suas decisões, tanto em relação às empresas como em relação ao juiz comunitário, a Comissão publicou, em 1998, orientações nas quais define o método de cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 [9].

10. O ponto 1 das orientações dispõe que, no cálculo do montante das coimas, o montante de base é determinado em função dos critérios referidos no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, ou seja, a gravidade e a duração da infracção.

11. Em primeiro lugar, a avaliação da gravidade da infracção deve ter em consideração o carácter da própria infracção, o seu impacto concreto no mercado quando este for quanti-

9 — Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º, do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações»).

ficável e a dimensão do mercado geográfico de referência (ponto 1, A, primeiro parágrafo, das orientações). Neste contexto, as infracções são classificadas em três categorias, designadamente «infracções pouco graves», para as quais o montante previsto das coimas é de 1 000 euros a 1 milhão de euros, «infracções graves», para as quais esse montante pode variar entre 1 milhão de euros e 20 milhões de euros, e «infracções muito graves», para as quais o referido montante é superior a 20 milhões de euros (ponto 1, A, primeiro a terceiros travessões, das orientações).

12. Em segundo lugar, a gravidade da infracção é analisada em função das características de cada empresa em causa. No interior de cada uma destas categorias, a escala das sanções permite diferenciar o tratamento a aplicar às empresas em função da natureza das infracções cometidas. A Comissão toma, então, em consideração a capacidade económica efectiva dos autores da infracção de causarem um prejuízo e determina um montante que assegure que a coima apresenta um carácter dissuasivo (ponto 1, A, quarto parágrafo, das orientações). É nesta fase que a Comissão pode classificar as empresas em diversas categorias e ponderar o montante de base da coima para cada uma delas.

13. Em terceiro lugar, a Comissão toma em consideração a duração da infracção.

14. Por força dos pontos 2 e 3 das orientações, a Comissão pode, em seguida, ter em conta certas circunstâncias agravantes ou atenuantes para aumentar ou diminuir o montante de base.

15. Além disso, em conformidade com o ponto 4 das referidas orientações, a Comissão pode aplicar a sua comunicação de 18 de Julho de 1996 sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas [10]. Esta comunicação define as condições em que as empresas que cooperem com a Comissão durante as suas investigações sobre um acordo, decisão ou prática concertada poderão beneficiar da não aplicação ou redução da coima que, em princípio, lhes seria aplicada.

16. O ponto D da comunicação sobre a cooperação está redigido nos seguintes termos:

«Redução significativa da coima

1. A partir do momento em que uma empresa se propõe cooperar sem se encontrarem

10 — JO C 207, p. 4, a seguir «comunicação sobre a cooperação».

preenchidas todas as condições expostas nos pontos B ou C, a mesma beneficiará de uma redução de 10% a 50% do montante da coima que lhe teria sido aplicada na falta da sua cooperação.

2. Esta situação pode verificar-se, nomeadamente, se:

— uma empresa, antes do envio de uma comunicação de acusações, fornecer à Comissão informações, documentação ou outras provas que contribuam para confirmar a existência da infracção,

— uma empresa, após ter recebido a comunicação de acusações, informar a Comissão de que não contesta a materialidade dos factos em que a Comissão baseia as suas acusações.»

17. A título de observação do carácter geral, o ponto 5, alínea a), primeiro parágrafo, das orientações precisa que o montante final da coima nunca poderá ultrapassar 10% do volume de negócios mundial das empresas nos termos do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

II — Matéria de facto

18. Os factos, como decorrem do acórdão recorrido, podem resumir-se da forma a seguir indicada.

19. Em 30 de Junho de 1997, o partido político Freiheitliche Partei Österreichs apresentou uma denúncia contra oito instituições de crédito austríacas por suspeita de participação em acordos e/ou práticas concertadas contrárias ao artigo 81.º CE. Em Junho de 1998, a Comissão efectuou inspecções surpresa nas instalações dessas empresas, tendo-lhes em seguida enviado, em Setembro de 1998, um pedido de informações. Os principais bancos visados ofereceram à Comissão a sua «cooperação» na investigação.

20. Em 13 de Setembro de 1999, a Comissão enviou a oito bancos a comunicação de acusações adoptada em 11 de Setembro de 1999. Estes tiveram acesso ao processo e apresentaram observações escritas. Foram também ouvidos. Em seguida, a Comissão enviou-lhes, em 22 de Novembro de 2000, uma comunicação de acusações complementar, sobre a qual as empresas em causa tiveram a possibilidade de apresentar observações escritas e orais. No essencial, a Comissão acusou essas empresas da criação do que ela própria designa como «rede Lombard», ou seja, um conjunto de reuniões regulares no âmbito das quais concertavam regularmente o seu comportamento quanto

aos parâmetros principais em termos de concorrência no mercado austríaco dos produtos e serviços bancários.

21. Em 11 de Junho de 2002, a Comissão adoptou a decisão controvertida.

22. A Comissão qualificou os factos apurados de infracção complexa de longa duração. As empresas destinatárias da decisão controvertida foram escolhidas com base na frequência da sua participação nos principais comités e no papel que, por força da sua dimensão, desempenham no mercado bancário austríaco.

23. A decisão controvertida refere que, na Áustria, os acordos entre bancos, em especial em matéria de taxas de juro e comissões, faziam parte de uma antiga tradição, baseada em parte na legislação nacional. Esta legislação foi revogada, o mais tardar, em 1 de Janeiro de 1994, quando da adesão da República da Áustria ao Espaço Económico Europeu (EEE) e da entrada em vigor da Lei sobre o sistema bancário (Bundesgesetz über das Bankwesen) [11]. Contudo, a Comissão sublinhou que as instituições de crédito continuaram a celebrar acordos no âmbito de uma rede institucionalizada e abrangente de comités bancários.

24. A decisão controvertida descreve como este grupo, tão diversificado na forma como amplo quanto ao fundo, permitiu que as instituições membros se concertassem regularmente quanto ao seu comportamento no mercado, nomeadamente no que se refere às taxas de juro e às comissões bancárias.

25. O «clube Lombard» constituía a instância suprema e era composto por representantes da direcção dos principais bancos austríacos. A nível inferior, reuniam-se os comités técnicos, relacionados com produtos específicos (créditos, poupança), ou comités especializados, dedicados nomeadamente às operações efectuadas com as empresas (por exemplo, o segmento «profissões liberais»), com clientes particulares (por exemplo, «comité hipotecário»), ou a temas relevantes do ponto de vista da concorrência (por exemplo, o «clube das exportações»). Reuniam-se também regularmente comités regionais em todos os *Länder* austríacos. A Comissão realça o papel particular desempenhado pelas instituições centrais, correntemente designadas por «*sociétés faîtières*» (sociedades de topo), atenta a coordenação e a representação dos seus sectores descentralizados, isto é, no que diz respeito à Erste, o sector das caixas de aforro, no que diz respeito à RZB, o sector RZB, e, no que diz respeito à ÖVAG, o sector dos bancos populares [12].

11 — BGBl. 3903/1993.

12 — Tal como o Tribunal de Primeira Instância indicou no n.º 6 do acórdão recorrido, na Áustria é feita a distinção entre os bancos que têm uma estrutura com um só nível e os grupos bancários estruturados em diversos níveis, também ditos «descentralizados».

26. No artigo 1.º da decisão controvertida, a Comissão realça que os oito bancos destinatários desta decisão infringiram o disposto no n.º 1 do artigo 81.º CE, ao participarem em acordos e práticas concertadas sobre preços, comissões e outros parâmetros concorrenciais, no período de 1 de Janeiro de 1995 a 24 de Junho de 1998, que tinham por objectivo restringir a concorrência no mercado de produtos e serviços bancários na Áustria.

27. O artigo 2.º da referida decisão obriga as empresas visadas a pôr termo imediato à infracção.

28. Nos termos do artigo 3.º da decisão controvertida, a Comissão aplicou uma coima a cada uma dessas empresas, nomeadamente uma coima de 37,69 milhões de euros à Erste, de 30,38 milhões de euros à RZB, de 30,38 milhões ao Bank Austria AG e de 7,59 milhões de euros à ÖVAG.

29. Estas coimas foram calculadas com base no método previsto nas orientações e na comunicação sobre a cooperação

30. No que diz respeito à gravidade da infracção, a Comissão qualifica as reuniões de bancos como «infracção muito grave» ao artigo 81.º CE, sem que a dimensão relativamente limitada do mercado geográfico relevante altere essa apreciação. Seguidamente, a Comissão reparte os participantes nos acordos por cinco categorias, em função das respectivas quotas de mercado. Imputa então às sociedades de topo as quotas de mercado dos bancos dos respectivos sectores descentralizados.

31. No que diz respeito à duração da infracção, a Comissão considerou o período compreendido entre 1 de Janeiro de 1995 e Junho de 1998. Atenta esta duração, a Comissão agravou o montante de base da coima em 35%.

32. A Comissão não reconheceu qualquer circunstância aos bancos. Em contrapartida e de acordo com a comunicação sobre a cooperação, concedeu uma redução de 10% da coima devido à «não contestação» dos elementos de facto pelos destinatários da decisão controvertida.

III — Recurso para o Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

33. A RZB, por petição apresentada na secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 30 de Agosto de 2002, e mais tarde a Erste, a BA-CA e a ÖVAG, por petições apresentadas em 2 de Setembro de 2002, bem como outros bancos destinatários da decisão

controvertida, interpuseram recurso de anulação da referida decisão.

34. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento aos recursos das recorrentes e condenou-as no pagamento das despesas.

IV — Processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

35. Nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, a Erste, por petição apresentada na secretaria do Tribunal de Justiça em 2 de Março de 2007, e a RZB, a BA-CA e a ÖVAG, por petições apresentadas em 6 de Março de 2007, interpuseram recurso do referido acórdão.

36. A Erste, a RZB, a BA-CA e a ÖVAG, concluem pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— a título principal, anular o acórdão recorrido, na medida em que negou provimento ao recurso interposto pelas recorrentes, e anular a decisão controvertida;

— subsidiariamente, reduzir a coima aplicada às recorrentes pelo artigo 3.º da referida decisão;

— em qualquer caso, condenar a Comissão nas despesas, e

— ainda mais subsidiariamente, a Erste e a ÖVAG pedem também que o Tribunal de Justiça se digne anular o acórdão recorrido e remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância.

37. A Comissão, no conjunto dos processos, conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— julgar integralmente improcedentes os recursos interpostos pelas recorrentes;

— confirmar o acórdão recorrido, e

— condenar as recorrentes nas despesas do processo.

V — Fundamentos dos presentes recursos

A — *Fundamentos invocados pela Erste (C-125/07 P)*

38. A Erste invoca três fundamentos com base nos quais pretende obter ou a anulação integral da decisão controvertida ou a redução da coima que lhe foi aplicada.

39. No quadro do primeiro fundamento, a Erste alega uma violação do artigo 81.º, n.º 1, CE. Este fundamento divide-se em duas partes:

— a primeira parte do fundamento diz respeito à errada apreciação da condição relativa à afectação do comércio entre os Estados-Membros, e

— a segunda parte do fundamento diz respeito a um erro de direito relativamente à imputabilidade da infracção.

40. No quadro do segundo fundamento, a Erste afirma ter-se verificado uma violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, devido a uma errada apreciação da gravidade da infracção e do montante de base da coima. Em apoio desse fundamento, a Erste contesta a divisão por categorias que a Comissão efectuou para efeitos do cálculo da coima. A este respeito, este fundamento decompõe-se em duas partes:

— a primeira parte diz respeito a erros de direito decorrentes da imputação à Erste das quotas de mercado do sector descentralizado das caixas de aforro, e

— a segunda parte diz respeito à incorrecta determinação das quotas de mercado da Erste e do sector descentralizado das caixas de aforro.

41. Por fim, no âmbito do terceiro fundamento, a Erste refere a violação dos direitos de defesa, na medida em que a comunicação de acusações não mencionava a intenção da Comissão de lhe atribuir quotas de mercado do sector descentralizado das caixas de aforro.

B — *Fundamentos invocados pela RZB (C-133/07 P)*

42. A RZB invoca igualmente três fundamentos que visam, essencialmente, obter ou anulação integral da decisão controvertida ou a redução do valor da coima que lhe foi aplicada.

43. No âmbito do primeiro fundamento, a RZB contesta a existência de uma infracção do artigo 81.º, n.º 1, CE, devido à errada apreciação da condição relativa à afectação do comércio entre os Estados-Membros.

44. Em apoio do seu segundo fundamento, a RZB alega uma infracção do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, por a análise da gravidade da infracção ser incorrecta e padecer de erros de direito. Este fundamento subdivide-se em seis partes:

— no quadro das três primeiras partes, a RZB defende que o Tribunal de Primeira Instância não apreciou correctamente a natureza da infracção, o seu impacto concreto no mercado e a sua dimensão geográfica;

— em apoio da quarta parte, sustenta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao não ter em conta o carácter selectivo dos processos;

— no quadro da quinta parte, a RZB acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter procedido a uma análise global da gravidade da infracção, e

— em apoio da sexta parte, a RZB critica a repartição por categorias a que a Comissão procedeu para efeitos do cálculo da coima. Contesta a imputação que lhe é feita das quotas de mercado do seu sector descentralizado e aduz, a este respeito, cinco críticas. Em primeiro lugar, essa imputação é desprovida de fundamento jurídico. Em segundo lugar, viola o princípio da adaptação da sanção à gravidade dos factos, em terceiro lugar o princípio do carácter pessoal da responsabilidade por infracções ao direito da concorrência e, em quarto lugar, o princípio da igualdade. Por fim, a fundamentação do acórdão recorrido nesta matéria é contraditória.

45. Em apoio do terceiro fundamento, a RZB invoca erros de direito no que diz respeito à aplicação do ponto D da comunicação sobre a

cooperação. Este fundamento subdivide-se em duas partes:

— a primeira diz respeito à utilização de um critério de apreciação errado. Neste contexto, a RZB faz duas acusações relativas, em primeiro lugar, à violação do princípio da não-retroactividade e, em segundo lugar, à violação do princípio da protecção da confiança legítima;

— a segunda parte diz respeito à errada apreciação do âmbito da cooperação da RZB no procedimento, subdividindo-se em quatro críticas:

— as três primeiras dizem respeito, em primeiro lugar, a uma errada apreciação do carácter voluntário das respostas aos pedidos de informações, em segundo lugar, a um erro de direito no contexto da apreciação da exposição conjunta dos factos e, em terceiro lugar, a uma incorrecta apreciação do reconhecimento pela RZB do objectivo anticoncorrencial da infracção,

— em apoio da quarta crítica, a recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter invertido o ónus da prova no que diz respeito ao valor da sua cooperação, tendo, desse modo, violado o princípio da protecção da confiança legítima.

C — *Fundamentos invocados pela BA-CA (C-135/07 P)*

46. A BA-CA invoca quatro fundamentos, todos com o objectivo de obter a redução do montante da coima que lhe foi aplicada pelo artigo 3.º da decisão controvertida.

47. No quadro do primeiro fundamento, a BA-CA alega uma violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, decorrente de erro na apreciação da gravidade da infracção, nomeadamente do impacto concreto desta no mercado. Este fundamento é composto por duas partes:

— a primeira parte diz respeito à errada apreciação no que respeita à existência de efeitos económicos provocados pelos comités bancários, e

— a segunda decorre da violação dos princípios em matéria de produção da prova.

48. Em apoio do segundo fundamento, a BA-CA alega a incorrecta apreciação das circunstâncias atenuantes. Esse fundamento subdivide-se em duas partes:

— na primeira parte, a BA-CA acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter tido em conta a participação de certas autoridades públicas nas reuniões, e

— em apoio da segunda parte, a recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu vários erros de direito ao não atender ao carácter público dos comités.

49. No quadro do terceiro fundamento, a BA-CA alega vários erros de direito, bem como uma violação dos princípios fundamentais relativamente à aplicação do ponto D da comunicação sobre a cooperação. Este fundamento é composto por três partes:

— em apoio da primeira parte, a BA-CA contesta a análise do Tribunal de Primeira Instância quanto ao poder de apreciação da Comissão e quanto ao exercício da sua própria fiscalização jurisdicional;

— a segunda parte é relativa à utilização de um critério de apreciação errado e à violação dos princípios da igualdade de tratamento e da protecção da confiança legítima;

— a terceira parte diz respeito a uma apreciação errada do âmbito da cooperação da BA-CA. Esta terceira parte subdivide-se em quatro críticas:

— as duas primeiras dizem respeito a uma errada apreciação, em primeiro lugar, do valor da exposição conjunta dos factos e, em segundo lugar, do valor dos documentos complementares apresentados pela recorrente;

— na terceira crítica, a BA-CA acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter tido em conta as suas respostas à comunicação de acusações, e

— a quarta baseia-se na violação do direito a ser ouvido.

50. Em apoio do quarto fundamento, a BA-CA defende que o Tribunal de Primeira Instância, no âmbito das suas conclusões sobre os pedidos de redução das coimas, violou os seus direitos de defesa, porquanto incluem o direito a ser ouvido.

D — *Fundamentos invocados pela ÖVAG (C-137/07 P)*

51. Tal como a Erste e a RZB, a ÖVAG apresenta três fundamentos que visam, essencialmente, ou a anulação integral da decisão controvertida ou uma diminuição do montante da coima que lhe foi aplicada pela Comissão.

52. No âmbito do primeiro fundamento, a ÖVAG contesta a existência de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, com base numa errada apreciação da condição relativa à afectação do comércio entre os Estados-Membros. Este fundamento subdivide-se em três partes:

— a primeira parte diz respeito a erros de direito e de fundamentação relativamente à possibilidade de um cartel puramente nacional afectar o comércio intracomunitário;

— a segunda refere-se a erros de direito que o Tribunal de Primeira Instância terá cometido ao apreciar de forma global os efeitos transfronteiriços do cartel. A este respeito, a recorrente apresenta duas críticas relativas, em primeiro lugar, a uma incorrecta apreciação da jurisprudência comunitária e, em segundo, ao carácter erróneo, insuficiente e contraditório da análise relativa à definição de mercado relevante, e

— a terceira tem por objecto a não demonstração, no acórdão recorrido, dos efeitos concretos do cartel no mercado.

53. No âmbito do segundo fundamento, a recorrente alega uma violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, na medida em que considera errada a apreciação da gravi-

dade da infracção, nomeadamente a repartição por categorias, a que a Comissão procedeu para o cálculo da coima.

54. No âmbito do terceiro fundamento, a ÖVAG alega a existência de erros de direito, de uma insuficiência de fundamentação e de um desvirtuação dos factos no quadro da apreciação das circunstâncias atenuantes.

57. Num segundo momento, examinaremos os fundamentos que visam obter uma redução do montante da coima fixado pela Comissão no artigo 3.º da referida decisão. A este respeito, examinaremos os fundamentos relativos a uma errada apreciação da gravidade da infracção e da repartição das recorrentes por categorias. Examinaremos, em seguida, os fundamentos referentes à apreciação das circunstâncias atenuantes e à cooperação das empresas no processo. Finalmente, debruçar-nos-emos sobre o último fundamento apresentado pela BA-CA, relativo à violação dos direitos de defesa e do dever de fundamentação.

VI — A apensação dos presentes recursos e o seu tratamento no quadro das presentes conclusões

55. Devido à sua conexão, os presentes processos foram apensos para efeitos do acórdão, nos termos do artigo 43.º do Regulamento de Processo. Dado que alguns dos fundamentos apresentados pelas recorrentes se sobrepõem, optámos, por razões de clareza, por tratá-los em conjunto.

58. Antes de iniciar a nossa análise, gostaríamos de apresentar, a título preliminar, algumas observações com o objectivo de esclarecer o quadro jurídico em que o Tribunal de Justiça apreciará os presentes recursos.

VII — Observações preliminares

56. Na nossa análise, apreciaremos, num primeiro momento, os fundamentos que questionam a legalidade da integralidade da decisão controvertida. Analisaremos, a este respeito, os fundamentos destinados a pôr em causa a existência de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, a que se refere o artigo 1.º dessa decisão.

59. Estas observações são relativas à fiscalização jurisdicional exercida pelo Tribunal de Justiça no quadro de recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância e ao contexto jurídico e factual da investigação e da sanção aplicável aos comportamentos anticoncorrenciais.

A — *Quanto ao âmbito da fiscalização exercida pelo Tribunal de Justiça no quadro dos presentes recursos*

60. No quadro dos recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância, o Tribunal de Justiça limita-se a examinar se o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito no exercício da sua fiscalização jurisdicional.

61. Nos termos dos artigos 225.º, n.º 1, CE, e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, o recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito e pode ter por fundamento a incompetência do Tribunal de Primeira Instância, irregularidades processuais perante este Tribunal que prejudiquem os interesses do recorrente, bem como a violação do direito comunitário pelo Tribunal de Primeira Instância. Além disso, nos termos do artigo 112.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, a petição de recurso deve conter os fundamentos e argumentos jurídicos invocados.

62. Com base nestas disposições, o Tribunal de Justiça definiu as condições de admissibilidade dos recursos de acórdãos do Tribunal de Primeira Instância.

63. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça entende que um recurso de uma decisão de primeira instância deve indicar de modo preciso os elementos contestados do acórdão cuja anulação é pedida, bem como os argumentos jurídicos em que se apoia especificamente esse pedido [13].

64. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça considera que o recorrente não pode invocar no Tribunal de Justiça, pela primeira vez, fundamentos e argumentos que não invocou no Tribunal de Primeira Instância. Com efeito, isso equivaleria a permitir a uma parte apresentar ao Tribunal de Justiça, cuja competência para julgar recursos em segunda instância é limitada, um litígio com um objecto mais lato do que o submetido ao Tribunal de Primeira Instância [14].

65. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça entende que é inadmissível um recurso de uma decisão de primeira instância que, sem explicar nem identificar o erro de direito que afecta o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, se limita a repetir ou a reproduzir textualmente os fundamentos e argumentos que já foram apresentados neste órgão jurisdicional. Neste caso, o Tribunal de Justiça considera que, com efeito, esse recurso constitui, na realidade, um pedido de simples reanálise da petição apresentada no Tribunal de Primeira Instância, o que escapa à sua competência [15]. Em contrapartida, quando um recorrente contesta a interpretação ou a aplicação do direito comunitário feita pelo Tribunal de Primeira Instância, as questões de direito examinadas em primeira instância

13 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão (C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.º 19 e jurisprudência aí indicada).

14 — Acórdão de 21 de Setembro de 2006, JCB Service/Comissão (C-167/04 P, Colect., p. I-8935, n.º 114 e jurisprudência aí indicada).

15 — V., nomeadamente, acórdão 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.º 51 e jurisprudência aí indicada).

podem ser de novo discutidas no recurso interposto para o Tribunal de Justiça. Com efeito, de acordo com o Tribunal de Justiça, se um recorrente não pudesse basear o seu recurso em fundamentos e argumentos já utilizados no Tribunal de Primeira Instância, o processo ficaria privado de parte do seu sentido [16].

66. Decorre igualmente das disposições acima referidas que o recurso apenas pode basear-se em fundamentos relativos à violação de normas jurídicas. Os fundamentos relativos à apreciação da matéria de facto são, em princípio, inadmissíveis, salvo em duas situações expressamente identificadas pela jurisprudência.

67. Em princípio, o Tribunal de Primeira Instância é o único competente para apurar e apreciar a matéria de facto. Desde que as provas desses factos tenham sido obtidas regularmente e os princípios gerais de direito e as regras de processo aplicáveis em matéria de ónus e de produção da prova sido respeitados, compete também exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância apreciar o valor a atribuir aos elementos que lhe foram submetidos [17].

68. Nesse caso, o Tribunal de Justiça apenas pode, por força do artigo 225.º CE, exercer a fiscalização sobre a qualificação jurídica desses factos e as consequências jurídicas daí retiradas pelo Tribunal de Primeira Instância [18].

69. Deste modo, no contexto, em especial, da aplicação do artigo 81.º CE e do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, a fiscalização exercida pelo Tribunal de Justiça tem um duplo objecto. Por um lado, o Tribunal de Justiça deve apreciar em que medida o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração, de modo juridicamente correcto, todos os factores essenciais para apreciar a gravidade do comportamento da empresa à luz dos artigos 85.º CE e 15.º do Regulamento n.º 17. Por outro, o Tribunal de Justiça deve verificar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu satisfatoriamente a todos os argumentos invocados pela recorrente com vista à supressão ou à redução da coima [19]. Em contrapartida, não compete ao Tribunal de Justiça substituir, por motivos de equidade, pela sua própria apreciação a apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas às empresas [20].

70. Como já referimos, há dois casos em que podem ser submetidas ao Tribunal de Justiça alegações relativas à verificação e apreciação dos factos [21].

16 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Janeiro de 2007, PKK e KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect., p. I-445, n.º 32 e jurisprudência aí indicada).

17 — Acórdãos JCB/Comissão, já referido, (n.º 107 e jurisprudência aí indicada), e de 10 de Maio de 2007, SGL Carbon/Comissão (C-328/05 P, Colect., p. I-3921, n.º 41 e jurisprudência aí indicada).

18 — V., nomeadamente, acórdãos, já referidos, JCB/Comissão (n.º 106 e jurisprudência aí indicada) e SGL Carbon/ /Comissão (n.º 41 e jurisprudência aí indicada).

19 — V. acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/ /Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 128); de 29 de Abril de 2004, British Sugar/Comissão (C-359/01 P, Colect., p. I-4933, n.º 47); de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 244), e de 8 de Fevereiro de 2007, Groupe Danone/ /Comissão (C-3/06 P, Colect., p. I-1331, n.º 69).

20 — V., nomeadamente, acórdãos, já referidos, Baustahlgewebe/ /Comissão (n.º 129); British Sugar/Comissão (n.º 48) e Dansk Rørindustri e o./Comissão (n.º 245).

21 — V. acórdão PKK e KNK/Conselho, já referido (n.º 35).

71. O primeiro é aquele em que o recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância chegou a conclusões cuja inexactidão resulta dos elementos dos autos.

72. O segundo é aquele em que o recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os elementos de prova que lhe foram apresentados. Nesse caso, o Tribunal de Justiça, que, em princípio, não tem competência para examinar as provas que o Tribunal de Primeira Instância acolheu em apoio dos factos, pode proceder a uma fiscalização jurisdicional. O recorrente deve então indicar, de forma precisa, os elementos que foram desvirtuados pelo Tribunal de Primeira Instância e demonstrar os erros de análise que terão, em sua opinião, conduzido o Tribunal de Primeira Instância a essa desvirtuação. Segundo jurisprudência assente, essa desvirtuação deve resultar de forma manifesta dos elementos dos autos, sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e das provas ou recorrer a novos elementos de prova [22].

73. É com base nestas considerações que examinaremos a admissibilidade dos fundamentos e argumentos invocados pelas recorrentes nos recursos ora em apreço.

22 — V., nomeadamente, acórdãos, já referidos, JCB Service/Comissão (n.º 108 e jurisprudência aí indicada) e PKK e KNK/Conselho (n.º 37 e jurisprudência aí indicada).

B — *Contexto jurídico e factual da fiscalização das práticas e dos acordos anticoncorrenciais* [23]

74. A participação de uma empresa em práticas e acordos anticoncorrenciais constitui uma infracção económica destinada a maximizar os seus lucros através, regra geral, da limitação voluntária da oferta, de uma repartição artificial do mercado e de uma subida artificial dos preços. Essas práticas ou esses acordos têm como efeito restringir a livre concorrência e impedir a concretização do mercado comum, nomeadamente dificultando o comércio intracomunitário. Esse tipo de cartel horizontal que afecta as taxas de juros, ou seja, em definitivo, os preços pagos pelos consumidores finais, constitui uma das práticas anticoncorrenciais mais graves [24]. Os acordos relativos às taxas de juros das operações activas e passivas, como os em causa nos presentes processos, constituem um dos instrumentos à disposição das instituições de crédito para competirem entre si, oferecendo taxas mais elevadas para remunerar determinadas contas-poupança ou taxas mais baixas como contrapartida dos créditos concedidos. Ora, a existência de acordos entre instituições de crédito para fixar essas taxas elimina o jogo da concorrência, o que se repercute directamente nos

23 — A este respeito, remetemos para as considerações constantes dos n.os 53 e segs. do acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido.

24 — V., a este respeito, Decisão 2000-D-28 do Conseil de la concurrence, de 19 de Setembro de 2000, relativa à situação da concorrência no sector imobiliário (BOCCRF n.º 13, de 5 de Dezembro de 2000), e o acórdão da cour d'appel de Paris, de 27 de Novembro de 2001, relativo aos recurso interposto pela SA Caisse nationale du crédit agricole, pela SA Société générale, pela SA BNP Paribas, pela SA Crédit lyonnais, pela Confédération nationale du crédit mutuel, pela Fédération du crédit mutuel océan, pela caisse régionale du Crédit agricole de la Loire-Atlantique, pela SA Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) e pela Caisse d'épargne des Alpes da Decisão 2000-D-28 do Conseil de la concurrence de 19 de Setembro de 2000, relativa à situação da concorrência no sector imobiliário (BOCCRF n.º 2, de 31 de Janeiro de 2002).

consumidores, já que estes se vêem privados da sua margem de manobra e deixam de dispor dessas vantagens.

75. Os poderes que o Regulamento n.º 17 confere à Comissão visam permitir-lhe cumprir a missão, que lhe é conferida pelo artigo 81.º CE, de velar pelo respeito das regras da concorrência no mercado comum. De facto, como decorre do número precedente, é do interesse geral evitar as práticas e os acordos anticoncorrenciais, detectá-los e puni-los.

76. Na medida em que as coimas em que as empresas podem incorrer são conhecidas, é normal que as actividades relacionadas com os acordos anticoncorrenciais se desenrolem de forma clandestina, que as reuniões sejam secretas, a maioria das vezes em países terceiros, e que a respectiva documentação se reduza ao mínimo.

77. Mesmo que a Comissão descubra elementos que explicitamente comprovem a existência de um contacto ilegítimo entre operadores, como as actas de reuniões, esses elementos serão normalmente apenas fragmentários e dispersos, pelo que é frequentemente necessário reconstituir determinados pormenores através da dedução.

78. Na maior parte dos casos, a existência de uma prática ou de um acordo anticoncorrenciais deve inferir-se de determinado número de coincidências e de indícios que, considerados no seu todo, podem, na falta de outra explicação coerente, constituir prova da violação das regras da concorrência.

79. Além disso, como acontece nos processos ora em apreço, a Comissão pode ver-se confrontada com dificuldades decorrentes da complexidade das estruturas de determinados operadores, de reestruturações e de modificações da personalidade jurídica das empresas.

80. Cabe recordar, neste contexto, que o artigo 81.º CE visa as actividades das empresas. Para efeitos da aplicação dessa disposição, a alteração da forma jurídica ou do nome de uma empresa não conduz necessariamente à criação de uma nova empresa liberta dos comportamentos anticoncorrenciais da anterior, quando, do ponto de vista económico, exista identidade entre as duas empresas [25].

81. Contudo, a comunicação de acusações deve especificar, inequivocamente, a pessoa

25 — V., neste sentido, acórdão de 28 de Março de 1984, Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Comissão (29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679, n.º 9).

colectiva à qual poderão ser aplicadas coimas e deve ser dirigida a esta última [26].

82. Para preservar o efeito útil do poder de inquérito que lhe é conferido pelo artigo 11.º, n.ºs 1 e 5, do Regulamento n.º 17, a Comissão tem o direito de obrigar uma empresa, eventualmente através de uma decisão, a prestar todas as informações necessárias sobre os factos que possa conhecer e a comunicar-lhe, se necessário, os documentos correspondentes que essa empresa possua, mesmo que estes possam contribuir para a confirmação, em relação a essa mesma empresa ou a outra, da existência de um comportamento anticoncorrencial.

83. O Regulamento n.º 17 impõe um dever de colaboração activa à empresa que é objecto de uma investigação, o que implica que esta coloque à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objecto do inquérito [27].

84. Todavia, no exercício das suas funções, a Comissão deve zelar para que os direitos de defesa não fiquem comprometidos no âmbito dos procedimentos de inquérito prévio, que podem ter carácter decisivo para a produção de provas da natureza ilegal dos comportamentos das empresas susceptíveis de implicar a respectiva responsabilidade [28].

85. Os direitos de defesa são direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais do direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça, que se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais em que os Estados-Membros colaboraram ou a que aderiram, como a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 [29].

86. Deste modo, a Comissão, no quadro de um pedido de informações, não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão [30].

87. O respeito dos direitos de defesa exige igualmente que a empresa interessada tenha tido a possibilidade, durante o procedimento

26 — Acórdão de 2 de Outubro de 2003, ARBED/Comissão (C-176/99 P, Colect., p. I-10687, n.º 21).

27 — V. acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão (374/87, Colect., p. 3283, n.º 27).

28 — Acórdão de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão (46/87 e 227/88, Colect., p. 2859, n.º 15).

29 — V., neste sentido, acórdãos de 28 de Março de 2000, Krombach (C-274/99 P, Colect., p. I-1935, n.ºs 25 e 26), e de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão (C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.ºs 37 e 38).

30 — V. acórdão Orkem/Comissão, já referido (n.º 35).

administrativo, de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados, bem como sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infracção ao Tratado CE [31].

88. Nesse sentido, o Regulamento n.º 17 prevê o envio às partes de uma comunicação de acusações que deve indicar, de forma clara, todos os elementos essenciais sobre os quais a Comissão de baseia nessa fase do processo. Não obstante, essa indicação pode ser feita sumariamente e a decisão não tem de necessariamente ser uma cópia da comunicação de acusações [32], já que essa comunicação constitui um documento preparatório, cujas apreciações de facto e de direito têm um carácter puramente provisório [33]. Por este motivo, a Comissão pode e deve tomar em consideração os elementos que resultam do procedimento administrativo para, designadamente, suprimir as acusações que se revelem inconsistentes [34].

89. É à luz destas considerações que importa, neste momento, apreciar os vários fundamentos apresentados pelas recorrentes nos presentes recursos.

31 — V. acórdãos de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 10), e de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (C-310/93 P, Colect., p. I-865, n.º 21).

32 — V. acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido (n.º 14).

33 — V., neste sentido, acórdão de 17 de Novembro de 1987, British American Tobacco e Reynolds/Comissão (142/84 e 156/84, Colect., p. 4487, n.º 70).

34 — V. acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido (n.º 14).

VIII — Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 81.º, n.º 1, CE

90. As recorrentes apresentaram, essencialmente, dois fundamentos relativos, em primeiro lugar, a uma errada apreciação da condição de afectação do comércio entre os Estados-Membros prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE, e, em segundo lugar, a uma errada imputação da responsabilidade pela infracção.

A — *Quanto ao primeiro fundamento, relativo a uma errada apreciação da condição da afectação do comércio entre os Estados-Membros*

91. Nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE, «[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 […]».

92. As condições de aplicabilidade do artigo 81.º, n.º 1, CE, são, assim, em primeiro lugar, a afectação do comércio entre os Estados-Membros e, em segundo, a restrição da concorrência [35].

93. O critério da afectação do comércio entre os Estados-Membros permite definir o campo de aplicação do direito comunitário da concorrência, relativamente ao dos Estados-Membros [36].

94. O Tribunal de Justiça pronunciou-se diversas vezes sobre os princípios que regulam a apreciação desse critério.

95. O Tribunal de Justiça considera, de acordo com uma fórmula consagrada, que, para serem susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros, os acordos ou as práticas devem, com base num conjunto de elementos objectivos de facto e de direito, permitir prever, com um grau suficiente de probabilidade, que possam exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre as correntes de trocas comerciais entre Estados-Membros, de modo a que se possa temer que entravem a realização de um mercado único entre Estados-Membros [37]. É o que pode acontecer, designadamente, quando o acordo fecha o mercado nacional, desvia as correntes comerciais das suas orientações ou modifica a estrutura da concorrência no mercado comum [38].

96. Segundo o Tribunal de Justiça, a afectação das trocas intracomunitárias resulta, portanto, da conjugação de diversos factores que, isoladamente considerados, não são necessariamente determinantes [39].

97. A esse respeito, o Tribunal de Justiça considera que não é necessário provar uma afectação efectiva das trocas comerciais, sendo suficiente a prova de uma afectação potencial [40].

35 — No que diz respeito a esta segunda condição, para que um acordo ou uma prática concertada seja contrária ao artigo 81.º, n.º 1, CE, é necessário que aquele ou esta tenham «por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum». Terá assim que se verificar, em primeiro lugar, se o acordo ou a prática concertada têm um objectivo anticoncorrencial. Se for esse o caso, como acontece no presente processo, a proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE, aplica-se, independentemente dos efeitos (n.os 426 a 429 da fundamentação da decisão controvertida). Se o objectivo não for impedir ou falsear a concorrência, terá então que se proceder a uma análise visando apurar se daí resulta ou não esse efeito [v., nomeadamente, acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935, n.º 13), e de 13 de Dezembro de 2001, Krupp Thyssen Stainless e Acciai Specialli Teini/Comissão (T-45/98 e T-47/98, Colect., p. II-3757, n.º 152)].

36 — Acórdão de 23 de Novembro de 2006, Asnef-Equifax e Administración del Estado (C-238/05, Colect., p. I-11125, n.º 33 e jurisprudência aí indicada).

37 — Acórdãos de 28 de Abril de 1998, Javico (C-306/96, Colect., p. I-1983, n.º 16), e Asnef-Equifax e Administración del Estado, já referido (n.º 34). V., igualmente, acórdãos de 29 de Outubro de 1980, van Landewyck e o./Comissão (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 170), e de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.º 20).

38 — Idem.

39 — Acórdão Asnef-Equifax e Administración del Estado, já referido (n.º 35 e jurisprudência aí indicada).

40 — Acórdãos de 1 de Fevereiro de 1978, Miller International Schallplatten/Comissão (19/77, Colect., p. 45, n.º 15), e Ferriere Nord/Comissão, já referido (n.º 19). V. igualmente acórdão de 21 de Janeiro de 1999, Bagnasco e o. (C-215/96 e C-216/96, Colect., p. I-135, n.º 48).

98. Em contrapartida, é necessário que essa afectação seja sensível [41]. A Comissão deve apreciá-la tendo em consideração, nomeadamente, a posição e a importância das partes no mercado dos produtos em causa. Assim, mesmo um acordo que contenha uma protecção territorial absoluta escapa à proibição do artigo 81.º CE quando só afecta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a débil posição que os interessados ocupam no mercado dos produtos em causa [42].

99. Além disso, como o Tribunal de Primeira Instância recordou no n.º 164 do acórdão recorrido, pouco importa que a influência de um acordo ou de uma prática concertada sobre as trocas seja desfavorável, neutra ou favorável.

100. É à luz destes princípios que importa, neste momento, apreciar a pertinência dos argumentos das recorrentes.

101. No quadro do primeiro fundamento que apresentaram, a Erste, a RZB e a ÖVAG sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu vários erros de direito ao considerar que os acordos do «clube Lombard» são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros na acepção do artigo 81.º CE. Sem prejuízo de certas especificidades ligadas à situação de cada uma, a respectiva argumentação traduz-se, essencialmente, em contestar os critérios em que o Tribunal de Primeira Instância se baseou para efeitos da sua apreciação.

102. Organizámos as várias críticas das recorrentes em quatro partes.

103. Em apoio da primeira parte, a RZV e a ÖVAG defendem que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar que um acordo que cobre o território de um Estado-Membro é susceptível de afectar o comércio intracomunitário. Em apoio da segunda parte, a ÖVAG acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter procedido a uma análise global dos efeitos transfronteiriços do acordo. Em seguida, no quadro da terceira parte, a Erste defende que o Tribunal de Primeira Instância não demonstrou que esse acordo podia afectar de forma sensível o comércio intracomunitário. Por fim, em apoio da quarta parte, a ÖVAG acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter analisado os efeitos concretos do acordo no mercado.

41 — V. acórdão de 9 de Julho de 1969, Völk (5/69, Colect. 1969-1970, p. 295, n.º 5), e acórdãos, já referidos, Miller International Schallplatten/Comissão (n.º 15) e Asnef-Equifax e Administración del Estado (n.º 34 e jurisprudência aí indicada).

42 — Acórdão Javico, já referido (n.º 17 e jurisprudência aí indicada).

1. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa à errada apreciação da aptidão de um acordo que cobre todo o território nacional para afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros

a) Argumentação das partes

104. A RZB e a ÖVAG alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar, no n.º 181 do acórdão recorrido, «que existe […] *uma forte presunção* [43] de que uma prática restritiva da concorrência aplicada a todo o território de um Estado-Membro seja susceptível de contribuir para a compartimentação dos mercados e de afectar as trocas intracomunitárias».

105. Por um lado, a RZB considera que o Tribunal de Primeira Instância interpreta de forma simplificada o requisito da afectação do comércio entre os Estados-Membros, ao relativizar o significado do critério do efeito de compartimentação dos mercados. A ÖVAG, por seu turno, alega que o Tribunal de Primeira Instância interpretou extensivamente o artigo 81.º, n.º 1, CE.

106. Por outro lado, a RZB considera que a aptidão para afectar o comércio entre os Estados-Membros pressupõe não apenas uma cobertura territorial, mas necessita também da prova do efeito de compartimentação dos mercados. Esta prova é necessária. O Tribunal de Primeira Instância terá, assim, desrespeitado a jurisprudência comunitária e, nomeadamente, nos n.os 182 a 184 do acórdão recorrido, o alcance do acórdão Bagnasco e o., já referido, ao afirmar que o mero facto de os comités cobrirem a totalidade do território austríaco bastava para concluir que o comércio intracomunitário era afectado. A este respeito, a recorrente salienta que os serviços objecto das reuniões dos bancos eram prestados, praticamente sem excepção, a nível local e que nenhum banco estrangeiro participava nos comités. Além disso, no que diz respeito ao ónus da prova, o Tribunal de Primeira Instância terá entendido erradamente que, a partir do momento que um dado acordo cobre a totalidade do território de um Estado-Membro, a Comissão não está obrigada a provar a existência do efeito de compartimentação dos mercados. Assim, o Tribunal de Primeira Instância terá cometido, nos n.os 181 e 186 do acórdão recorrido, um erro de direito ao inverter o ónus da prova, fazendo-o recair sobre as empresas.

107. A ÖVAG acrescenta que estas não têm meios para produzir tal prova. Além disso, o facto de o cartel poder estender-se a todo o território nacional não é critério bastante e o Tribunal de Primeira Instância também deveria ter tido em conta outros critérios, como as especificidades do sector bancário.

108. Além disso, a ÖVAG salienta o carácter contraditório e insuficiente da fundamentação do Tribunal de Primeira Instância. Com efeito, no n.º 164 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância terá considerado que o efeito de compartimentação dos mercados não constitui um indício forte que permita concluir no sentido de uma afectação do comércio entre os Estados-Membros,

43 — Sublinhado nosso.

enquanto no n.º 181 do mesmo acórdão terá afirmado, ao invés, que existe uma estreita ligação entre o efeito de compartimentação dos mercados produzido por um cartel e a aptidão deste para afectar o comércio transfronteiriço.

b) Apreciação

109. Pensamos que as várias críticas das recorrentes devem ser julgadas improcedentes.

110. Parece-nos, com efeito, que um cartel, como o ora em causa, organizado a nível nacional ente os principais bancos austríacos, que tem por objecto a concertação dos preços e comissões bancárias, é susceptível, por natureza, de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

111. No que diz respeito, em primeiro lugar, à apreciação do Tribunal de Primeira Instância constante do n.º 181 do acórdão recorrido, de acordo com a qual existe uma presunção de que um acordo aplicado a todo o território de um Estado-Membro é susceptível de contribuir para a compartimentação dos mercados e de afectar as trocas intracomunitárias, pensamos que esse entendimento está correcto, embora o termo «presunção» não seja, em nossa opinião, o termo adequado.

112. Com efeito, o Tribunal de Justiça considera que o facto de um acordo ser celebrado apenas entre empresas estabelecidas num único Estado-Membro e de ter apenas por objecto a comercialização de produtos nesse Estado não basta para excluir a possibilidade de afectar o comércio entre Estados-Membros [44]. Segundo o Tribunal de Justiça, tal acordo teria pelo contrário, pela sua própria natureza, como efeito consolidar barreiras de carácter nacional e garantir uma protecção da produção nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado CE e afectando, por maioria de razão, as trocas comerciais entre os Estados-Membros [45].

113. A afectação do comércio intracomunitário por um cartel nacional resulta, assim, da própria natureza da infracção e não de uma «presunção» estabelecida pelo Tribunal de Justiça.

114. Por conseguinte, e apesar da utilização desse termo, parece-nos que a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância, no n.º 181 do acórdão recorrido, não padece de qualquer erro de direito, ao contrário do que a RZB e a ÖVAG defendem.

44 — Acórdãos de 26 de Novembro de 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e o./Comissão (73/74, Colect., p. 503, n.º 25), e Asnef-Equifax e Administración del Estado, já referido (n.º 37 e jurisprudência aí indicada).

45 — Acórdãos Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e o./Comissão, já referido (n.º 26); de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão (42/84, Recueil, p. 2545, n.º 22); de 18 de Junho de 1988, Comissão/Itália (C-35/96, Colect., p. I-3851, n.º 48); de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters e o. (C-309/99, Colect., p. I-1577, n.º 95), e Asnef-Equifax e Administración del Estado, já referido (n.º 37 e jurisprudência aí indicada).

115. Nestas condições, não podemos concordar que o Tribunal de Primeira Instância, com esse entendimento, tenha procedido a uma interpretação extensiva do artigo 81.º, n.º 1, CE, ou a uma interpretação simplificada da condição da afectação do comércio entre os Estados-Membros.

116. Propomos, deste modo, ao Tribunal de Justiça que julgue improcedentes os argumentos apresentados a este respeito pela RZB e pela ÖVAG.

117. Além disso, e contrariamente ao que defende a ÖVAG, parece-nos que esse entendimento não contraria o que o Tribunal de Primeira Instância declarou no n.º 164 do acórdão recorrido. De facto, no referido número, o Tribunal de Primeira Instância apenas indica que os efeitos de compartimentação dos mercados não eram os únicos que a Comissão podia tomar em consideração para concluir pela susceptibilidade de um acordo afectar o comércio entre os Estados-Membros.

118. No que diz respeito, em segundo lugar, à existência de um efeito de compartimentação do mercado nacional, contrariamente ao que defendem a RZB e a ÖVAG, somos da opinião que o Tribunal de Primeira Instância demonstrou, de forma bastante e atendendo às especificidades do sector bancário, que, independentemente da mera cobertura territorial do cartel, este poderia conduzir a uma compartimentação do mercado austríaco.

119. De facto, depois de indicar, no n.º 179 do acórdão recorrido, que o cartel que a Comissão apurou existir se estendia a todo o território nacional, o Tribunal de Primeira Instância sublinhou, no n.º 183 desse acórdão, que as concertações no âmbito do «Clube Lombard» implicavam todas as instituições de crédito da Áustria e uma ampla gama de produtos e de serviços bancários, pelo que, «eram susceptíveis de modificar as condições da concorrência em todo este Estado-Membro». Realçou, além disso, nos n.os 184 e 185 do referido acórdão, que não se podia concluir pela inexistência de efeito transfronteiriço do acordo, na medida em que a rede podia ter contribuído para a manutenção das estruturas do mercado bancário austríaco e, consequentemente, para a manutenção das barreiras de acesso ao mercado. Estas conclusões devem igualmente ser apreciadas à luz da análise do Tribunal de Primeira Instância constante dos n.os 111 a 121 do acórdão recorrido, em que ilustra o objectivo de cada um dos comités, com base em documentos cuja apreciação não é contestada pelas recorrentes.

120. Na nossa opinião, a manutenção das barreiras à entrada no mercado apontadas pelo Tribunal de Primeira Instância basta para demonstrar a existência de um risco de compartimentação do mercado austríaco.

121. Em primeiro lugar, para além das barreiras estruturais, decorrentes nomeadamente dos efeitos de rede criados pelo cartel, as recorrentes criaram e reforçaram barreiras estratégicas, ao organizarem uma concertação

no sector bancário tanto a nível nacional como, em determinadas regiões, a nível local, na qual não participavam bancos estrangeiros, como aliás a RZB reconhece na sua petição de recurso [46].

122. Em segundo lugar, a natureza e o carácter detalhado das informações trocadas entre os bancos, que o Tribunal de Primeira Instância destaca nos n.os 111 a 121 do acórdão recorrido, criam, num mercado já fortemente concentrado, uma estrutura de transparência que impede qualquer concorrência oculta e reforça os obstáculos ao acesso ao mercado das empresas não participantes [47].

123. Em terceiro lugar, os serviços bancários em causa dizem respeito a actividades económicas que podem ter uma influência importante nas trocas entre os Estados-Membros, constituindo a prestação desse tipo de serviços, em nossa opinião, um elemento determinante para a entrada no mercado financeiro de um Estado-Membro de bancos de outros Estados-Membros. Ao fixar juros particularmente baixos para as operações passivas, ao baixar as taxas sobre o crédito ou ao fixar taxas sobre a poupança particularmente elevadas, as recorrentes conseguiram captar clientela através de um jogo de baixas e altas concertadas dos preços e conseguiram, assim, dissuadir os bancos estrangeiros, incapazes de se ajustarem a tais taxas, de entrar no mercado austríaco ou, em todo o caso, tornaram mais difícil ou tardia a sua penetração no mercado nacional [48].

124. Em quarto lugar, o argumento da RZB relativo à natureza puramente nacional de determinados serviços bancários sobre os quais recaía a concertação não nos parece pertinente.

125. De facto, a globalização das actividades bancárias, a utilização de novas tecnologias na prestação dos serviços financeiros e a implantação do mercado bancário único facilitaram a realização das operações bancárias entre os Estados-Membros [49]. Podemos, assim, imaginar que um cliente alemão se dirija a um banco estabelecido na Áustria para celebrar com este um contrato de abertura de crédito em conta corrente se as condições oferecidas por esse banco lhe parecerem melhores do que as praticadas pelos bancos estabelecidos na Alemanha. Da mesma forma, um banco de outro Estado-Membro pode pretender prestar serviços bancários na Áustria a partir do seu Estado de origem ou através de filiais ou sucursais abertas em território austríaco. A realização completa do mercado interno, através da liberdade de estabelecimento [50], da livre prestação de

46 — N.º 6.

47 — V. n.º 160 do acórdão recorrido.

48 — V., nomeadamente, os exemplos que figuram no n.º 431 da fundamentação da decisão controvertida.

49 — Importa recordar, a este respeito, que a Segunda Directiva 89/646/CEE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1989, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício e que altera a Directiva 77/780/CEE (JO L 386, p. 1), conforme alterada pela Directiva 95/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho de 1995 (JO L 168, p. 7), facilitou o acesso dos bancos europeus aos mercados bancários dos Estados-Membros que não o do seu Estado de origem, harmonizando as condições de exercício da actividade bancária, consagrando o princípio do reconhecimento mútuo das autorizações de exercício da actividade bancária concedidas pelos Estados-Membros às instituições de crédito e atribuindo a fiscalização destas apenas ao respectivo Estado-Membro de origem.

50 — Nos termos do artigo 43.º CE, as instituições de crédito beneficiam, como todos os operadores económicos, da liberdade de estabelecimento.

serviços e da livre circulação de bens e de capitais [51], e no quadro da política económica e monetária, favorece, em nossa opinião, a comunitarização de todos os serviços financeiros. Neste contexto, parece-nos portanto difícil admitir que concertações sobre serviços bancários de natureza puramente nacional possam não ter afectado as trocas entre os Estados-Membros.

126. Consequentemente, consideramos que o Tribunal de Primeira Instância não incorreu em qualquer erro de direito ao considerar, no n.º 186 do acórdão recorrido, que o acordo em causa podia ter tido efeitos de compartimentação do mercado e ter sido susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros.

127. Além disso, também não pode ser questionar-se o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter podido considerar, no mesmo número, que as recorrentes não ilidiram a «presunção» de que o cartel podia ter gerado aqueles efeitos.

128. Contrariamente ao que a RZB defende, o Tribunal de Primeira Instância não inverteu o ónus da prova fazendo-o impender sobre as recorrentes. Importa recordar, a este respeito, que, em matéria de produção da prova no âmbito de infracções ao artigo 81.º, n.º 1, CE, compete à Comissão apresentar a prova das infracções que verificou e produzir os elementos probatórios adequados à demonstração juridicamente satisfatória da existência dos factos constitutivos da infracção [52]. Em contrapartida, incumbe à empresa visada pela Comissão defender-se no quadro do processo contraditório e provar que não se verificam as condições previstas no artigo 81.º, n.º 1, CE. Ora, como o Tribunal de Primeira Instância realça no n.º 154 do acórdão recorrido, a Comissão apreciou a susceptibilidade de a «rede Lombard» afectar o comércio entre os Estados-Membros, considerando, nomeadamente, que o cartel alterava as condições concorrenciais em toda a Áustria e era susceptível de influenciar as decisões de entrada no mercado dos bancos estrangeiros. Só então o Tribunal de Primeira Instância concluiu que as recorrentes não conseguiram provar que a conclusão da Comissão estava errada.

129. Na medida em que, em nossa opinião, o Tribunal de Primeira Instância não inverteu o ónus da prova, consideramos que não é válido o argumento da ÖVAG segundo o qual as recorrentes não tinham a possibilidade de provar a inexistência de compartimentação do mercado.

51 — O sector bancário beneficia igualmente, nos termos do artigo 49.º CE, da livre prestação de serviços, com a possibilidade de prestar esses serviços a pessoas estabelecidas noutros Estados-Membros sem qualquer discriminação. Além disso, importa recordar que, nos termos do artigo 51.º, n.º 2, CE, a liberalização dos serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a liberalização da circulação dos capitais.

52 — V., a este respeito, acórdãos Baustahlgewebe/Comissão, já referido (n.º 58), e de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 86). V., igualmente, artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, que precisa que, em todos os processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos 81.º CE, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 81.º CE incumbe à parte ou à autoridade que a alega.

130. Atendendo a todas estas considerações, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância avaliou correctamente a susceptibilidade de o cartel em causa afectar o comércio intracomunitário e fundamentou de forma bastante o seu entendimento nessa matéria.

131. Por conseguinte, propomos ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente a primeira parte do primeiro fundamento.

2. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do Tribunal de Primeira Instância devido a uma análise global dos efeitos transfronteiriços do acordo

a) Argumentação das partes

132. A ÖVAG defende que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, ao entender que a Comissão podia proceder a uma análise global dos efeitos transfronteiriços dos vários comités bancários. Segundo a ÖVAG, a susceptibilidade de os vários comités afectarem o comércio entre os Estados-Membros deveria ter sido apreciada separadamente em relação a cada um deles.

133. Em apoio desta conclusão, a recorrente procede a duas críticas.

134. A primeira diz respeito a uma errada aplicação e apreciação da jurisprudência comunitária.

135. Por um lado, o Tribunal de Primeira Instância terá cometido um erro de direito ao não apreciar, separadamente e em conformidade com o acórdão VGB e o./Comissão [53], os efeitos sobre as trocas intracomunitárias dos comités que tinham por objecto uma actividade distinta. Além disso, para o caso de se considerar que os vários comités constituem uma infracção única, a ÖVAG entende que não se pode concluir pela existência de um nexo directo entre os acordos negociados no âmbito desses comités, contrariamente ao que o Tribunal de Primeira Instância terá entendido no n.º 170 do acórdão recorrido.

136. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância terá apreciado de forma incorrecta, no n.º 171 do acórdão recorrido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça decorrente do acórdão Bagnasco e o., já referido. Nesse processo, o Tribunal de Justiça apreciou separadamente cláusulas relativas a duas operações bancárias distintas, apesar de figurarem em condições bancárias uniformes e de dizerem respeito ao mesmo serviço bancário.

53 — Acórdão de 14 de Maio de 1997 (T-77/94, Colect., p. II-759).

137. A segunda crítica diz respeito a uma definição incorrecta do mercado de produtos em causa.

138. A ÖVAG critica, por um lado, o entendimento do Tribunal de Primeira Instância no n.º 172 do acórdão recorrido, segundo o qual «a definição do mercado em causa não tem a mesma função consoante se trate de aplicar o artigo 81.º CE ou o artigo 82.º CE». Este entendimento não estava fundamentado e, além disso, era erróneo. A recorrente alega, de facto, que a delimitação do mercado relevante deve efectuar-se em função dos mesmos critérios, independentemente de estarmos num ou noutro processo. Além disso, segundo entende, a crítica relativa à definição do mercado em causa adoptada pela Comissão tem uma dimensão jurídica autónoma relativamente às críticas referentes à afectação do comércio entre os Estados-Membros no âmbito da aplicação do artigo 81.º CE. Com este argumento, a ÖVAG pretende demonstrar que a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância deviam ter apreciado o efeito que têm no comércio os acordos celebrados no âmbito dos vários comités, com base numa definição mais restrita dos mercados relevantes.

139. Por outro lado, a ÖVAG realça uma contradição entre, em primeiro lugar, o n.º 174 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal de Primeira Instância reconhece que «os diferentes serviços bancários objecto dos acordos não são substituíveis entre si» e, em segundo lugar, o n.º 175 do mesmo acórdão, no qual afirma que «a Comissão não estava obrigada a examinar separadamente os mercados dos diferentes produtos bancários visados pelos comités».

140. Por último, a ÖVAG contesta a justeza da analogia estabelecida pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 175 do acórdão recorrido, com o seu acórdão de 21 de Fevereiro de 1995, SPO e o./Comissão [54], na medida em que, nesse processo, foi o recorrente que forneceu a definição do mercado em causa, assumida pela Comissão.

b) Apreciação

i) Quanto à primeira crítica, relativa a uma errada aplicação e apreciação da jurisprudência comunitária

— Quanto ao acórdão VGB e o./Comissão

141. As recorrentes, no essencial, acusam o Tribunal de Primeira Instância de não ter apreciado, separadamente e em conformidade com o acórdão VGB e o./Comissão, já referido, os efeitos sobre o comércio intracomunitário dos comités que tinham por objecto uma actividade distinta.

142. Pensamos que esta crítica não se justifica.

54 — T-29/92, Colect., p. II-289.

143. Decorre de jurisprudência constante que a afectação das trocas intracomunitárias deve ser apreciada com base num conjunto de elementos objectivos, de direito e de facto, que, isoladamente considerados, não seriam necessariamente determinantes [55]. O Tribunal de Justiça toma em consideração as especificidades do acordo, ou seja, a sua natureza, os produtos em causa e a posição e importância no mercado das partes no acordo [56]. Também tem em consideração o contexto económico e jurídico em que esse acordo se insere e em que pode contribuir, com outros, para um efeito cumulativo no funcionamento da concorrência [57].

144. No acórdão Windsurf Consulting/ /Comissão [58], o Tribunal de Justiça recordou que o artigo 81.º, n.º 1, CE não exige que todas as cláusulas de um acordo sejam, por si sós, susceptíveis de afectar o comércio intracomunitário. De acordo com o Tribunal de Justiça, o direito comunitário da concorrência aplica-se aos acordos entre empresas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros. Só quando o acordo, considerado no seu todo, pode afectar o comércio é que, segundo o Tribunal de Justiça, se deve averiguar quais são as cláusulas do acordo que têm por objectivo ou por efeito restringir ou falsear o jogo da concorrência [59].

145. Foi com base nesta jurisprudência que o Tribunal de Primeira Instância proferiu o seu acórdão no processo VGB e o./Comissão, já referido. Nesse processo, o Tribunal de Primeira Instância foi convidado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com o artigo 81.º, n.º 1, CE de dois tipos de acordos relativos à oferta de produtos de floricultura, celebrados por uma cooperativa de produtores de flores neerlandeses.

146. O primeiro tipo de acordo dizia respeito a contratos comerciais celebrados entre a cooperativa e distribuidores estabelecidos nas suas instalações com vista à exportação de produtos de floricultura neerlandesa. Esses contratos foram celebrados com base numa regulamentação aprovada pela cooperativa e definiam os direitos e as obrigações do locatário relativamente à exposição e venda de flores de corte no edifício da cooperativa. Esses contratos previam, nomeadamente, o pagamento de taxas e estipulavam obrigações de aquisição. Na decisão em causa, a Comissão considerou que os contratos se integravam num conjunto de decisões e acordos idênticos relativos à oferta de produtos de floricultura, que, em conjunto, restringiam a concorrência, violando o artigo 81.º, n.º 1, CE. Esses acordos dificultavam, de facto, a penetração no mercado holandês de concorrentes provenientes de outros Estados-Membros. No acórdão VGB e o./Comissão, já referido, o Tribunal de Primeira Instância confirmou a tese da Comissão e decidiu, com base no acórdão Windsurfing International/Comissão, já referido, que, uma vez que os contratos comerciais eram parte integrante da regulamentação aprovada pela cooperativa, era irrelevante o facto de, considerados individualmente, afectarem ou não o comércio entre os Estados-Membros de forma bastante.

55 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1994, DLG (C-250/92, Colect, p. I-5641, n.º 54), e os acórdãos, já referidos, Landewyck/Comissão (n.º 170); Remia e o./Comissão (n.º 22); Ferriere Nord/Comissão (n.º 20); Javico (n.º 16); Bagnasco e o. (n.º 47) e British Sugar/Comissão (n.º 27).

56 — V., nomeadamente, acórdãos de 25 de Novembro de 1971, Béguelin Import (22/71, Colect., p. 355, n.º 18), e Javico (n.º 17), já referido.

57 — Acórdão VGB e o./Comissão, já referido (n.º 140).

58 — Acórdão de 25 de Fevereiro de 1986 (193/83, Colect., p. 611).

59 — N.º 96.

147. O segundo tipo de acordos, ou seja, os «acordos Cultra», tinha por objecto cinco contratos individuais de exclusividade de compra celebrados entre a cooperativa e cinco grossistas neerlandeses estabelecidos nas suas instalações. Estes comprometiam-se a comprar exclusivamente à cooperativa produtos de origem neerlandesa para revenda sob a forma de «cash and carry» a pequenos retalhistas, excluídos da venda em leilões. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, esses acordos não estavam directamente ligados aos outros aspectos da regulamentação da cooperativa. De facto, não constituíam uma parte essencial dessa regulamentação relativa às vendas em leilão ou ao aprovisionamento directo dos distribuidores com vista, nomeadamente, à exportação dos produtos em causa, antes se inscrevendo numa actividade complementar e distinta, ou seja, de revenda dos produtos da cooperativa aos retalhistas através do método do «cash and carry». Nesse contexto e tendo em conta a especificidade desses acordos, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que devia apreciar-se a influência destes nas trocas intracomunitárias de forma isolada e não no quadro geral da regulamentação aprovada pela cooperativa.

148. Foi à luz destes elementos que o Tribunal de Primeira Instância destacou, correctamente, no n.º 168 do acórdão recorrido, que «os efeitos no comércio entre os Estados-Membros de acordos entre os quais existe uma ligação directa e que fazem parte integrante de um todo devem ser examinados conjuntamente, ao passo que os acordos entre os quais não existe uma ligação directa e que dizem respeito a actividades distintas devem ser objecto de um exame separado». Esta conclusão está totalmente de acordo com a jurisprudência acima referida.

149. A questão consiste, assim, em apurar se, como nos «acordos Cultra», o Tribunal de Primeira Instância devia avaliar os efeitos no comércio das concertações ocorridas no seio dos comités específicos da «rede Lombard».

150. Não o cremos.

151. As concertações ocorridas no seio dos comités técnicos ou especializados da «rede Lombard» visavam efectivamente produtos e operações bancárias específicas. No entanto e contrariamente aos «acordos Cultra» objecto do acórdão VGB e o./Comissão, já referido, esses comités faziam parte de um acordo global, que envolvia quase todas as instituições de crédito austríacas, durou vários anos e abrangia toda a gama de produtos e de serviços bancários oferecidos na Áustria. Como o Tribunal de Primeira Instância reconheceu nos n.os 111 a 125 do acórdão recorrido, essas concertações faziam parte de uma infracção única, o que, para nós, é determinante. Estes acordos integravam um plano global, isto é, a «rede Lombard», caracterizado por um conjunto de esforços com uma única finalidade económica, ou seja, a eliminação da concorrência no sector dos serviços bancários. A ÖVAG não o contesta. Os comités estavam estreitamente ligados entre si tanto ao nível do conteúdo como ao nível da organização, cabendo ao «club Lombard» tomar as decisões fundamentais, preparadas por esses comités, e resolver os problemas de disciplina no cumprimento dos acordos.

152. Nesse caso, tendo o cartel sido qualificado de infracção única, parece-nos perfeitamente artificial e incoerente subdividi-lo em função do objecto específico de cada comité a fim de apreciar os efeitos que a infracção é susceptível de gerar no comércio intracomunitário. Nesse caso, essa apreciação deve, em nossa opinião, ser global, atento o conjunto das concertações definidas nos comités.

153. Nestas condições, somos obrigados a partilhar do entendimento do Tribunal de Primeira Instância constante do n.º 170 do acórdão recorrido, segundo o qual existe entre acordos que fazem parte de uma infracção única uma ligação que justifica e exige um exame conjunto da susceptibilidade de afectar o comércio entre os Estados-Membros.

154. Em nossa opinião, as críticas formuladas pela ÖVAG a este respeito devem, assim, ser julgadas improcedentes.

155. Face ao exposto, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito na interpretação do acórdão VGB e o./Comissão, já referido.

— No que diz respeito ao acórdão Bagnasco e o.

156. A ÖVAG alega que o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 171 do acórdão recorrido, aplicou e interpretou incorrectamente o acórdão Bagnasco e o., já referido.

157. Nesse processo, o Tribunal de Justiça foi convidado a pronunciar-se, a título prejudicial, sobre a compatibilidade com o artigo 81.º, n.º 1, CE, de determinadas condições bancárias uniformes que a associação bancária italiana impunha aos seus membros no momento da celebração de contratos relativos à abertura de um crédito em conta corrente e à fiança geral. A primeira cláusula em questão permitia aos bancos, nos contratos relativos à abertura de um crédito em conta corrente, modificar em qualquer momento as taxas de juros, através de anúncios afixados nas suas instalações, em função das alterações verificadas no mercado monetário. A segunda cláusula dizia respeito à fiança geral que deveria garantir a abertura de um crédito em conta corrente. O Tribunal de Justiça apreciou separadamente cada uma das cláusulas.

158. Na sua petição de recurso, a ÖVAG considera que a objecção apresentada pelo Tribunal de Primeira Instância para não seguir aquela jurisprudência é incorrecta. Com efeito, considerou que no acórdão Bagnasco e o., já referido, não se colocava a questão da apreciação global dos efeitos transfronteiriços das condições bancárias em causa, na medida em que, em relação à primeira cláusula, as condições bancárias

uniformes não tinham por objectivo ou efeito restringir a concorrência, e a segunda cláusula relativa à fiança geral não era susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros.

159. Pensamos que os fundamentos apresentados pelo Tribunal de Primeira Instância para se distanciar da jurisprudência do acórdão Bagnasco e o., já referido, se justificam plenamente.

160. De facto, como indicámos no n.º 92 das presentes conclusões, o critério da afectação do comércio entre os Estados-Membros é uma condição de aplicabilidade do artigo 81.º CE e elemento constitutivo da infracção aí prevista.

161. Consequentemente, se se concluir que uma das duas cláusula não é susceptível de afectar o comércio intracomunitário, então não integra o âmbito de aplicação do artigo 81.º CE e, portanto, não se coloca a questão do exame global dos efeitos transfronteiriços das condições bancárias.

162. Nestas circunstâncias, parece-nos que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito na interpretação do acórdão Bagnasco e o., já referido, pelo que propomos que o Tribunal de Justiça julgue improcedente esta crítica.

ii) Quanto ao carácter erróneo, insuficiente e contraditório da análise do Tribunal de Primeira Instância relativa à definição do mercado relevante

— Quanto à forma como o Tribunal de Justiça aprecia as alegações relativas à incorrecta definição do mercado relevante

163. No seu recurso, a ÖVAG contesta a forma como o juiz comunitário aprecia as críticas à definição do mercado relevante adoptada pela Comissão para efeitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE.

164. A ÖVAG visa, nomeadamente, o n.º 172 do acórdão recorrido. Contesta, antes de mais, o entendimento do Tribunal de Primeira Instância segundo o qual «a definição do mercado em causa não tem a mesma função consoante se trate de aplicar o artigo 81.º CE ou o artigo 82.º CE». A recorrente contesta, em seguida, a análise do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual «as críticas à definição do mercado feita pela Comissão não podem ter uma dimensão autónoma relativamente às que dizem respeito à afectação do comércio entre os Estados-Membros e à violação da concorrência». Este entendimento não terá sido fundamentado e conterá um erro de direito.

165. Ainda que concordemos, em parte, com a crítica da ÖVAG, esta parece-nos ineficaz, pois não pode conduzir à ilegalidade do acórdão recorrido.

166. De facto, no n.º 172 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância apenas recordou, a título preliminar, a jurisprudência comunitária que a recorrente põe precisamente em causa. Todavia, a evocação dessa jurisprudência não teve consequências na sequência do raciocínio do Tribunal de Primeira Instância, porquanto este examinou efectivamente, nos n.os 173 a 175 do acórdão recorrido, a contestação da ÖVAG quanto à definição do mercado adoptada pela Comissão.

167. Desejamos, no entanto, formular algumas observações sobre o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância no n.º 172 do acórdão recorrido, na medida em que concordamos, em parte, com as reservas formuladas pela recorrente.

168. De facto, embora o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância se funde na sua jurisprudência constante [60], parece-nos que a definição do mercado relevante desempenha, pelo contrário, o mesmo papel quer se trate da aplicação do artigo 81.º CE, que proíbe os cartéis anticoncorrenciais, do artigo 82.º CE, que proíbe o abuso de posição dominante, quer ainda do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas [61]. Apenas muda a natureza do comportamento analisado pela Comissão e a utilidade da delimitação do mercado.

169. Nestes três processos, a definição do mercado relevante permite identificar e definir o perímetro dentro do qual as empresas concorrem, a fim de compreender melhor o funcionamento do mercado. Esta definição, tanto ao nível dos produtos como ao nível da dimensão geográfica do mercado relevante, deve permitir determinar se existem concorrentes reais nesse mercado, capazes de pesar no comportamento das empresas em causa ou de as impedir de agir independentemente das pressões de uma concorrência efectiva.

170. Uma definição adequada do mercado em causa é, por isso, condição prévia e necessária à apreciação do comportamento pretensamente anticoncorrencial, seja no quadro dos artigos 81.º CE ou 82.º CE ou no quadro do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 [62]. Além disso, a Comissão, numa comunicação aprovada em 9 de Dezembro de 1997 [63], expôs os princípios de base e os elementos de apreciação em que se baseia para definir o mercado em causa. Nessa comunicação, a Comissão fixa um método de base e critérios de apreciação aplicáveis, sem distinção, aos três tipos de processo.

60 — Acórdãos 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.º 833); de 6 de Julho de 2000, Volkswagen/Comissão (T-62/98, Colect., p. II-2707, n.º 230), e de 11 de Dezembro de 2003, Adriatica di Navigazione/Comissão (T-61/99, Colect., p. II-5349, n.º 27).

61 — JO 1990, L 257, p. 13.

62 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, SIV e o./Comissão (T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colect., p. II-1403, n.º 159).

63 — Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5; a seguir «comunicação relativa à definição de mercado»).

171. Em contrapartida, como decorre da referida comunicação relativa à definição de mercado, a Comissão pode aplicar esses critérios com flexibilidade e pragmatismo e ponderá-los em função da natureza do problema de concorrência em causa, das características dos produtos em questão e dos objectivos que pretende atingir [64]. Deste modo, como a Comissão refere no n.º 25 da comunicação relativa à definição de mercado, a decisão é tomada com base num determinado número de critérios e elementos de apreciação diferentes, sendo determinados tipos de elementos, em certos casos, determinantes, em função das especificidades do sector ou serviços em análise, podendo ser destituídos de interesse noutros casos.

172. A forma como a Comissão define o mercado dependerá, assim, da natureza do problema de concorrência em causa e da especificidade de certos mercados. Neste sentido, a definição do mercado é um instrumento que permite à Comissão exercer a sua fiscalização em função do objecto dos artigos 81.º CE ou 82.º CE.

173. No quadro do artigo 82.º CE, o juiz comunitário considera que a definição de mercado relevante é condição necessária e prévia à apreciação da existência de uma posição dominante da empresa [65], o que é indispensável para se apreciar a existência de abuso.

174. Em contrapartida, no quadro do artigo 81.º, n.º 1, CE, considera que uma definição prévia do mercado relevante não é necessária sempre que o acordo controvertido, em si mesmo, tenha um objecto anticoncorrencial, ou seja, sempre que a Comissão tenha podido correctamente chegar à conclusão, sem uma delimitação prévia do mercado, que o acordo em causa falseava a concorrência e era susceptível de afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros [66]. O juiz comunitário tem em vista, neste caso, os acordos mais graves expressamente proibidos pelo artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE. É nesta hipótese, a que se refere o n.º 172 do acórdão recorrido, que o juiz comunitário considera que as críticas relativas a uma incorrecta definição do mercado são ineficazes, e é aí que reside, na nossa opinião, a diferença relativamente ao processo no quadro do artigo 82.º CE [67].

175. Em contrapartida, fora dessa hipótese, o juiz comunitário considera que a definição de mercado é um elemento prévio necessário para permitir à Comissão determinar se o acordo tem por objecto ou efeito restringir a

64 — N.os 10 e 25 da comunicação relativa à definição de mercado.

65 — Acórdão SPO e o./Comissão, já referido.

66 — Recordamos, com efeito, que uma prática anticoncorrencial também pode, apenas devido ao seu objecto, integrar o âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE. V., a título exemplificativo, acórdãos Cimenteries CBR e o./Comissão, já referido (n.º 1094), e do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Outubro de 2005, Groupe Danone/Comissão (T-38/02, Colect., p. II-4407, n.º 99).

67 — Esta jurisprudência parece-nos contestável no ponto de vista dos direitos e da segurança jurídica das empresas. Quando aprova uma decisão na qual concluiu que a participação das empresas numa infracção complexa, colectiva e continuada, como a que aprovou nos presentes processos, a Comissão deve, em nossa opinião, ter em conta o facto de essa decisão poder desencadear a responsabilidade pessoal de cada um dos destinatários, atenta a participação destes na infracção que deve ser claramente delimitada. Em nossa opinião, como a referida decisão pode produzir efeitos no plano civil, a Comissão deveria, na decisão, apreciar e definir o mercado relevante com precisão.

concorrência e se é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros [68].

176. Com efeito, a delimitação do mercado permite, nomeadamente, obter informações sobre a natureza do produto em causa e determinar a quota de mercado das empresas em questão. Por um lado, isso permite analisar os efeitos de um acordo na concorrência. A Comissão fica, assim, em condições de saber se a concorrência sofre uma restrição sensível ou se, pelo contrário, o acordo pode beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, alínea b), CE ou de um regulamento de isenção por categorias [69], ou se constitui um acordo de importância diminuta [70]. Por outro lado, permite determinar a aptidão do acordo para afectar o comércio entre os Estados-Membros.

177. É nessa medida que o juiz comunitário considera, como decorre do n.º 172 do acórdão recorrido, que as críticas relativas à incorrecta delimitação do mercado não possuem «dimensão autónoma» em relação àquelas que dizem respeito à concorrência e à afectação do comércio entre os Estados-Membros [71]. Noutros termos, os argumentos segundo os quais a Comissão cometeu um erro de apreciação na definição do mercado são tomados em consideração no quadro do exame dos argumentos referentes à violação da concorrência e à afectação das trocas entre os Estados-Membros.

— Quanto ao carácter insuficiente e contraditório da fundamentação

178. A ÖVAG alega que o acórdão recorrido, nomeadamente os seus n.os 174 e 175, padece de uma fundamentação insuficiente e contraditória.

179. De facto, embora reconheça, no n.º 174 do acórdão recorrido, que os diferentes serviços bancários objecto dos acordos não são substituíveis entre si, o Tribunal de Primeira Instância admite, no n.º 175 do referido acórdão, que a Comissão não era obrigada a examinar separadamente os mercados desses diferentes produtos bancários.

180. Pensamos que esta crítica não procede.

68 — Despacho de 16 de Fevereiro de 2006, Adriatica di Navigazione/Comissão (C-111/04 P, n.º 31).

69 — V., nomeadamente, o Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento (JO L 304, p. 7).

70 — Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*) (JO 2001, C 368, p. 7).

71 — V., nomeadamente, acórdão Cimenteries CBR e o./Comissão, já referido (n.º 834 e jurisprudência aí indicada).

181. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância explicou correctamente as razões pelas quais importava não adoptar uma definição estreita do mercado, baseada unicamente na substituibilidade dos produtos em causa. Tal como o Tribunal de Primeira Instância correctamente referiu, uma definição desse género seria artificial nesse sector de actividade, na medida em que a maioria dos clientes pede, ao seu banco, um conjunto de serviços bancários e a concorrência entre os bancos é susceptível de abranger a totalidade desses serviços. É verdade, como a ÖVAG observa na sua petição de recurso, que um certo número de clientes pode dirigir-se a outro banco para obter um serviço mais específico, como por exemplo um empréstimo. Todavia, na maioria dos casos, as pessoas dispõem de uma conta num banco a partir da qual são oferecidos inúmeros serviços, como a emissão de instrumentos de pagamento (cartões bancários, levantamentos e transferências), que permitem ao cliente efectuar operações sobre a sua conta (crédito ou débito), mediante pagamento dos juros e taxas praticados pelo banco. Como o Tribunal de Primeira Instância refere, é, por conseguinte, claro que uma análise separada não permitiria apreender plenamente os efeitos do acordo em causa.

182. Ora, como referimos no n.º 171 das presentes conclusões, a Comissão pode aplicar os critérios definidos na comunicação relativa à definição de mercado, entre os quais figura a substituibilidade dos produtos, com flexibilidade e pragmatismo e ponderá-los em função da natureza do problema de concorrência em causa, das características dos produtos em questão e dos objectivos que pretende atingir [72].

183. Ora, nos presentes processos, atenta a forma de execução do acordo em apreço, parece-nos claro que uma análise separada dos mercados dos vários produtos bancários não teria permitido apreender a dimensão e a importância desse acordo e não teria, obviamente, apreendido a realidade.

184. Por outro lado, dada a importância da gama de produtos e serviços bancários que a «rede Lombard» cobria, não está excluído, como o Tribunal de Primeira Instância assinalou, que a afectação intracomunitária possa ser indirecta e que o mercado em que essa afectação pode ocorrer não seja necessariamente idêntico ao mercado dos produtos ou dos serviços bancários sobre o qual as partes se concertaram. A título de exemplo, a taxa anual efectiva global que cada banco deve fixar quando duma proposta de crédito é calculada com base não apenas na taxa de juro

72 — A Comissão reconhece, de resto, no n.º 22 da comunicação relativa à definição de mercado, que, em certos sectores, como no do papel, em que os consumidores consideram que as diferenças de qualidade não são substituíveis, não define um mercado distinto para cada qualidade de papel e respectivos usos. Nesse caso, as várias qualidades de papel são agrupadas num único e mesmo mercado e as respectivas vendas são adicionadas para avaliar a importância do mercado.

das operações passivas, mas também nos encargos associados, como os da gestão do processo, as despesas de seguro e as que dizem respeito à emissão de um cartão de pagamento.

185. Nestas condições, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância expôs de forma bastante as razões pelas quais considerou que a Comissão não era obrigada a analisar separadamente os mercados dos diversos produtos bancários objecto dos comités, não obstante a falta de substituibilidade dos produtos em causa. Neste quadro, pensamos que a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância, constante dos n.os 174 e 175 do acórdão recorrido, não pode ser objecto de qualquer crítica.

— Quanto à errada referência ao acórdão SPO e o./Comissão

186. A ÖVAG contesta a correcção da analogia feita pelo Tribunal de Primeira Instância, no n.º 175 do acórdão recorrido, com o acórdão SPO e o./Comissão, já referido, dado que, nesse processo, a Comissão terá adoptado a definição do mercado proposta pela recorrente.

187. Esta crítica não nos parece de todo pertinente e propomos, por isso, ao Tribunal de Justiça que a julgue improcedente.

188. Atento o que precede, consideramos que, ao entender que a Comissão podia proceder a uma análise global do efeito transfronteiriço dos comités bancários, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito e fundamentou de forma bastante e sem qualquer contradição o seu raciocínio.

189. Por conseguinte, propomos ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente a segunda parte deste primeiro fundamento.

3. Quanto à terceira parte do fundamento, relativa à não demonstração de que o acordo afectava de forma sensível o comércio intracomunitário

a) Argumentação das partes

190. No quadro do seu primeiro fundamento, relativo à violação do artigo 81.º, n.º 1, CE, a Erste recorda que a afectação do comércio entre os Estados-Membros não é a única condição de aplicação dessa disposição. Como o Tribunal de Primeira Instância terá recordado no n.º 167 do acórdão recorrido, é igualmente necessário provar que o efeito potencial do cartel no comércio é sensível. Ora, mesmo admitindo que o Tribunal de Primeira Instância tenha correctamente concluído que a «rede Lombard» tinha potencialmente capacidade para afectar o comércio intracomunitário, não provou que

essa afectação podia ser sensível. Segundo a recorrente, se o acordo entre os bancos produziu efeitos transfronteiriços, esses efeitos foram extremamente limitados.

b) Apreciação

191. O critério da afectação do comércio entre os Estados-Membros integra um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito comunitário apenas aos acordos susceptíveis de produzir efeitos sensíveis. Sempre que só afectem as trocas de forma insignificante escapam à proibição prevista no artigo 81.º, n.º1, CE.

192. Na sua petição de recurso, a Erste critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter provado que a «rede Lombard» era susceptível de afectar o comércio intracomunitário de forma sensível.

193. Embora possamos efectivamente lamentar o facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter indicado expressamente que se tratava de uma afectação sensível, parece-nos, contudo, que isso decorre muito claramente da natureza do acordo em causa e das conclusões a que o Tribunal de Primeira Instância chegou nos n.os 111 a 121, 179 e 183 a 185 do acórdão recorrido.

194. Segundo jurisprudência assente e como decorre do n.º 97 das presentes conclusões, o artigo 81.º, n.º 1, CE não exige que os acordos, decisões e práticas concertadas visados por esta disposição tenham afectado sensivelmente as trocas intracomunitárias (segundo o Tribunal de Justiça, esta prova é, na verdade, difícil de fazer), mas exige que seja provado que esses acordos, decisões e práticas concertadas são susceptíveis de ter esse efeito [73]. Assim, no acórdão Miller International Schallplatten/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça entendeu que bastava que a Comissão provasse, com base em certos elementos de facto, que existia o *perigo* [74] de uma afectação sensível [75].

195. Além disso, como já indicámos, o efeito nas trocas intracomunitárias pode resultar da conjugação de vários factores [76]. A apreciação do seu carácter sensível depende das circunstâncias de cada caso e deve ter em conta vários elementos, como o contexto económico e jurídico do cartel [77], a sua natureza, as características dos produtos em causa e, por fim, a posição e a importância dos interessados no mercado em causa.

196. Ora, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância indicou diversas vezes que o acordo não apenas reunia quase todas as instituições de crédito austríacas (entre as quais figuravam os maiores bancos), mas

73 — Acórdão Asnef-Equifax e Administración del Estado, já referido (n.º 43 e jurisprudência aí indicada).
74 — Sublinhado nosso.
75 — N.º 15 desse acórdão.
76 — V. n.º 96 das presentes conclusões.
77 — V. acórdão Asnef-Equifax e Administración del Estado, já referido (n.º 35 e jurisprudência aí indicada).

abrangia igualmente uma muito extensa gama de produtos e serviços bancários, nomeadamente depósitos e créditos, e a totalidade do território nacional, sendo susceptível, desse modo, de modificar as condições da concorrência em todo o Estado-Membro. Para além do que referimos anteriormente, nos n.os 118 a 126 das presentes conclusões, nomeadamente tendo em conta a própria natureza desse acordo, pensamos que estas conclusões bastam para provar que o referido acordo era susceptível de afectar, de forma significativa, o comércio entre os Estados-Membros.

197. Consequentemente, pensamos que a crítica da Erste não é pertinente e propomos ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente a terceira parte do primeiro fundamento.

4. Quanto à quarta parte do fundamento, relativa à falta de análise dos efeitos concretos do acordo no mercado

a) Argumentação das partes

198. A ÖVAG contesta o facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter procedido a uma análise dos efeitos concretos do cartel no mercado, embora se tratasse de uma «apreciação *a posteriori* de uma infracção passada». A jurisprudência invocada pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 166 do acórdão recorrido, segundo a qual os efeitos potenciais de um cartel no comércio entre os Estados-Membros bastam para que esse cartel caia sob a alçada do artigo 81.º CE, não era aplicável no caso em apreço. O Tribunal de Primeira Instância terá assim cometido um erro de direito ao considerar que a prova de um efeito potencial do cartel bastava, nos presentes processos, embora fosse perfeitamente possível analisar a existência dos efeitos alegados. Se o Tribunal de Primeira Instância tivesse feito essa análise, teria verificado que os acordos não tinham tido qualquer influência no comércio transfronteiriço.

b) Apreciação

199. Esta crítica deve, em nossa opinião, ser julgada improcedente.

200. Com efeito, decorre de uma jurisprudência constante, que o Tribunal de Primeira Instância referiu no n.º 166 do acórdão recorrido, que o artigo 81.º, n.º 1, CE, não exige que as restrições da concorrência em causa tenham efectivamente afectado as trocas entre os Estados-Membros, mas apenas que se prove que os acordos são susceptíveis de produzir tal efeito [78].

78 — V. acórdãos, já referidos, Ferriere Nord/Comissão (n.º 19) e Bagnasco e o. (n.º 48).

201. Esta jurisprudência não distingue entre a análise da compatibilidade de um acordo no quadro de uma fiscalização *ex post*, tendo em vista, nesse caso, um acordo que já foi celebrado ou posto em prática, e a análise no contexto de uma fiscalização *ex ante*, ou seja, quando esse acordo tenha sido previamente notificado à Comissão com vista à concessão de uma isenção.

202. Aceitar a tese da ÖVAG equivalia a introduzir uma distinção de abordagem e de fiscalização consoante se trata de uma apreciação *a priori* ou *a posteriori* de um acordo. Ora, a jurisprudência não prevê essa abordagem.

203. Nestas condições, não pode imputar-se ao Tribunal de Primeira Instância um erro de direito.

204. Resulta destas considerações que, em nossa opinião, o Tribunal de Primeira Instância apreciou correctamente a aptidão da «rede Lombard» para afectar o comércio entre os Estados-Membros, tendo fundamentado correctamente a sua análise.

205. O Tribunal de Primeira Instância e a Comissão, no artigo 1.º da decisão controvertida, puderam assim legitimamente considerar que os acordos celebrados entre as recorrentes constituíam uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE.

206. Propomos, por conseguinte, ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente este primeiro fundamento.

B — *Quanto ao segundo fundamento, relativo a uma errada imputação da responsabilidade pela infracção*

207. Este fundamento visa pôr em causa a determinação dos destinatários da decisão controvertida, referidos no seu artigo 1.º

1. Argumentação das partes

208. A Erste alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu diversos erros de direito e de apreciação ao considerar, nos n.os 327 e seguintes do acórdão recorrido, que aquela devia responder pela infracção cometida pela GiroCredit (Bank der österreichischen Sparkassen AG (a seguir, «GiroCredit») no que diz respeito ao período anterior à sua aquisição.

209. Em primeiro lugar, a Erste alega que o Tribunal de Primeira Instância não apreciou correctamente as relações económicas e jurídicas existentes entre a GiroCredit e o grupo Bank Austria. A este respeito, a Erste recorda que, até à aquisição da maioria do seu capital em 20 de Maio de 1997, a GiroCredit era maioritariamente detida pelo grupo Bank Austria, que também participou no «club Lombard». Esse grupo controlava a GiroCredit não apenas através de uma participação maioritária no seu capital, mas também através da nomeação de membros dos conselhos de fiscalização e de administração e da ocupação dos mais altos cargos de direcção da GiroCredit por assalariados provenientes do Bank Austria AG. Por conseguinte, o comportamento da GiroCredit deveria ter sido imputado, relativamente a esse período, à BA-CA. Além disso, será juridicamente incorrecta a conclusão do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a GiroCredit era a pessoa colectiva responsável pela exploração das actividades bancárias, já que esta última era também controlada e dirigida pelo grupo Bank Austria.

210. Em segundo lugar, a Erste defende que o Tribunal de Primeira Instância cometeu igualmente um erro de direito nos n.os 328 a 336 do acórdão recorrido, ao entender que a Comissão tinha a possibilidade de optar entre punir a filial que participou na infracção ou a sociedade-mãe que a controlava nesse período, e isto mesmo no caso de sucessão económica.

211. A Comissão realça que importa distinguir claramente entre a questão da determinação da pessoa colectiva responsável pela empresa que participou na infracção e as condições em que o comportamento de uma filial, dotada de personalidade jurídica distinta, pode ser imputado à sociedade-mãe. A Comissão salienta que a sua abordagem não implicava qualquer iniquidade, pois a própria Erste participou no cartel.

2. Apreciação

212. Com este fundamento, a Erste alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar que a Comissão podia imputar-lhe a responsabilidade pela infracção cometida pela GiroCredit antes da sua aquisição, apesar de esta pertencer, no momento da prática da infracção, ao grupo Bank Austria.

213. Mais especificamente, o Tribunal de Justiça é convidado a analisar se o facto de a GiroCredit ser controlada por outra sociedade-mãe no momento em que cometeu a infracção obsta a que a Comissão impute à Erste, nova sociedade-mãe, o comportamento ilícito dessa filial.

214. Não somos dessa opinião.

215. Importa, desde logo, recordar os princípios que o Tribunal de Justiça definiu em matéria de imputabilidade das infracções em caso de sucessão de empresas e no âmbito de um grupo de sociedades.

216. Decorre de jurisprudência constante que o direito comunitário da concorrência visa as actividades das «empresas» e que o conceito de «empresa» abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, *independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento* [79].

217. O Tribunal de Justiça considera, além disso, que, atenta a natureza das infracções em causa, bem como a natureza e o grau de severidade das sanções que lhe foram associadas, a responsabilidade pelo cometimento da infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE tem carácter pessoal [80].

218. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considera que cabe à pessoa singular ou colectiva que dirige a empresa em causa no momento em que a infracção foi cometida responder por essa infracção, mesmo que, na data da adopção da decisão que considera provada essa infracção, a exploração da empresa tenha sido colocada sob a responsabilidade de outra pessoa [81]. Enquanto a pessoa colectiva que era responsável pela exploração da empresa no momento em que a infracção foi cometida existir, a responsabilidade pelo comportamento ilícito da empresa acompanha essa pessoa colectiva, mesmo que os elementos materiais e humanos que concorreram para cometer a infracção tenham sido cedidos a terceiros depois do período da infracção [82].

219. Em contrapartida, sempre que uma entidade que praticou uma infracção às regras da concorrência deixa de existir jurídica ou economicamente após a prática da infracção, o Tribunal de Justiça aplica o critério dito da «continuidade económica» [83].

220. A aplicação deste critério permite evitar que empresas escapem às sanções aplicadas pela Comissão pelo simples facto de a sua identidade ter sido alterada na sequência de reestruturações, cessões ou outras alterações jurídicas ou organizacionais e, portanto,

79 — V., nomeadamente, acórdão de 11 de Dezembro de 2007, ETI (C-280/06, Colect., p. I-10983, n.º 38 e jurisprudência aí indicada).

80 — V., nomeadamente, acórdão Comissão/Anic Partecipazione, já referido (n.º 78).

81 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, KNP BT/Comissão (C-248/98 P, Colect., p. I-9641, n.º 71); Cascades/Comissão (C-279/98 P, Colect., p. I-9693, n.º 78); Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão (C-286/98 P, Colect., p. I-9925, n.º 37); SCA Holding/Comissão (C-297/98 P, Colect., p. I-10101, n.º 25), e acórdão ETI, já referido (n.º 39 e jurisprudência aí indicada).

82 — V., nomeadamente, acórdão SCA Holding/Comissão, já referido (n.º 25).

83 — V., nomeadamente, acórdão Comissão/Anic Partecipazione, já referido (n.º 145).

garantir uma execução eficaz das regras da concorrência [84].

221. Nestas circunstâncias, o juiz considera que, quando, entre o momento em que a infracção foi cometida e aquele em que a empresa em causa deve responder, a pessoa responsável pela exploração dessa empresa deixou de existir juridicamente, importa localizar, num primeiro momento, o conjunto dos elementos materiais e humanos que concorreram para o cometimento da infracção para, num segundo momento, identificar a pessoa que se tornou responsável pela exploração desse conjunto [85].

222. No que diz respeito, mais especificamente à imputabilidades das infracções no contexto de um grupo de sociedade, o Tribunal de Justiça entende que o facto de uma filial poder ter personalidade jurídica distinta não basta para afastar a possibilidade de o seu comportamento ser imputado à sociedade-mãe, nomeadamente quando a filial não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe [86].

84 — Com efeito, nesse caso, o Tribunal de Justiça considera que o objectivo de reprimir os comportamentos contrários às regras da concorrência e de prevenir a sua reiteração por meio de sanções dissuasivas ficaria comprometido (v. acórdão ETI, já referido, n.º 41 e jurisprudência aí indicada).

85 — Acórdão 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 a 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 953).

86 — V., nomeadamente, acórdãos de 16 de Novembro de 2000, Metsä-Serla e o./Comissão (C-294/98 P, Colect., p. I-10065, n.º 27), e de 2 de Outubro de 2003, Aristrain/Comissão (C-196/99 P, Colect., p. I-11005, n.º 96).

223. Recordados que estão estes elementos, importa agora analisar a admissibilidade e a justeza das alegações da recorrente.

224. Em apoio da sua primeira crítica, a recorrente contesta, essencialmente, as apreciações de facto do Tribunal de Primeira Instância. Contesta as afirmações constantes do n.º 327 do acórdão recorrido, segundo as quais a GiroCredit era, no momento da prática da infracção, a pessoa colectiva responsável pela exploração das actividades bancárias. A este respeito, a recorrente apresenta um certo número de elementos destinados a demonstrar que as condições em que a responsabilidade pelo comportamento de uma filial pode ser imputada à sociedade-mãe estavam preenchidas relativamente à Bank Austria AG e à GiroCredit.

225. Consideramos que, à luz dos princípios que expusemos nos n.os 65 a 72 das presentes conclusões, estes argumentos não são admissíveis. Com efeito, no que diz respeito às conclusões do Tribunal de Primeira Instância constantes do n.º 327 do acórdão recorrido, trata-se de apreciações de facto que não são susceptíveis de discussão no quadro de um recurso como o presente. No que diz respeito, em seguida, aos elementos apresentados pela recorrente em apoio da sua demonstração, trata-se apenas de uma reprodução textual dos elementos que já havia apresentado no Tribunal de Primeira Instância. Com esta primeira crítica, a recorrente pretende, na realidade, obter um mero reexame da petição que apresentou no Tribunal de Primeira Instância e uma nova apreciação dos factos, o que escapa à competência do Tribunal de Justiça no quadro de um recurso como o em apreço.

226. Em apoio da sua segunda crítica, a recorrente alega, essencialmente, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao entender que a responsabilidade pelo comportamento da GiroCrédit anterior à sua transferência deve ser imputada à nova sociedade-mãe, ou seja, à Erste, e não à antiga sociedade-mãe, isto é, ao Bank Austria AG.

227. Pensamos que esta crítica não procede pelas razões indicados *infra*.

228. À luz dos princípios definidos pelo Tribunal de Justiça, a GiroCredit era responsável pelas infracções que praticou individualmente no mercado. Com efeito, não obstante a participação maioritária detida pelo grupo Bank Austria [87], decorre do n.º 479 da fundamentação da decisão controvertida que a política comercial desta filial não era influenciada pela sua sociedade-mãe, nem mesmo determinada por uma empresa terceira. Decorre igualmente desse n.º 479 que a GiroCredit defendia, de forma independente, sob a sua responsabilidade e sem receber qualquer orientação, os seus próprios interesses. À luz da jurisprudência referida, a antiga sociedade-mãe não estava, assim, obrigada a responder pelo comportamento da sua filial.

229. Em virtude da sua aquisição pela Erste, a pessoa colectiva responsável pela exploração da GiroCredit deixou de existir juridicamente e, em aplicação do critério da continuidade económica, a Erste tornou-se a pessoa colectiva responsável pelo conjunto dos elementos materiais e humanos dessa empresa, os mesmos que concorreram para a prática da infracção. A aquisição desta empresa acarretou, assim, a transmissão à Erste de todos os activos e passivos da empresa, incluindo as suas responsabilidades por infracções ao direito comunitário [88].

230. Por conseguinte, o facto de a GiroCredit ter estado sob controlo doutra sociedade-mãe no momento em que, a título individual, praticou a infracção, não permitia excluir que a Erste, nova sociedade-mãe, fosse considerada responsável pelo comportamento dessa filial antes da sua aquisição. Admitir o contrário, implicaria, afinal, pôr em causa a autonomia reconhecida à referida filial.

231. Nestas circunstâncias, pensamos que era lícito ao Tribunal de Primeira Instância considerar que a imputabilidade à Erste da responsabilidade pela infracção praticada pela GiroCredit não podia ser afastada pelo mero facto de esta última ser controlada por outra sociedade-mãe no momento da prática da infracção.

87 — Dos factos apurados pelo Tribunal de Primeira Instância, constantes do n.º 7 do acórdão recorrido, decorre que as acções da GiroCredit eram detidas maioritariamente pelo grupo Bank Austria.

88 — O Tribunal de Primeira Instância expôs claramente essa jurisprudência nos n.os 323 a 326 e 330 a 333 do acórdão recorrido.

232. Além disso, importa ter em conta o facto de que a Erste não podia ignorar o comportamento anticoncorrencial da GiroCredit no momento da sua aquisição, na medida em que ambas participavam, há quase três anos, na infracção objecto da decisão controvertida [89]. A recorrente adquiriu portanto esta empresa com conhecimento de causa.

233. Atentos estes elementos, pensamos que o fundamento invocado pela Erste, relativo à errada imputação da responsabilidade pela infracção, pode ser julgado parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente, sem que seja necessário apreciar as restantes críticas.

234. Decorre de tudo quanto precede que os fundamentos invocados pelas recorrentes em apoio do seu pedido de anulação do artigo 1.º da decisão controvertida devem ser, em nossa opinião, integralmente rejeitados.

89 — As práticas em causa passaram a integrar o âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, a partir de 1 de Janeiro de 1995. A Erste adquiriu a GiroCredit em Maio de 1997. As duas entidades fundiram-se em Outubro de 1997.

IX — Quanto aos fundamentos relativos à violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, por a apreciação da gravidade da infracção e a determinação do montante base da coima estarem inquinados por erros de direito e de fundamentação e violarem os direitos de defesa

235. Com estes fundamentos pretende-se obter uma redução do montante das coimas aplicadas aos recorrentes pelo artigo 3.º da decisão controvertida. Visam pôr em causa as apreciações do Tribunal de Primeira Instância no respeita, em primeiro lugar, à gravidade da infracção, em segundo lugar, à existência de circunstâncias atenuantes e, em terceiro lugar, à cooperação das recorrentes no processo.

A — *Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de direito na apreciação da gravidade da infracção*

236. A BA-CA, no quadro do seu primeiro fundamento, e a Erste e a RZB, no quadro do seu segundo fundamento, contestam a justeza das apreciações do Tribunal de Primeira Instância no que respeita à gravidade da infracção.

237. De acordo com o método enunciado no ponto 1 das orientações, o cálculo do

montante das coimas efectua-se em função dos dois critérios previstos no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, ou seja, a gravidade da infracção e a sua duração [90].

238. O ponto 1, A, primeiro e segundo parágrafos, das orientações está redigido nos seguintes termos:

«A avaliação do grau de gravidade da infracção deve ter em consideração o carácter da própria infracção, o seu impacto concreto no mercado quando este for quantificável e a dimensão do mercado geográfico de referência.

As infracções serão assim classificadas em três categorias que corresponderão às infracções pouco graves, às infracções graves e às infracções muito graves.

— infracções pouco graves:

— pode tratar-se, por exemplo, de restrições, frequentemente de carácter vertical, destinadas a limitar o comércio, mas cujo impacto no mercado é limitado, afectando, por outro lado, apenas uma parte substancial mas relativamente reduzida do mercado comunitário.

— Montantes previstos: de 1 000 a 1 milhão de [euros].

— infracções graves:

— trata-se frequentemente de restrições horizontais ou verticais da mesma natureza que no caso anterior, mas cuja aplicação é mais rigorosa, sendo maior o seu impacto no mercado e susceptíveis de produzirem efeitos em amplas zonas do mercado comum. […]

90 — Este método encontra-se exposto nos n.os 9 a 13 das presentes conclusões.

— Montantes previstos: de 1 milhão a 20 milhões de [euros].

— infracções muito graves:

— trata-se, essencialmente, de restrições horizontais de tipo cartel de preços e quotas de repartição dos mercados, ou de outras práticas que afectam o bom funcionamento do mercado interno […]

— Montantes previstos: superiores a 20 milhões de [euros].»

239. A gravidade da infracção é, em seguida, analisada em função das características de cada empresa em causa. Dentro de cada uma dessas categorias, a escala das sanções definidas permite diferenciar o tratamento aplicado às empresas de acordo com a natureza das infracções cometidas. A Comissão toma, então, em consideração a capacidade económica efectiva das empresas em causa para causar um dano e fixa o montante da coima num nível susceptível de lhe garantir um carácter dissuasivo. É nesta fase que a Comissão pode classificar as empresas em diferentes categorias e ponderar o montante de base da coima para cada uma delas.

240. Recordados estes elementos, importa agora analisar o conjunto das críticas da Erste, da RZB e da BA-CA, relativas à errada apreciação da gravidade da infracção.

241. Como indicámos no n.º 69 das presentes conclusões, a fiscalização exercida pelo Tribunal de Justiça tem por objectivo verificar em que medida o Tribunal de Primeira Instância tomou correctamente em consideração os factores susceptíveis de permitir a apreciação da gravidade do comportamento da empresa à luz do artigo 81.º CE e do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

1. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa a uma apreciação não conforme com as orientações

a) Argumentação das partes

242. A RZB invoca uma contradição na fundamentação do acórdão recorrido. Com efeito, enquanto no n.º 226 do acórdão recorrido o Tribunal de Primeira Instância assinalou que a Comissão não se pode afastar do método que expôs nas orientações, no n.º 237 do mesmo acórdão considerou que o facto de a Comissão ter precisado a sua abordagem quanto à avaliação da gravidade de uma infracção não impede que aprecie esta

última em função de elementos que não são referidos expressamente nas orientações. A recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de se ter afastado da metodologia exposta nas orientações para efeitos da fiscalização da legalidade da decisão controvertida. Assim, o Tribunal de Primeira Instância tinha erradamente considerado que essa apreciação podia atender a critérios não expressamente previstos nas orientações, muito embora estas criem expectativas legítimas às empresas.

243. A Comissão assinala que, embora esteja efectivamente limitada pelas orientações que se fixou, o mesmo não acontece com o Tribunal de Primeira Instância no âmbito da sua competência de plena jurisdição. Além disso, resulta claramente da jurisprudência que as orientações apenas fixam um «programa mínimo» não limitativo dos elementos a considerar. Desde que as circunstâncias o justificassem, era mesmo possível não aplicar esse «programa».

b) Apreciação

244. Pensamos que esta crítica não tem fundamento.

245. Com efeito, ao considerar que o método descrito pela Comissão nas orientações não se opunha à ponderação de elementos aí não expressamente mencionados, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu, em nossa opinião, qualquer erro de apreciação.

246. As orientações incluem elementos de flexibilidade que permitem à Comissão tomar em consideração elementos múltiplos na apreciação da gravidade da infracção, dentro dos limites previstos no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 [91].

247. Entre esses elementos, previstos no ponto 1, A, das orientações, figuram não só os relacionados com a natureza da infracção, o seu impacto e a sua dimensão geográfica, mas também os relativos às próprias características das empresas e à necessidade de assegurar uma acção dissuasiva. É ao apreciar cada um desses elementos que a Comissão é necessariamente levada a tomar em consideração factores inerentes à infracção, factores esses que as orientações não podem enumerar de forma exaustiva [92].

91 — V., por analogia, acórdão de 29 de Junho, SGL Carbon/ /Comissão (C-308/04 P, Colect., p. I-5977, n.º 46 e jurisprudência aí indicada).

92 — A este respeito, importa recordar que o Tribunal de Justiça tem constantemente declarado que a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos, e isto sem que tivesse sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração [acórdãos, já referidos, Ferriere Nord/Comissão (n.º 33) e Dansk Rørindustri e o./ /Comissão (n.ºs 240 e 241)].

248. A este respeito, a Comissão pode basear-se em inúmeros factores que o próprio Tribunal de Justiça identificou na sua jurisprudência [93].

249. A Comissão pode, antes de mais, avaliar a gravidade da infracção em função das circunstâncias específicas do processo e atender ao contexto regulamentar e económico do comportamento em causa. Ao examinar a natureza das restrições à concorrência criadas, a Comissão pode considerar o conteúdo, a duração, o número, a intensidade e a extensão geográfica do acordo, bem como o valor das mercadorias a que se aplica. A Comissão pode ainda ter em conta o número e a importância relativa das partes no acordo, examinando, nomeadamente, as respectivas quotas de mercado, dimensão, comportamento e o papel que desempenharam na conclusão do acordo. A Comissão pode também examinar a situação do mercado no momento em que a infracção foi praticada e atender à deterioração sofrida pela ordem pública económica. Por fim, a Comissão pode ter em conta o risco que o acordo em causa representa para os objectivos da Comunidade Europeia.

250. Nesta medida, não pensamos que a Comissão se tenha afastado do método que se fixou nas orientações e viole a segurança jurídica das empresas interessadas [94].

251. Tendo em conta estes elementos, consideramos que, sob este aspecto, a análise do Tribunal de Primeira Instância não padece de qualquer erro de direito ou de qualquer contradição na fundamentação.

252. Esta primeira parte deve portanto, em nosso entender, ser julgada improcedente.

2. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação da «natureza específica» da infracção

a) Argumentação das partes

253. Para sustentar a segunda parte, a RZB formula quatro críticas.

93 — V. acórdãos de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão (41/69, Colect., 1969-1970, p. 447, n.º 176); 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.º 612), e os acórdãos, já referidos, Ferriere Nord/Comissão (n.º 38); Aalborg Portland e o./Comissão (n.ºs 90 e 91 e jurisprudência aí indicada) e Dansk Rørinsudtri e o./Comissão (n.ºs 241 e 242 e jurisprudência aí indicada).

94 — Nos n.ºs 209 a 213 do acórdão Dansk Rørinsudtri e o./Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça recordou que as orientações garantem a segurança jurídica das empresas interessadas e permitem-lhes conhecer os métodos de cálculo utilizados pela Comissão na aplicação do artigo 15.º, n.º 2 do Regulamento n.º 17.

254. Em primeiro lugar, a RZB alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar, no n.º 240 do acórdão recorrido, que a natureza da infracção desempenha um papel primordial na caracterização das infracções «muito graves», enquanto os outros critérios, como o impacto concreto no mercado e a extensão geográfica do mercado em causa, têm um peso menor.

255. Em segundo lugar, a recorrente defende que o Tribunal de Primeira Instância também cometeu um erro de direito ao basear a sua apreciação em elementos que não constam das orientações, ou seja, a importância do sector bancário para a economia, a extensa gama de produtos bancários objecto do cartel e a participação da esmagadora maioria dos bancos austríacos nas reuniões.

256. Em terceiro lugar, a recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter tido em conta a política do governo destinada a proteger o sector bancário do livre funcionamento do mercado. Além disso, considerou, incorrectamente, que a intervenção das autoridades estaduais em comportamentos que integram o âmbito do artigo 81.º CE constitui uma circunstância agravante da coima.

257. Por fim, em quarto lugar, a RZB alega que foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância não tomou em consideração o efeito dissuasivo ao examinar a gravidade intrínseca da infracção, muito embora preconizasse uma apreciação global.

b) Apreciação

258. No que diz respeito à primeira crítica, pensamos que foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a natureza da infracção desempenha um papel primordial na caracterização das infracções muito graves.

259. Decorre, por um lado, de uma jurisprudência constante que os acordos horizontais em matéria de preços foram sempre considerados parte integrante das infracções mais graves ao direito comunitário, na medida em que comportam uma intervenção directa nos parâmetros essenciais da concorrência [95]. No presente caso, parece-nos evidente que um acordo de fixação de preços, como a «rede Lombard», com a dimensão detectada pela Comissão, num sector económico tão importante como o sector bancário, não podia escapar à qualificação de infracção muito grave.

95 — V., nomeadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça, de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão (C-194/99 P, Colect., p. I-10821, n.º 118), e 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.º 103), e de 19 de Março de 2003, CMA CGM e o./Comissão (T-213/00, Colect., p. II-913, n.º 262).

260. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância declarou, no acórdão de 30 de Setembro de 2003, Michelin/Comissão [96], que a gravidade da infracção pode ser determinada por referência à natureza e ao objectivo dos comportamentos abusivos e que os elementos relativos ao objectivo de um comportamento podem ter mais importância, para efeitos de fixação do montante da coima, do que os relativos aos seus efeitos [97]. O Tribunal de Justiça confirmou este entendimento ao considerar que o efeito de uma prática anticoncorrencial não constitui um critério determinante para a apreciação do montante adequado da coima [98].

261. Por fim, e como o Tribunal de Primeira Instância correctamente assinalou no n.º 240 do acórdão recorrido, resulta das orientações, designadamente da descrição das infracções muito graves, que os cartéis que visam a fixação dos preços podem ser qualificados de muito graves apenas com base na sua própria natureza, sem que seja necessário à Comissão fazer prova de um impacto concreto da infracção no mercado ou avaliar a dimensão do mercado geográfico em causa [99]. Assim, devido à sua própria natureza, este tipo de acordo pode constituir uma infracção muito grave, independentemente do seu impacto concreto no mercado e da sua dimensão geográfica.

262. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância não pode ser criticado pelo facto de ter entendido que os três critérios referidos no ponto 1, A, das orientações não se têm a mesma importância para efeitos da apreciação da gravidade de uma infracção.

263. No que diz respeito à segunda crítica, já referimos nos n.os 245 a 251 das presentes conclusões que o Tribunal de Primeira Instância podia efectivamente apreciar a gravidade da infracção atendendo a outros elementos para além dos expressamente referidos nas orientações. Propomos, portanto, ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente esta crítica.

264. No que diz respeito às terceira e quarta críticas, a recorrente põe em causa, essencialmente, a ponderação dos critérios que permitiram apreciar a gravidade da infracção. Tendo em atenção o papel que deve ser desempenhado pelo Tribunal de Justiça no quadro dos recursos interpostos de decisões do Tribunal de Primeira Instância, pensamos que não lhe compete proceder a essa análise. Por conseguinte, convidamos o Tribunal de Justiça a declarar estas críticas inadmissíveis.

265. Atento o conjunto destes elementos, somos da opinião de que a segunda parte deste fundamento deve ser rejeitada.

96 — T-203/01, Colect., p. II-4071.

97 — N.os 258 e 259.

98 — Acórdão Thyssen Stahl/Comissão, já referido (n.º 118).

99 — V., igualmente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Abril de 2007, Bolloré e o./Comissão (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, Colect., p. II-947, n.º 447). Este acórdão foi objecto de recursos, actualmente pendentes no Tribunal de Justiça (C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P). Contudo, estes recursos não se debruçam sobre este aspecto.

3. Quanto à terceira parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do «impacto concreto da infracção no mercado»

a) Argumentação das partes

266. A RZB sustenta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao permitir que a Comissão da mera «execução» do acordo inferisse a existência de um impacto concreto da infracção no mercado. Esta apreciação seria contrária à letra das orientações e demonstra que o Tribunal de Primeira Instância confunde a «execução» dos acordos, condição de aplicação do artigo 81.º CE, com o critério mais estrito do «impacto concreto no mercado», relevante para justificar a gravidade da infracção. O acórdão Cascades/Comissão, já referido, contraria ao entendimento do Tribunal de Primeira Instância [100]. Além disso, a peritagem económica apresentada pelas recorrentes demonstra que os acordos sobre produtos essenciais não tinham qualquer impacto nas condições efectivamente aplicadas.

267. Quanto à BA-CA, esta considera que as repercussões concretas da infracção no mercado foram incorrectamente avaliadas. Com efeito, a peritagem económica apresentada pelas recorrentes demonstra que as reuniões não produziam esses efeitos nos mercados austríacos.

100 — N.os 53 e 62.

268. Além disso, segundo a BA-CA, o Tribunal de Primeira Instância violou os princípios em matéria de produção da prova no quadro da sua análise da peritagem económica. Com efeito, ao exigir que essa peritagem incida sobre a «totalidade dos potenciais efeitos dos acordos no mercado», o Tribunal de Primeira Instância ultrapassou o que é possível exigir de uma peritagem económica destinada a provar a não execução dos acordos e a inexistência de um nexo de causalidade entre os comités bancários e o funcionamento da concorrência no mercado.

269. A Comissão sublinha, por seu turno, que a peritagem apresentada pelos bancos só abrangia dois produtos bancários e não incidia sobre os efeitos potenciais do acordo no mercado. De qualquer modo, a execução, ainda que parcial, de um acordo cujo objecto é anticoncorrencial bastava para excluir a possibilidade de se concluir que o referido acordo não teve impacto no mercado.

b) Apreciação

270. A crítica das recorrentes é, a nosso ver, um dos pontos mais delicados deste processo.

271. Com efeito, nem as orientações, nem a jurisprudência comunitária são particularmente claras quanto à necessidade e à forma

como se deve considerar o critério relativo ao impacto concreto da infracção no mercado.

272. O Tribunal de Justiça considera que, para efeitos da apreciação do impacto concreto de uma infracção no mercado, a Comissão deve fundar-se no jogo da concorrência que teria normalmente existido se não tivesse existido infracção [101]. Além disso, sempre que estejam em causa infracções intrinsecamente graves ao direito da concorrência, o Tribunal de Justiça considera que não é um elemento determinante para a apreciação do montante adequado da coima [102].

273. Além disso, nos termos do ponto 1, A, das orientações, a Comissão apenas pode ter em consideração o impacto concreto da infracção no mercado quando este for quantificável. Por outras palavras, compreendemos que se o impacto não for quantificável, a Comissão não o pode considerar para efeitos do cálculo da coima.

274. Em contrapartida, no que diz respeito aos cartéis horizontais de preços ou de repartição de mercados, decorre das orientações, nomeadamente da descrição das infracções muito graves, que esses cartéis podem ser qualificados de muito graves apenas com base na sua própria natureza, sem que a Comissão seja obrigada a demonstrar um impacto concreto da infracção no mercado ou a avaliar a dimensão do mercado geográfico em causa [103]. Nesta hipótese, o impacto concreto da infracção constitui um elemento, entre outros, que, a ser quantificável, pode permitir à Comissão agravar o montante da coima acima do limiar de 20 milhões de euros.

275. Apesar de as orientações terem permitido clarificar a forma como a Comissão aprecia a gravidade de uma infracção, subsistem, contudo, inúmeras incertezas quanto ao que abrange o termo «quantificável». Até que ponto deve a Comissão estar em condições de medir o impacto concreto da infracção no mercado para o ter em consideração no cálculo da coima? Basta que a Comissão, para efeitos do seu cálculo, prove que os acordos foram executados, para daí concluir que houve um impacto concreto da infracção no mercado, como o Tribunal de Primeira Instância considerou no acórdão recorrido, ou deve fornecer outros indícios?

276. Parece-nos que a resposta do juiz comunitário nesta matéria não é clara, uma vez que existe ainda uma incerteza quanto aos elementos que a Comissão deve ter em conta.

101 — V. acórdãos Suiker Unie e o./Comissão, já referido (n.os 619 e 620), e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Outubro de 2008, Carbone-Lorraine/Comissão (T-73/04, Colect. p. II-2661, n.º 83 e jurisprudência aí indicada).

102 — Acórdão Thyssen Stahl/Comissão, já referido (n.º 118).

103 — V., igualmente, acórdão Bolloré e o./Comissão, já referido (n.º 447), e o acórdão recorrido (n.º 240).

i) Perspectiva do juiz comunitário

277. Segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão não está obrigada a quantificar com precisão o impacto concreto de uma infracção ou a apresentar uma avaliação quantificada [104]. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância assinala as dificuldades com que a Comissão se pode ver confrontada, na medida em que, segundo considera, a «prova [dos efeitos concretos de uma infracção] implica a comparação entre a situação resultante dessa infracção com a situação que se verificaria se a mesma não tivesse existido, a qual é por natureza hipotética» [105].

278. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância considera que o impacto concreto de um cartel no mercado deve considerar-se suficientemente provado se a Comissão conseguir apresentar indícios concretos e credíveis de que, com uma probabilidade razoável, o cartel teve impacto no mercado [106].

104 — Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 27 de Setembro de 2006, Roquette Frères/Comissão (T-322/01, Colect., p. II-3137,n.os 71 a 80, em especial n.º 75 e n.os 133 a 144); Jungbunzlauer/Comissão (T-43/02, Colect., p. II-3435, n.os 151 a 163, em especial n.º 155); Archer Daniels Midland/Comissão (T-59/02, Colect., p. II-3627, a seguir acórdão «Archer Daniels Midland II», n.os 157 a 168, em especial n.º 161); de 8 de Julho de 2008, Knauf Gips/Comissão (T-52/03, n.os 388 a 415, em especial n.º 392); BPB/Comissão (T-53/03, n.os 297 a 322, em especial n.º 301), e Lafarge/Comissão (T-54/03, n.os 575 a 604, em especial n.º 583).

105 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 Abril de 2006, Degussa/Comissão (T-279/02, Colect., p. II-897, n.º 231).

106 — Idem.

279. Foi a partir desta conclusão que, posteriormente, se desenvolveram duas correntes jurisprudenciais.

280. Na primeira corrente, o Tribunal de Primeira Instância entende que é legítimo a Comissão basear-se na execução do acordo para concluir pela existência de impacto no mercado.

281. Trata-se da corrente defendida pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido, na esteira dos processos que estiveram na origem dos acórdãos já referidos Groupe Danone/Comissão [107] e Brasserie nationale/Comissão [108].

282. O Tribunal de Primeira Instância tende a relativizar a importância do critério relativo ao impacto concreto da infracção no mercado e às exigências associadas a essa demonstração, porquanto, no caso dos acordos de fixação de preços ou de repartição dos mercados, a Comissão não é obrigada, por força das orientações, a considerá-lo para qualificar essa infracção de muito grave [109].

107 — No quadro do recurso interposto desse acórdão, o Tribunal de Justiça não foi chamado a pronunciar-se sobre esse aspecto.

108 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Julho de 2005 (T-49/02 a T-51/02, Colect., p. II-3033).

109 — Acórdãos, já referidos, Groupe Danone/Comissão (n.º 150) e Brasserie nationale/Comissão (n.os 178 e 179), bem como acórdão recorrido (n.º 240).

283. No caso de um cartel de fixação de preços, como a «rede Lombard», o Tribunal de Primeira Instância considera ser legítimo a Comissão concluir que a infracção produziu efeitos no mercado devido ao facto de os membros do cartel terem adoptado medidas para aplicar os preços acordados [110]. Em todo o caso, o Tribunal de Primeira Instância considera que, uma vez provada a execução do acordo, a Comissão não é obrigada a sistematicamente demonstrar que os acordos permitiram efectivamente às empresas em causa atingir um nível de preços de transacção superior ao que teria prevalecido se não existisse o cartel, já que isso envolveria recursos consideráveis e exigiria que se procedesse a cálculos hipotéticos [111].

284. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância atribui uma importância determinante à vontade das partes de conferir efeitos concretos aos acordos que celebraram. Considera, então, que «[o] que sucedeu depois, ao nível dos preços de mercado efectivamente praticados, podia ser influenciado por outros factores fora do controlo dos membros do cartel» e entende que estes últimos não podiam invocar em seu benefício factores externos que contrariam os seus esforços [112].

285. Esta jurisprudência foi reassumida pelo Tribunal de Primeira Instância num certo número de seus acórdãos recentes, entre os quais figuram os acórdãos de 18 de Junho de 2008, Hoechst/Comissão [113] e Carbone-Lorraine/Comissão, já referido [114].

286. Na segunda corrente jurisprudencial, o Tribunal de Primeira Instância exige da Comissão mais do que a mera prova da implementação do cartel para afirmar que este teve um impacto real no mercado.

287. No acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Setembro de 2007, Prym e Prym Consumer/Comissão [115], este assinalou que a «execução de um acordo não implica necessariamente que produza efeitos reais» no mercado [116]. Nesse processo, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão, para efeitos de cálculo da coima, não podia basear-se exclusivamente numa relação de causa e efeito e limitar-se a observar que o acordo tinha sido executado para daí inferir a existência de um impacto concreto no mercado.

288. Além disso, nos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, Roquettes Frères/Comissão, já referido, e de 27 de Setembro de 2006, Archer Daniels Midland/Comissão [117], relativos ao cartel no mercado do glucanato de sódio, o Tribunal de Primeira

110 — Acórdão recorrido (n.º 285).
111 — Ibidem (n.º 286 e jurisprudência aí indicada).
112 — Ibidem (n.º 287 e jurisprudência aí indicada).
113 — T-410/03, Colect. p. II-881, n.os 345 e 348.
114 — N.os 84 a 87.
115 — T-30/05. Este acórdão foi objecto de recurso, actualmente pendente no Tribunal de Justiça (C-534/07 P).
116 — N.º 110.
117 — T-329/01, Colect., p. II-3255, a seguir «acórdão Archer Daniels Midland I».

Instância salientou que «pelo seu carácter de condição prévia ao impacto concreto de um acordo, a [sua] execução efectiva […] constitui o princípio de um indício da existência de um impacto concreto do acordo» [118]. Pode tratar-se de um forte indício desde que, contudo, a Comissão não se limite a essa análise [119].

289. Assim, nos processos que estiveram na origem desses dois acórdãos, a Comissão não apenas tinha salientado a existência de uma execução «cuidadosa» dos acordos, como também demonstrou a existência de uma concordância entre os preços fixados pelo cartel e os efectivamente praticados no mercado pelas empresas envolvidas. A Comissão salientou também a importância da quota de mercado das empresas presentes do mercado em causa, bem como os esforços que estas dedicaram à organização, acompanhamento e fiscalização dos acordos [120].

290. Por outro lado, nos já referidos acórdãos de 27 de Setembro de 2006, Jungbunzlauer/Comissão e Archer Daniels Midland II, relativos ao cartel no mercado do ácido cítrico, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão apreciara correctamente o impacto concreto do cartel no mercado ao demonstrar a existência de uma «cuidadosa» execução dos acordos e de uma concordância entre os preços fixados pelo cartel e os efectivamente praticados pelas empresas envolvidas e ao salientar a importância das respectivas quotas de mercado no mercado em causa e a duração do cartel [121].

291. Por último, nos já referidos acórdãos de 8 de Julho de 2008, Knauf Gips/Comissão, BPB/Comissão e Lafarge/Comissão, relativos ao cartel no mercado das placas de estuque, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, com excepção da estabilidade das quotas de mercado, a Comissão tinha feito prova bastante dos efeitos da infracção ao demonstrar que os participantes no cartel detinham a maior parte do mercado em causa, que os acordos concluídos entre as partes tinham sido executados e visavam aumentar os preços para níveis superiores aos que atingiriam sem os acordos. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, todas estas indicações indiciavam que a infracção podia produzir efeitos anticoncorrenciais significativos [122].

292. Estes acórdãos mais não são do que uma ilustração da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância que exige da Comissão que apresente mais provas do que a relativa à mera execução do acordo. Nos referidos acórdãos o Tribunal de Primeira Instância teve a oportunidade de precisar a importância que se deve atribuir a cada um desses indícios.

293. No que diz respeito ao indício relativo à execução do acordo, o Tribunal de Primeira Instância considera que o seu peso pode

118 — N.os 77 e 180, respectivamente.
119 — N.os 78 e 181, respectivamente.
120 — N.os 76 a 78 e 179 a 181, respectivamente.
121 — N.os 156 a 159 e 162 a 166, respectivamente.
122 — N.os 393 e 394, 302 e 303 e 585 e 586, respectivamente.

aumentar com a duração do acordo. O Tribunal de Primeira Instância salientou que o bom funcionamento de um acordo complexo relativo à fixação de preços, à repartição dos mercados e à troca de informações implica importantes custos de administração e de gestão. Consequentemente, parece-lhe legítimo considerar que, se as empresas fizeram perdurar a infracção e asseguraram a eficácia da gestão administrativa durante um tão longo período, e isto apesar dos riscos inerentes a essa actividade ilícita, os membros do cartel retiraram um certo benefício desse acordo e, portanto, este teve um impacto concreto sobre o mercado em causa [123].

294. No que diz respeito ao indício relativo à importância e à estabilidade das quotas de mercado das empresas, o Tribunal de Primeira Instância considera que esse factor não é, por si só, suficiente para provar a existência de um impacto concreto. Com efeito, o facto de as partes no cartel deterem uma quota maioritária do mercado diz respeito, em sua opinião, ao objecto do acordo e não aos seus efeitos. Trata-se, assim, de uma indicação demonstrativa de que a infracção podia gerar efeitos anticoncorrenciais significativos e não de que isso se tenha realmente verificado [124]. De acordo com o Tribunal de Primeira Instância, a Comissão deve então apreciar este factor tendo em atenção os dados relativos à situação do mercado em causa antes do cartel. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância considera que o peso deste indício aumenta com a duração do cartel [125].

295. No que diz respeito aos indícios relativos a uma evolução coordenada dos preços, o Tribunal de Primeira Instância adoptou duas perspectivas.

296. Nos já referidos acórdãos Jungbunzlauer/Comissão e Archer Daniels Midland II, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, para efeitos da fiscalização da apreciação da Comissão relativa ao impacto concreto do acordo no mercado, «importa sobretudo analisar a [sua] apreciação dos efeitos produzidos pelo acordo sobre os preços». Segundo entende, a Comissão deve, assim, verificar, com um grau de probabilidade razoável, que os acordos em causa permitiram efectivamente às empresas em causa atingir um nível de preços superior ao que se teria verificado sem os mesmos. Neste contexto, considera que a Comissão deve ter em conta todas as condições objectivas do mercado em causa, atento o contexto económico e eventualmente regulamentar existente, e provar que, no âmbito do livre jogo da concorrência, o nível de preços não teria evoluído de forma idêntica ao dos preços praticados [126].

297. No processo que deu origem ao acórdão Jungbunzlauer/Comissão, já referido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a existência de um paralelismo permanente entre os preços fixados pelos membros do cartel e os preços ao cliente efectivamente praticados demonstrava de forma bastante «que o acordo tinha tido um impacto concreto no mercado que era, na acepção

123 — Acórdãos, já referidos, Roquette Frères/Comissão (n.º 79) e Archer Daniels Midland I (n.º 182).

124 — Acórdão Degussa/Comissão, já referido (n.º 232).

125 — Acórdãos, já referidos, Jungbunzlauer/Comissão (n.º 159) e Archer Daniels Midland II (n.os 165 e 166). V. igualmente acórdãos, já referidos, Knauf Gips/Comissão (n.os 395 e 403); BPB/Comissão (n.os 304 e 312) e Lafarge/Comissão (n.os 587 e 594).

126 — Acórdãos, já referidos, Jungbunzlauer/Comissão (n.os 177 a 190, em especial n.º 179) e Archer Daniels Midland II (n.os 180 a 192, em especial n.º 182). V., igualmente, a posição do Tribunal de Primeira Instância no acórdão Degussa/Comissão, já referido (n.º 224).

das orientações, 'quantificável' por comparação entre o preço hipotético que se teria verificado sem o acordo e o preço aplicado no caso em apreço, na sequência da constituição do cartel» [127].

298. Em contrapartida, no acórdão Lafarge/Comissão, já referido, recentemente proferido pelo Tribunal de Primeira Instância, este considerou que, quando esteja provado que o acordo foi posto em prática, a Comissão não é obrigada a sistematicamente demonstrar que os acordos permitiram efectivamente às empresas em causa atingir um nível de preços de transacção superior ao que teria existido se o acordo não tivesse sido concluído. Segundo entende, essa prova absorveria recursos consideráveis e exigiria o recurso a cálculos hipotéticos, baseados em modelos económicos cuja exactidão o juiz dificilmente pode verificar. Nesse processo, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão fez prova bastante da existência de um impacto concreto do acordo sobre os preços ao basear-se na publicação de listas de preços e na fixação de preços, impacto que, mesmo de carácter indicativo, afecta, em seu entender, o jogo da concorrência [128].

299. No já referido acórdão Degussa/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância salientou que esses indícios devem, além disso, assentar em factores económicos objectivos e não em puras conjecturas [129].

300. É à luz destes elementos que importa, agora, analisar a pertinência da alegação da RZB.

ii) O nosso ponto de vista

301. Como já referimos, a recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância, essencialmente, pelo facto de ter permitido que a Comissão deduzisse da mera execução do acordo a existência de um impacto concreto da infracção sobre o mercado, e isto para efeitos do cálculo da coima.

302. Consideramos que esta crítica é pertinente.

303. Com efeito, pensamos ser importante manter um limiar de prova elevado no que diz respeito à Comissão, sempre que esta, para efeitos da apreciação da gravidade da

127 — N.º 185 e jurisprudência aí indicada.

128 — Acórdão Lafarge/Comissão, já referido (n.os 587 a 593). V. igualmente acórdãos, já referidos, Knauf Gips/Comissão (n.os 396 a 402) e BPB/Comissão (n.os 307 a 311).

129 — N.º 240 e jurisprudência aí indicada.

infracção e do cálculo do montante da coima, afirma que um cartel teve impacto no mercado,.

304. É verdade que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e com as orientações, a Comissão não está obrigada, quando, como no presente caso, se trate de uma infracção particularmente grave, a considerar o efeito da infracção no mercado.

305. Contudo, se a Comissão invocar a existência de um impacto concreto da infracção, isso permitir-lhe-á reforçar a sua gravidade e agravar o montante de base da coima para além do limite fixado nas orientações.

306. Ora, parece-nos que as coimas previstas no artigo 15.º do Regulamento n.º 17 são, pela sua própria natureza e importância, equiparáveis a uma sanção penal, apesar de, no sentido estrito do termo, possuírem o carácter de sanções administrativas. A intervenção da Comissão, que é sobretudo repressiva, deve, por isso, respeitar, tanto no plano processual como a nível substantivo, os princípios do direito sancionatório, devendo, por isso, a Comissão produzir prova dos elementos em que se baseia para calcular o montante da coima.

307. Este aspecto é ainda mais importante quando está em causa uma infracção muito grave, já que a Comissão apenas está sujeita ao limite máximo previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Contrariamente ao que se passa com as infracções qualificadas de «pouco graves» ou «graves», a Comissão pode, efectivamente, ultrapassar em muito o limiar de 20 milhões de euros previsto no ponto 1, A, terceiro travessão, das orientações, o que lhe deixa uma grande margem de apreciação.

308. Neste contexto, se a Comissão optar por considerar o impacto concreto da infracção no mercado na apreciação da sua gravidade e na determinação do montante da coima correspondente, deverá então estar em condições de fornecer indícios concretos, credíveis e suficientes, demonstrativos da existência de efeitos reais da infracção no mercado e de um nexo de causalidade entre o acordo anticoncorrencial e a modificação do jogo da concorrência no mercado.

309. Ora, não foi esta a abordagem adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido.

310. Com efeito, mesmo que pudesse validamente concluir, no n.º 288 do acórdão recorrido, que «a Comissão podia legitimamente basear-se na execução do cartel», o Tribunal de Primeira Instância cometeu, em nossa opinião, um erro de direito ao considerar que essa análise bastava para concluir pela existência de um impacto no mercado.

311. Por um lado, como o Tribunal de Primeira Instância declarou no acórdão Prym e Prym Consumer/Comissão, já referido, parece-nos que a execução de um acordo não implica necessariamente que produza efeitos reais no mercado. Esses efeitos são, em nosso entender, ainda menos «quantificáveis» na acepção do ponto 1, A, das orientações. A execução de um acordo constitui, por conseguinte, um indício importante, pois trata-se de condição prévia ao impacto concreto no mercado, embora, quanto a nós, mais não seja do que um princípio de um indício [130].

312. Pensamos que a Comissão deve, além disso, ter a possibilidade de recolher indícios relativos à evolução dos preços ou às quotas de mercado das empresas, sem que isso implique a utilização de recursos consideráveis. No contexto, por exemplo, de um acordo de fixação de preços, como a «rede Lombard», parece-nos essencial e em perfeita consonância com a prova que deve fazer que a Comissão aprecie, à luz das condições objectivas do mercado em causa, os efeitos do acordo sobre os preços. Essa análise poderá permitir apurar um aumento ou uma diminuição dos preços na sequência da execução dos acordos ou a existência de paralelismo entre os preços fixados pelo cartel e os preços efectivamente praticados. É no quadro desta apreciação, e como o próprio Tribunal de Primeira Instância recordou no n.º 284 do acórdão recorrido, que a Comissão, para apreciar o impacto concreto de uma infracção no mercado, deve reportar-se ao jogo da concorrência que normalmente teria existido na ausência de infracção. Ainda que seja difícil exigir à Comissão que forneça avaliações quantificadas, pensamos, contudo, que lhe é possível, com base numa comparação entre a situação do mercado antes da infracção e após a sua prática, provar certas tendências.

313. Por conseguinte, também não partilhamos do entendimento do Tribunal de Primeira Instância constante do n.º 287 do acórdão recorrido, de acordo com o qual não é necessário considerar o nível dos preços de mercado efectivamente praticados, já que esse nível podia ser influenciado por outros factores fora do controlo dos membros do cartel. Com efeito, não é necessário recordar que a fiscalização da Comissão tem por objecto medir o impacto concreto do cartel no mercado, nomeadamente a nível dos preços, tendo em consideração, de acordo com o declarado pelo Tribunal de Justiça, o seu contexto económico e regulamentar.

314. Por último, gostaríamos apenas de assinalar que, embora compartilhemos com o Tribunal de Primeira Instância a sua preocupação no que respeita às dificuldades com que a Comissão se pode deparar para provar o impacto concreto do cartel [131], pensamos que isso não pode, no presente caso, justificar a insuficiência da demonstração da Comissão, sobretudo quando esta baseia a sua apreciação num único indício, relativo à execução do acordo.

130 — V. nota da p. 117.

131 — V. n.º 286 do acórdão recorrido.

315. Tendo em conta todos estes elementos, consideramos que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao entender que a Comissão podia, para efeitos da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante de base da coima, basear-se na execução do cartel para concluir que existia um impacto concreto no mercado.

316. Por conseguinte, propomos ao Tribunal de Justiça que julgue procedente esta terceira parte do fundamento.

4. Quanto à quarta parte do fundamento, relativa à errada apreciação da «dimensão do mercado geográfico relevante»

a) Argumentação das partes

317. A RZB acusa o Tribunal de Primeira Instância de, nos n.os 308 a 313 do acórdão recorrido, não ter examinado o argumento segundo o qual a dimensão manifesta e incontestavelmente limitada do território da República da Áustria obstava a que a infracção detectada fosse qualificada de «muito grave». Além disso, esse entendimento era contrário à letra das orientações e à prática decisória da Comissão.

b) Apreciação

318. Pensamos que esta parte do fundamento não procede.

319. Por um lado, e ao contrário do que a recorrente defende, o Tribunal de Primeira Instância expôs de forma clara e suficientemente fundamentada, nos n.os 308 a 313 do acórdão recorrido, as razões pelas quais a dimensão limitada do mercado geográfico em causa não se opunha, na sua perspectiva, a que a infracção detectada fosse qualificada de «muito grave».

320. Como correctamente expôs no n.º 240 do acórdão recorrido e nós salientámos no n.º 261 das presentes conclusões, os acordos de fixação dos preços, como os em causa, podem, devido à sua própria natureza, constituir uma infracção «muito grave», independentemente do seu impacto e da dimensão do mercado geográfico em causa.

321. Além disso, recordamos que a prática decisória anterior da Comissão não pode serve de quadro jurídico às coimas em matéria de concorrência [132]. Com efeito, decorre de jurisprudência constante que os

132 — Acórdão JCB Service/Comissão, já referido (n.º 205). V., igualmente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Julho de 2005, Scandinavian Airlines System/Comissão (T-241/01, Colect., p. II-2917, n.º 87 e jurisprudência aí indicada).

ensinamentos resultantes dessa prática só têm carácter indicativo, pois os dados circunstanciais dos processos, como os mercados, os produtos, os países, as empresas e os períodos em causa, não são idênticos [133]. Nestas circunstâncias, a recorrente não pode invocar decisões anteriores da Comissão.

322. Por último, desejamos acrescentar que nem o Tratado CE, nem o Regulamento n.º 17, nem as orientações, nem a jurisprudência permitem considerar que só as restrições que têm por objecto mercados de grande dimensão podem ser qualificadas de infracções muito graves. Como o Tribunal de Primeira Instância correctamente assinalou, no n.º 312 do acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça considera que o território de um único Estado-Membro, ou mesmo uma sua pequena parte, pode ser considerado uma parte substancial do mercado comum. Além disso, como já vimos, a infracção em apreço não afecta apenas a República da Áustria, podendo também afectar o comércio entre os Estados-Membros.

323. Nestas circunstâncias, consideramos que a quarta parte deste fundamento deve ser julgada improcedente.

133 — V. acórdão JCB Service/Comissão, já referido (n.º 201).

5. Quanto à quinta parte do fundamento, relativa à incorrecta apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância do carácter selectivo dos processos instaurados e à violação do dever de fundamentação

a) Argumentação das partes

324. Em apoio da quinta parte, a RZB apresenta duas críticas.

325. Em primeiro lugar, a RZB acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter rejeitado o seu argumento segundo o qual a qualificação da infracção como «muito grave» é incompatível com a escolha da Comissão de apenas instaurar processos a algumas das empresas que participaram na infracção.

326. Em segundo lugar, a RZB alega que o Tribunal de Primeira Instância violou a sua obrigação de fundamentação ao não responder aos argumentos segundo os quais, por um lado, o elevado nível da coima era contraditório com o carácter simbólico de um procedimento definitivamente instaurado contra o sector bancário austríaco no seu conjunto e, por outro lado, conduziria a distorções da concorrência pois a coima só é aplicada a 10% dos bancos. Por último, a qualificação da infracção como «muito grave» não era compatível com a acusação de «injustiça de empresas individuais».

b) Apreciação

327. No que diz respeito à primeira crítica, entendemos, como a Comissão, que apenas constitui a reprodução textual de um fundamento já apresentado no Tribunal de Primeira Instância e não identifica qualquer erro de direito. Em conformidade com os princípios evocados no n.º 65 das presentes conclusões, propomos ao Tribunal de Justiça que a julgue inadmissível.

328. No que diz respeito à segunda crítica, relativa a uma insuficiência de fundamentação do acórdão recorrido, pensamos que não deve ser acolhida [134].

329. Recordamos, antes de mais, que, por força do disposto no artigo 36.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, aplicável ao Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 53.º do mesmo estatuto «[o]s acórdãos são fundamentados».

330. Segundo o Tribunal de Justiça, a fundamentação de um acórdão deve revelar de forma clara e inequívoca o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância, de forma a permitir aos interessados conhecer os fundamentos da decisão tomada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional [135]. Tratando-se dum recurso fundado no artigo 230.º CE, a exigência de fundamentação implica, obviamente, que o Tribunal de Primeira Instância examine os fundamentos de anulação invocados pela recorrente e exponha as razões que conduziram à rejeição dum fundamento ou à anulação do um acto impugnado. Em especial, no quadro da execução dos artigos 81.º CE e 15.º do Regulamento n.º 17, o Tribunal de Justiça considera que lhe cabe verificar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu de forma bastante ao conjunto dos argumentos invocados pelo recorrente com vista à supressão ou redução da coima [136].

331. Todavia, no acórdão Connolly/Comissão [137], o Tribunal de Justiça estabeleceu limites a esta obrigação de responder aos fundamentos invocados. Considerou que a fundamentação de um acórdão deve ser apreciada à luz das circunstâncias do caso [138] e não pode exigir que o Tribunal de Primeira Instância responda «em pormenor a cada argumento invocado pelo recorrente, especialmente quando este não reveste um carácter suficientemente claro e preciso e não assenta em elementos de prova detalhados» [139].

134 — Relembramos que, em virtude de uma jurisprudência constante, a questão de saber se o Tribunal de Primeira Instância respondeu aos fundamentos das partes e fundamentou regularmente o seu acórdão é uma questão de direito que pode, enquanto tal, ser suscitada no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância [v., nomeadamente, acórdão de 7 de Maio de 1998, Somaco/Comissão (C-401/96 P, Colect., p. I-2587, n.º 53 e jurisprudência aí indicada)].

135 — V., neste sentido, acórdãos de 14 de Maio de 1998, Conselho/de Nil e Impens (C-259/96 P, Colect., p. I-2915, n.ºs 32 a 34), e de 17 de Maio de 2001, IECC/Comissão (C-449/98 P, Colect., p. I-3875, n.º 70), e despachos do Presidente do Tribunal de Justiça de 19 de Julho de 1995, Comissão/Atlantic Container Line e o. [C-149/95 P(R), Colect., p. I-2165, n.º 58]; de 14 de Outubro de 1996, SCK e FNK/Comissão [C-268/96 P(R), Colect., p. I-4971, n.º 52], e de 25 de Junho de 1998, Antilles néerlandaises/Conselho [C-159/98 P(R), Colect., p. I-4147, n.º 70].

136 — V. jurisprudência referida na nota da página 19 das presentes conclusões.

137 — Acórdão de 6 de Março de 2001 (C-274/99 P, Colect., p. I-1611).

138 — N.º 120.

139 — N.º 121. V., também, acórdão de 11 de Setembro de 2003, Bélgica/Comissão (C-197/99 P, Colect., p. I-8461, n.º 81).

332. Tendo em atenção estes elementos, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância não era obrigado a responder aos argumentos em causa suscitados pela recorrente.

333. Com efeito, no n.º 315 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que a premissa da recorrente, segundo a qual a Comissão tinha instaurado processos contra as recorrentes de forma selectiva e simbólica, estava errada. Salientou que, na realidade, a Comissão tinha escolhido os destinatários da decisão com base na frequência da respectiva participação nos principais comités [140]. Nestas circunstâncias, parece-nos que o Tribunal de Primeira Instância não era obrigado a prosseguir com o exame dos outros argumentos apresentados pela recorrente e baseados nessa premissa.

334. Propomos, por conseguinte, que o Tribunal de Justiça julgue esta quinta parte do fundamento inadmissível e improcedente.

6. Quanto à sexta parte do fundamento, relativa à não apreciação global da gravidade da infracção

a) Argumentação das partes

335. A RZB acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter procedido a uma apreciação global da gravidade da infracção, atentos todos os aspectos mencionados nas orientações (a própria natureza da infracção, o impacto concreto da infracção e a dimensão do mercado geográfico relevante) e os elementos exógenos, ou seja, a importância económica do sector bancário em causa, a não necessidade de um efeito dissuasivo e o carácter selectivo dos processos instaurados. Se tivesse procedido a essa análise, o Tribunal de Primeira Instância teria então concluído que a infracção em causa não podia ser qualificada de «muito grave».

b) Apreciação

336. Pensamos que este argumento não procede. Com efeito, considerámos na análise da primeira parte deste fundamento que o Tribunal de Primeira Instância não tinha cometido qualquer erro de apreciação ao entender que a Comissão podia ter em conta elementos diferentes dos expressamente previstos nas orientações, nomeadamente elementos «exógenos» [141], para efeitos da sua apreciação da gravidade da infracção.

140 — N.º 470 da fundamentação da decisão controvertida.

141 — N.ºs 245 a 251 das presentes conclusões.

Na realidade, a recorrente tece uma crítica que, em nossa opinião, pura e simplesmente contraria o que defendeu no âmbito da primeira parte deste fundamento.

337. Por conseguinte, esta sexta parte deve ser julgada improcedente.

7. Quanto à sétima parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação da repartição das recorrentes por categorias

338. Decorre da decisão controvertida que o mercado bancário austríaco se caracteriza pela existência de grupos bancários estruturados em vários níveis, ditos «descentralizados».

339. As caixas de aforro e os bancos populares possuem uma estrutura de dois níveis e as caixas de crédito agrícola (bancos Raiffeisen) possuem, por seu lado, uma estrutura de três níveis. Em cada uma dessas estruturas de vários níveis (a seguir designadas «sector das caixas de aforro», «sector Raiffeisen» e «sector dos bancos populares» e, em conjunto, «sector dos bancos descentralizados»), existe um estabelecimento central, designado em linguagem corrente por «sociedade de topo» (*société faîtière)*, que exerce funções de apoio e serviço aos bancos do sector. A Erste, a RZB e a ÖVAG são, respectivamente, os estabelecimentos centrais do sector das caixas de aforro, do sector Raiffeisen e do sector dos bancos populares.

340. Nos termos do ponto 1, A, das orientações, a Comissão pode, no que diz respeito às infracções muito graves, ajustar o montante de base da coima em função da capacidade económica efectiva dos autores da infracção para falsear a concorrência.

341. Nos processos em apreço, a Comissão considerou, no n.º 515 da fundamentação da decisão controvertida, que este tipo de tratamento diferenciado se impunha, na medida em que existiam diferenças consideráveis de dimensão entre as empresas e os grupos bancários que participaram na «rede Lombard».

342. Assim, a Comissão repartiu os destinatários da decisão controvertida por cinco categorias, em função dos dados disponíveis sobre as respectivas quotas de mercado. No que diz respeito à Erste, à RZB e à ÖVAG, a Comissão considerou que, enquanto sociedades de topo dos sectores descentralizados, respectivamente, das caixas de aforro, dos bancos Raiffeisen e dos bancos populares, importava atribuir-lhes as quotas de mercado dos respectivos sectores, para melhor apreciar o seu poder económico no mercado. A Erste e a RZB foram, portanto, classificadas na primeira categoria, enquanto a ÖVAG foi classificada na terceira categoria.

a) As críticas das recorrentes

343. Em primeiro lugar, sem prejuízo de certas especificidades associadas à respectiva situação, a Erste, a RZB e a ÖVAG põem em causa o princípio subjacente a essa repartição. Consideram que o Tribunal de Primeira Instância ignorou, no plano jurídico, as condições em que a Comissão podia atribuir-lhes, enquanto estabelecimentos centrais dos sectores descentralizados, as quotas de mercado dos respectivos sectores para efeitos da classificação por categorias. A este respeito, as recorrentes defendem que esta atribuição viola o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, o princípio da proporcionalidade da sanção, o princípio da responsabilidade pessoal pelas infracções ao direito da concorrência e o princípio da igualdade.

344. Em segundo lugar, a Erste, a RZB e a ÖVAG consideram que o Tribunal de Primeira Instância violou os seus direitos de defesa.

345. Em terceiro lugar, sustentam que o Tribunal de Primeira Instância não apreciou correctamente o papel e as funções que desempenhavam nos grupos bancários.

346. Em quarto lugar, a Erste alega que as conclusões do Tribunal de Primeira Instância quanto à quota de mercado do grupo das caixas de aforro são incorrectas.

347. Em quinto lugar, a ÖVAG sustenta que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os factos e os elementos de prova que lhe foram apresentados.

i) Quanto à primeira crítica, relativa à ilegalidade da atribuição aos estabelecimentos centrais das quotas de mercado dos bancos dos sectores descentralizados

348. A Erste, a RZB e a ÖVAG apresentam vários argumentos em apoio desta crítica.

— Quanto ao princípio da atribuição e aos critérios de apreciação utilizados para o efeito

349. A Erste, a RZB e a ÖVAG sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao entender, nos n.os 356 e 373 do acórdão recorrido, que a Comissão, ao imputar-lhes as quotas de mercado dos bancos dos seus sectores descentralizados para efeitos do cálculo da coima, não lhes imputou o comportamento ilícito destes e puniu-os apenas «pelo seu próprio comportamento».

350. Segundo afirmam, essa imputação equivale, na verdade, a imputar-lhes a responsabilidade pelas infracções cometidas pelos

bancos dos seus sectores descentralizados, já que a posição desses bancos no mercado é integralmente tida em linha de conta para efeitos do cálculo da coima. A Erste, a RZB e a ÖVAG consideram, assim, que esta imputação deveria ter sido apreciada à luz dos critérios que o Tribunal de Justiça identificou a propósito da imputabilidade das infracções no interior de um grupo de sociedades, ou seja, a possibilidade de um controlo da empresa e a existência de uma unidade económica.

351. Ao fundar-se na existência de relações estáveis no interior dos grupos bancários e nas funções de apoio e serviço exercidas pelos estabelecimentos centrais, a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância terão contornado as exigências estritas da jurisprudência.

352. A Comissão alega que o critério determinante para efeitos da repartição por categorias é a comparação do poder real de mercado, que se baseia nas relações estáveis dos bancos descentralizados com as respectivas sociedades de topo.

— Quanto à violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, do princípio da proporcionalidade da sanção, do princípio da responsabilidade pessoal pelas infracções ao direito da concorrência e do princípio da igualdade

353. A Erste sustenta que a imputação às sociedades de topo (GiroCrédit ou Erste) [142] das quotas de mercado das cerca de 70 caixas de aforro austríacas viola o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, conjugado com o ponto 1, A, sexto parágrafo, das orientações. Com efeito, esta disposição não permitia imputar a uma empresa a quota de mercado de empresas terceiras do mesmo sector de actividades.

354. A Erste e a RZB também sustentam que essa imputação viola o princípio da responsabilidade pessoal pela prática de infracções ao direito da concorrência, bem como o princípio da proporcionalidade da sanção.

355. Por último, a RZB e a ÖVAG afirmam que o Tribunal de Primeira Instância também violou o princípio da igualdade. A este

142 — Esta imputação dizia respeito à GiroCredit para o período compreendido entre o ano de 1995 e Outubro de 1997, quando esta era o estabelecimento central do sector, e à Erste para o período compreendido entre Outubro de 1997 e Junho de 1998, quando esta, na sequência da absorção da GiroCredit, se tornou a sociedade de topo do sector.

respeito, a RZB acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter equiparado os estabelecimentos centrais dos sectores descentralizados aos grandes bancos centralizados para efeitos da classificação por categorias. Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância deveria ter examinado se não seria importante considerar apenas uma parte das quotas de mercado de cada sector em causa a fim de atender ao facto de que, sempre que participa nos comités interbancários, um estabelecimento central como a RZB se limita a transmitir informações, pois não pode intervir em nome dos bancos e não pode dar instruções no sentido da execução dos eventuais acordos.

356. A Comissão recorda que a imputação das quotas de mercado na decisão controvertida se baseia não em conclusões específicas sobre a efectiva participação dos bancos descentralizados na infracção, mas apenas no facto de que a Comissão puniu as sociedades de topo pelo seu próprio comportamento. A Comissão precisa que, no caso em apreço, não lhes foi imputado qualquer comportamento de terceiros.

357. No que diz respeito aos argumentos apresentados pela RZB, a Comissão indica, desde logo, que as coimas aplicadas às sociedades de topo não ultrapassarão o limite máximo de 10% do volume de negócios da empresa, nos termos do artigo 15.º do Regulamento n.º 17. Por conseguinte, é diferente do que ocorreria caso a sociedade de topo e os bancos descentralizados tivessem sido considerados uma unidade económica, situação em que seria necessário ter em conta o volume de negócios total do grupo. A Comissão salienta, em seguida, que a recorrente não precisa em que medida situações diferentes terão sido tratadas de forma idêntica sem justificação adequada.

358. Por último, a Comissão alega a inadmissibilidade do argumento relativo à proporcionalidade da coima, já que, por motivos de equidade, o Tribunal de Justiça não pode substituir a apreciação do Tribunal de Primeira Instância pela sua própria.

ii) Quanto à segunda crítica, relativa à violação dos direitos de defesa

359. No Tribunal de Primeira Instância, a Erste e a ÖVAG criticaram a Comissão por não ter mencionado, na comunicação das acusações, a sua intenção de imputar aos estabelecimentos centrais as quotas de mercado dos respectivos grupos para efeitos de cálculo da coima.

360. Nos respectivos recursos, a Erste e a ÖVAG sustentam que o Tribunal de Primeira Instância violou os seus direitos de defesa, ao entender, no n.º 369 do acórdão recorrido, que a indicação que figurava na comunicação de acusações, segundo a qual eram as sociedades de topo do sector das caixas de aforro e dos sector dos bancos populares, era suficiente.

361. A Erste e a ÖVAG defendem que a Comissão não se deveria ter limitado a uma mera afirmação de carácter geral e deveria ter informado as empresas das conclusões que pretendia retirar de todos os elementos de facto relativos à infracção.

iii) Quanto à terceira crítica, relativa a uma errada apreciação do papel e das funções dos estabelecimentos centrais no seio dos grupos bancários

362. A Erste, a RZB e a ÖVAG criticam o Tribunal de Primeira Instância por não ter apreciado correctamente o papel e funções que desempenhavam no interior dos grupos bancários.

363. A Erste contesta a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, constante do n.º 401 do acórdão recorrido, segundo a qual tinha o papel de «representante» do sector das caixas de aforro nos comités bancários.

364. A ÖVAG, por seu turno, salienta que, contrariamente ao entendimento do Tribunal de Primeira Instância, não tem qualquer possibilidade de obrigar os bancos populares autónomos e não forma com estes uma entidade económica.

365. A RZB alega, por seu turno, que não dispunha de «maiores conhecimentos especializados e de melhores informações» relativamente aos bancos do seu sector descentralizado, ao contrário do que é referido no n.º 405 do acórdão recorrido. Em todo o caso, defende que as conclusões do Tribunal de Primeira Instância relativas às suas ligações ao sector descentralizado não permitiam imputar-lhe, integralmente, as quotas de mercado desse sector. Por fim, a recorrente salienta não ter uma capacidade comparável à dos grandes bancos hierarquicamente organizados para causar prejuízos aos particulares e sublinha que também não está em condições de beneficiar das práticas controvertidas, por não deter uma quota de mercado significativa ou possuir uma participação nos lucros dos bancos do sector.

iv) Quanto à quarta crítica, relativa à incorrecta determinação das quotas de mercado da Erste e do agrupamento das caixas de aforro

366. A Erste sustenta que foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância não concluiu que a Comissão se baseou numa avaliação das quotas de mercado demasiado elevada para a classificar numa das categorias. Com efeito, tanto antes como posteriormente à sua fusão com a GiroCrédit, a sua quota de mercado era muito inferior à que a Comissão considerou e que o Tribunal de Primeira Instância confirmou nos n.os 455 e 458 do acórdão recorrido.

367. Assim, o Tribunal de Primeira Instância teria cometido um erro de direito, no n.º 457 do acórdão recorrido, ao considerar que a Erste continuava classificada na primeira categoria e que a crítica, admitindo-a procedente, não era susceptível de pôr em causa o dispositivo da decisão controvertida. O Tribunal de Primeira Instância teria, a este respeito, violado os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade ao não distinguir, para efeitos da classificação por categorias, a detenção de uma quota de mercado de 30% e a detenção de uma quota de mercado de 17%.

368. A Comissão sustenta que, independentemente da exacta quota de mercado da Erste, a podia classificar na primeira categoria após a sua fusão com a GiroCrédit. No que diz respeito ao argumento relativo ao facto de a Comissão ter considerado duas vezes as quotas de mercado e o comportamento da Erste Österreischische Spar-Casse-Bank AG (ou seja, a Erste antes da fusão com a GiroCrédit, a seguir «EÖ»), alega a sua inadmissibilidade pelo facto de a Erste pretender obter uma simples reapreciação dos factos, o que escapa à competência do Tribunal de Justiça.

v) Quanto à quinta crítica, relativa à desvirtuação dos factos e dos elementos de prova

369. A ÖVAG defende que a análise do Tribunal de Primeira Instância decorre de uma desvirtuação dos elementos de prova constantes dos autos. Com efeito, as trocas de informação e as actividades da ÖVAG enquanto alegada coordenadora e representante dos bancos populares descentralizados nunca foram provadas (n.os 401 a 406 do acórdão recorrido). Além disso, o Tribunal de Primeira Instância invocou erradamente um acórdão do Verfassunsgerichtshof (Tribunal Constitucional) (Áustria) de 23 de Junho de 1993 para justificar a imputação das quotas de mercado dos bancos do sector (n.os 392 a 401 do acórdão recorrido). Com efeito, a ÖVAG salienta que não participou nesse processo e que esse acórdão dizia apenas respeito a aspectos relacionados com as «reservas líquidas». O Tribunal de Primeira Instância teria assim cometido um erro de facto e de direito e, além disso, ultrapassou a margem de apreciação que lhe é conferida. Por último, a recorrente salienta que o Tribunal de Primeira Instância não analisou expressamente a sua situação, ao contrário do que fez relativamente à Erste e à RZB e aos bancos dos respectivos sectores.

370. A Comissão salienta a inexistência de explicações por parte da recorrente e conclui pedindo que esta crítica seja rejeitada. Quanto ao erro cometido pelo Tribunal de Primeira Instância ao referir-se ao acórdão do Verfassunsgerichtshof, a Comissão contesta a existência de uma qualquer desvirtuação. Com efeito, o juiz austríaco pronunciou-se formalmente e de uma forma geral sobre as relações entre os «estabelecimentos centrais» e os respectivos «bancos primários», sendo os bancos populares expressamente visados nesse acórdão. Segundo a Comissão, a ÖVAG não alega que o seu papel enquanto sociedade de topo se distingue do das sociedades de topo dos outros sectores.

b) Apreciação

374. Pensamos que o Tribunal de Primeira Instância cometeu, a este respeito, um erro de direito e inquinou o acórdão recorrido com uma contradição na fundamentação.

i) Quanto à primeira crítica, relativa à ilegalidade da atribuição aos estabelecimentos centrais das quotas de mercado dos bancos dos sectores descentralizados

375. Com efeito, com este entendimento, o Tribunal de Primeira Instância afirma que a sociedade de topo não é responsável pelas infracções praticadas pelos bancos do seu sector descentralizado, embora, para efeitos de cálculo da coima, seja contudo necessário atribuir-lhe as quotas de mercado da totalidade do grupo.

371. Esta crítica suscita, em nossa opinião, um outro aspecto delicado do processo. Diz respeito à forma como a Comissão deve calcular o montante da sanção à luz das responsabilidades que o autor da infracção deve assumir no seu cometimento.

376. Isso não é lógico. Ou a Comissão pode imputar a responsabilidade pela infracção à sociedade de topo, na medida em que esta forma uma unidade económica com o sector descentralizado, e pode, nesse caso, considerar, para efeitos de cálculo da coima, a capacidade económica efectiva do conjunto desse sector, ou a Comissão instaura um processo à sociedade de topo pela sua participação individual na infracção e só pode considerar, para efeitos do cálculo da coima, as suas quotas de mercado, independentemente das do seu sector descentralizado.

372. Nos presentes processos, a Comissão calculou o montante da coima que pretendia aplicar à Erste, à RZB e à ÖVAG, como sociedades de topo, imputando-lhes as quotas de mercado dos bancos dos seus sectores descentralizados. Isso permitia-lhe apreciar a respectiva capacidade económica, nos termos do ponto 1, A, quarto parágrafo, das orientações.

377. A abordagem do Tribunal de Primeira Instância não é, portanto, coerente. É evidente que o facto de calcular o montante da sanção com base nas quotas de mercado dos bancos dos sectores descentralizados equivale a «punir» as sociedades de topo pelo comportamento ilícito desses bancos.

373. Nos n.os 356 e 373 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, ao actuar dessa forma, a Comissão não lhes imputou o comportamento ilícito dos bancos dos seus sectores descentralizados e puniu-os «pelo seu próprio comportamento».

378. Ora, pensamos que, no cálculo da sanção e, no caso em apreço, de uma coima, a Comissão só pode atender à capacidade económica efectiva das empresas que considerou responsáveis pela infracção praticada no mercado. Isso resulta muito claramente do ponto 1, A, quarto parágrafo, das orientações, que menciona expressamente «a capacidade económica efectiva *dos autores da infracção* [143]». Ora, na decisão controvertida, apenas as sociedades de topo foram julgadas responsáveis pela infracção. O próprio Tribunal de Primeira Instância o refere, no n.º 356 do acórdão recorrido, quando precisa que «a decisão [controvertida] não baseia a imputação das quotas de mercado em verificações específicas relativas à participação efectiva dos bancos descentralizados na infracção» e que «a Comissão sancionou as [sociedades de topo] pelo seu próprio comportamento».

379. Neste ponto da nossa apreciação, consideramos que a primeira crítica, relativa à ilegalidade da imputação das quotas de mercado dos bancos dos sectores descentralizados aos estabelecimentos centrais, é procedente, não sendo, portanto, necessário analisar as outras críticas das recorrentes, e que a sétima parte deste primeiro fundamento deve ser acolhida.

380. Atentos estes elementos, consideramos que a terceira e a sétima partes do primeiro fundamento são procedentes. Por conseguinte, propomos ao Tribunal de Justiça que julgue procedente este fundamento, relativo a erros de direito na apreciação da gravidade da infracção, e anule o acórdão recorrido, já que padece:

— de um erro de direito, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão da simples execução do acordo podia inferir a existência de um impacto concreto da infracção no mercado, e isto para efeitos da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante de base da coima, e

— de um erro de direito e de uma contradição na fundamentação, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão podia, para efeitos da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante de base da coima, imputar à Erste, à RZB e à ÖVAG as quotas de mercado dos bancos dos respectivos sectores descentralizados, embora não lhes tenha imputado o comportamento ilícito destes.

381. Contudo, propomos ao Tribunal de Justiça que prossiga com o exame dos outros fundamentos invocados pelas recorrentes, na medida em que também visam a obtenção de uma redução do montante da coima aplicada pela Comissão.

143 — Sublinhado nosso.

B — *Quanto ao segundo fundamento, relativo a erros de direito, falta de fundamentação e desvirtuação dos elementos de prova no que diz respeito à existência de circunstâncias atenuantes*

382. Nos termos do ponto 3 das orientações, podem constituir circunstâncias atenuantes, se demonstradas:

— papel exclusivamente passivo ou seguidista na infracção cometida,

— não aplicação efectiva dos acordos ou práticas ilícitos,

— ter posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão,

— existência de dúvidas razoáveis da empresa sobre o carácter de infracção do comportamento restritivo,

— infracções cometidas por negligência e não de forma deliberada,

— colaboração efectiva da empresa no processo, fora do âmbito de aplicação da comunicação sobre a cooperação.

383. Nem a Comissão, na decisão controvertida (n.os 525 a 542 da fundamentação), nem o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão recorrido (n.os 469 a 511), identificaram circunstâncias atenuantes que pudessem beneficiar as recorrentes.

384. Nos presentes recursos, a ÖVAG critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter reconhecido que o seu comportamento passivo durante a infracção deveria ser considerado uma circunstância atenuante. A BA-CA sustenta, por seu turno, que o Tribunal de Primeira Instância também cometeu erros de direito ao não ter em conta a participação das autoridades públicas nos comités bancários e o carácter público destes.

a) Quanto à primeira parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do comportamento passivo da ÖVAG pelo Tribunal de Primeira Instância

i) Argumentação das partes

385. Fundamentalmente, a ÖVAG põe em causa a forma como o Tribunal de Primeira Instância, no quadro das circunstâncias atenuantes, apreciou o seu comportamento durante a infracção. A este respeito, tece várias críticas.

— Quanto à primeira crítica, relativa ao exercício incorrecto da competência jurisdicional do Tribunal de Primeira Instância

386. A recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de se ter limitado a reproduzir o texto das orientações sem apreciar as circunstâncias do caso, nomeadamente o papel particular da ÖVAG no seio da «rede Lombard».

— Quanto à segunda crítica, relativa à utilização de um critério de apreciação errado

387. A recorrente considera que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, no n.º 483 do acórdão recorrido, ao basear a sua apreciação no critério da participação dos bancos nos comités que também foi utilizado no quadro da repartição dos bancos por categorias. Ao proceder deste modo, o Tribunal de Primeira Instância associa a questão da repartição dos bancos de acordo com o respectivo poder económico à do reconhecimento de uma circunstância atenuante. Ora, segundo a recorrente, o reconhecimento de uma circunstância atenuante não pode depender do carácter «esporádico» da participação de uma empresa nas reuniões. Com efeito, as orientações obrigam a Comissão a proceder a uma apreciação diferenciada dos papéis e não a uma apresentação maniqueísta do género «tudo ou nada».

— Quanto à terceira crítica, relativa a uma desvirtuação dos elementos de prova apresentados ao Tribunal de Primeira Instância

388. Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou as suas declarações e os factos que resultam dos autos relativos à sua participação no cartel. Com efeito, nunca alegou ter-se distanciado do cartel, embora tenha constantemente salientado a modéstia do papel que nele desempenhava.

— Quanto à quarta crítica, relativa a uma contradição na fundamentação

389. Segundo a ÖVAG, a análise do Tribunal de Primeira Instância é contraditória na medida em que a qualifica de «grande banco» e de «representante de um sector», embora a Comissão não tenha efectuado qualquer inspecção nas suas instalações, a recorrente não faça parte do «círculo restrito dos bancos» e só tenha participado num número limitado de reuniões.

390. A Comissão considera que estas críticas são destituídas de pertinência pois, por motivos de equidade, o Tribunal de Justiça não pode substituir a apreciação do Tribunal de Primeira Instância pela sua própria.

ii) Apreciação

391. Somos de opinião de que esta primeira parte deve ser julgada totalmente improcedente.

392. No que diz respeito à primeira crítica, pensamos que a forma como o Tribunal de Primeira Instância exerceu o seu controlo jurisdicional não pode ser posta em causa. Com efeito, recordamos que, no quadro da fiscalização da legalidade da decisão controvertida, o Tribunal de Primeira Instância exerce um controlo jurisdicional limitado, que deve ter em conta a margem de apreciação de que a Comissão goza para fixar o montante das coimas. Na apreciação das críticas da ÖVAG, a fiscalização do Tribunal de Primeira Instância estava, portanto, limitada à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como à verificação da exactidão material dos factos e da inexistência de erro de direito, de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância indicou, nos n.os 484 e 487 do acórdão recorrido, que a recorrente não provou que a Comissão, no quadro da sua análise, cometera erros de facto ou um erro manifesto de apreciação ou ainda desvio de poder.

393. Contrariamente ao que a recorrente defende, o Tribunal de Primeira Instância não se limitou a uma mera reprodução das orientações, já que, nos n.os 482 e 486 do acórdão recorrido, indicou claramente a jurisprudência aplicável, antes de analisar, nos n.os 483 a 489 do mesmo acórdão, a forma como a Comissão atendeu ao comportamento de cada uma das empresas, em especial da ÖVAG, nos comités bancários.

394. Parece-nos, por conseguinte, que esta crítica pode facilmente ser julgada improcedente.

395. No que diz respeito à segunda crítica, deve também ser julgada improcedente. Por um lado, o critério de apreciação que o

Tribunal de Primeira Instância utilizou na sua apreciação, ou seja, o da participação nas reuniões dos membros do cartel, está de acordo com uma jurisprudência constante, expressamente referida no n.º 482 do acórdão recorrido. Este critério permite ter em conta o comportamento específico de uma empresa ao longo da duração do cartel. Por outro lado, ao contrário do que a ÖVAG defende, o referido critério é diferente daquele que foi utilizado pela Comissão para efeitos da classificação por categorias das recorrentes, que se baseia apenas no poder económico das empresas.

396. No que diz respeito à terceira crítica, pensamos não ser admissível, já que os argumentos da ÖVAG não contém qualquer elemento sério susceptível de demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou as suas declarações ou os elementos dos autos relativos à sua participação no cartel. Em todo o caso, é evidente, em nossa opinião, que, ao salientar a modéstia do seu papel no seio dos comités bancários, a recorrente pretendia provar a distância que tinha adoptado relativamente aos outros membros do cartel.

397. Por último, no que diz respeito à quarta crítica, propomos ao Tribunal de Justiça que a julgue liminarmente improcedente, pois o facto de a Comissão não ter procedido a uma verificação surpresa nas instalações da recorrente em nada contradiz o facto de poder ser qualificada de «grande banco» e de «representante do sector dos bancos populares».

398. À luz do conjunto destes elementos, consideramos que a primeira parte deste fundamento deve ser julgada parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

b) Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação da participação das autoridades públicas nos comités bancários pelo Tribunal de Primeira Instância [144]

i) Argumentação das partes

399. Fundamentalmente, a BA-CA critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter considerado, enquanto circunstância atenuante, a participação de certas autoridades públicas nas reuniões. Ao proceder deste modo, o Tribunal de Primeira Instância terá violado o princípio da igualdade de tratamento, na medida em que a BA-CA terá sido tratada de forma diferente relativamente a outras empresas alvo de decisões anteriores da Comissão.

400. Segundo a recorrente, resulta da prática decisória da Comissão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a tolerância face a um comportamento do legislador nacional e a participação de autoridades públicas em reuniões constituem circunstâncias atenuantes que justificam a redução do montante da coima, e isto independente-

144 — N.os 261 e 504 a 506 do acórdão recorrido.

mente da dimensão das empresas em causa [145]. Em especial, a BA-CA acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter considerado, no n.º 505 do acórdão recorrido, que o facto de as autoridades públicas terem tolerado a infracção não pode ser tido em consideração «tendo em conta, designadamente os meios de que os bancos dispõem para obter esclarecimentos jurídicos precisos e correctos». Por um lado, esta condição não está de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente o acórdão de 9 de Setembro de 2003, CIF [146]. Por outro, essa condição implicaria uma discriminação em detrimento de certas empresas, em função do respectivo objecto social.

ii) Apreciação

401. Pensamos que as críticas da BA-CA não são procedentes.

402. Em primeiro lugar, no n.º 505 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que os elementos aduzidos pelas recorrentes a propósito da participação de determinadas autoridades públicas nas reuniões não eram suficientes para justificar uma dúvida razoável sobre a natureza ilícita dos comités na perspectiva do direito comunitário. Trata-se, em nossa opinião, de uma apreciação que o Tribunal de Justiça não tem competência para fiscalizar no quadro de um recurso como o em apreço, e isto em conformidade com os princípios que identificámos nos n.os 66 a 68 das presentes conclusões.

403. Em segundo lugar, a circunstância de o Tribunal de Primeira Instância ter entendido que o facto de as autoridades austríacas terem aprovado ou tolerado a infracção não podia ser tido em consideração a título de circunstância atenuante não contraria a jurisprudência comunitária, nem, em nossa opinião, viola o princípio da igualdade de tratamento.

404. Por um lado, pensamos que a recorrente não pode invocar o acórdão CIF, já referido. Com efeito, nesse acórdão, o cartel era facilitado por uma lei nacional. Foi nessas condições que o juiz comunitário declarou, no n.º 57 do referido acórdão que «na determinação do nível da sanção, […] o comportamento das empresas em causa [pode ser] apreciado à luz da circunstância atenuante que o quadro jurídico nacional constitui». Ora, não estamos perante uma situação desse tipo, já que a lei austríaca em causa, que autoriza os estabelecimentos bancários a concertar-se, foi revogada pelo menos em 1 de Janeiro de 1994, ou seja, um ano antes do período da infracção coberta pela decisão controvertida.

145 — A recorrente refere-se às Decisões 77/327/CEE da Comissão, de 19 de Abril de 1977, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/28.841 — ABG/Companhias petrolíferas que operam nos Países Baixos) (JO L 117, p. 1); 92/204/CEE da Comissão, de 5 de Fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.572 e 32.571 — indústria da construção nos Países Baixos) (JO L 92, p. 1) (v. n.º 141 da decisão); e 1999/271/CE da Comissão, de 9 de Dezembro de 1998, relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CE (IV/34.466 — Ferries gregos) (JO L 109, p. 24), bem como ao acórdão Jungbunzlauer/Comissão, já referido (n.º 88).

146 — C-198/01, Colect., p. I-8055, n.º 57.

405. Por outro lado, consideramos que a BA-CA não pode invocar uma violação do princípio da igualdade de tratamento por ter sido tratada de forma diferentemente de outras empresas objecto de decisões anteriores da Comissão.

406. Recordamos que o princípio da igualdade constitui um princípio geral do direito que a Comissão está obrigada a respeitar no quadro dos procedimentos instaurados ao abrigo do artigo 81.º CE. Segundo jurisprudência constante, esse princípio obsta a que situações comparáveis sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes sejam tratadas de igual maneira, salvo se esse tratamento se justificar por razões objectivas [147]. No quadro do cálculo das coimas aplicadas ao abrigo do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, o juiz comunitário reconheceu ser inerente à aplicação do método escolhido pelas orientações alguma diferença de tratamento entre as empresas objecto de uma decisão da Comissão [148]. Com efeito, as referidas orientações permitem à Comissão individualizar a sanção em função das actuações e características específicas das empresas, a fim de garantir a eficácia das regras comunitárias da concorrência.

147 — V., nomeadamente, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, BPB de Eendracht/Comissão (T-311/94, Colect., p. II-1129, n.º 309), e Archer Daniels Midland I, já referido (n.º 107).

148 — V., a este respeito, acórdão Jungbunzlauer/Comissão, já referido (n.º 238).

407. Além disso, decorre de jurisprudência constante evocada pelo Tribunal de Justiça no acórdão JCB Service/Comissão, já referido, que «a prática decisória anterior da Comissão não serve de quadro jurídico às coimas aplicadas em matéria de concorrência e que as decisões referentes a outros processos têm carácter indicativo no que respeita à existência de discriminações» [149]. Com efeito, como o Tribunal de Justiça esclarece, os ensinamentos decorrentes dessa prática só podem ter carácter indicativo, pois os dados circunstanciais dos processos, como os mercados, os produtos, os países, as empresas e os períodos em causa, não são idênticos [150].

408. Nestas condições, parece-nos que os eventuais ensinamentos que podem ser retirados das decisões anteriores da Comissão não podem ser invocados no quadro dos presentes processos.

409. Atentos estes elementos, entendemos que a segunda parte deste fundamento deve ser julgada improcedente.

149 — N.º 205. V., igualmente, acórdão Scandinavian Airlines System/Comissão, já referido (n.º 87 e jurisprudência aí indicada).

150 — Acórdão JCB Service/Comissão, já referido (n.º 201).

c) Quanto à terceira parte do fundamento, relativa a uma errada apreciação do carácter público das reuniões pelo Tribunal de Primeira Instância [151]

i) Argumentação das partes

410. A BA-CA defende que o Tribunal de Primeira Instância cometeu diversos erros de direito ao não proceder a uma redução da coima embora tivesse ficado provada a notoriedade pública notório dos comités. Em primeiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância entendeu, erradamente, que o cartel não era do conhecimento público, em toda a sua extensão, embora os inúmeros elementos fornecidos na petição, nomeadamente os artigos de imprensa, demonstrassem que o público tinha conhecimento dos temas das reuniões e da relação directa que existia entre os comités bancários e a evolução das taxas de juro. Assim, o Tribunal de Primeira Instância tinha violado os princípios da produção da prova ao não apreciar, quanto ao mérito, os documentos apresentados pela recorrente. Em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância excedeu o exigível ao considerar que a opinião pública deve ter um conhecimento perfeito das reuniões para que seja possível reduzir a coima. Em terceiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância reproduziu incorrectamente as declarações da recorrente, na medida em que esta não afirmou que a notoriedade pública das reuniões as tornava lícitas.

411. A Comissão rejeita estas alegações. Precisa que não existe qualquer jurisprudência de acordo com a qual os participantes num cartel podem considerar que as suas práticas são lícitas devido a certos comportamentos serem notórios. Se assim fosse, bastaria tornar públicas certas práticas para evitar sanções pecuniárias. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância esclareceu com clareza que a notoriedade não é determinante.

ii) Apreciação

412. Propomos ao Tribunal de Justiça que, de imediato, julgue esta parte inadmissível.

413. Com efeito, a BA-CA visa, no essencial, pôr em causa um certo número de apreciações da matéria de facto efectuadas pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 506 do acórdão recorrido. A recorrente limita-se a criticar as conclusões do Tribunal de Primeira Instância sem provar erros que o teriam levado a desvirtuar os elementos de prova. Assim, a sua crítica mais não representa do que uma tentativa de substituir a apreciação do Tribunal de Primeira Instância pela sua versão dos acontecimentos.

151 — N.º 506 do acórdão recorrido.

414. Nestas circunstâncias, a terceira parte do fundamento deve, em nossa opinião, ser julgada inadmissível.

415. Atentos todos os elementos que precedem, propomos ao Tribunal de Justiça que declare o segundo fundamento, relativo à análise do existência de circunstâncias atenuantes pelo Tribunal de Primeira Instância, parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente e o rejeite.

C — *Quanto ao terceiro fundamento, relativo a erros de direito, à violação dos princípios da igualdade de tratamento, da protecção da confiança legítima e dos direitos de defesa, bem como a uma fundamentação insuficiente e contraditória no que diz respeito à aplicação do ponto D da comunicação sobre a cooperação*

416. Na sua comunicação sobre a cooperação, a Comissão definiu as condições em que as empresas que com ela cooperam durante as suas investigações sobre um acordo, decisão ou prática concertada poderão beneficiar da não aplicação ou da redução da coima que, em princípio, lhes seria aplicada (ponto A, 3).

417. No que diz respeito à aplicação da comunicação sobre a cooperação às recorrentes, não é contestado que o comportamento destas deve ser apreciado ao abrigo do ponto D dessa comunicação, sob a epígrafe «Redução significativa da coima».

418. Nos termos do ponto D, 1, da referida comunicação, «[a] partir do momento em que uma empresa se propõe cooperar sem se encontrarem preenchidas todas as condições expostas nos pontos B ou C, a mesma beneficiará de uma redução de 10% a 50% do montante da coima que lhe teria sido aplicada na falta da sua cooperação».

419. O ponto D, 2, da comunicação sobre a cooperação precisa que:

«Esta situação pode verificar-se, nomeadamente, se:

— uma empresa, antes do envio de uma comunicação de acusações, fornecer à Comissão informações, documentação ou outras provas que contribuam para confirmar a existência da infracção,

— uma empresa, após ter recebido a comunicação de acusações, informar a Comissão de que não contesta a mate-

rialidade dos factos em que a Comissão baseia as suas acusações».

420. Como o Tribunal de Primeira Instância recordou no n.º 530 do acórdão recorrido, decorre de uma jurisprudência constante que a redução do montante da coima ao abrigo de uma cooperação no quadro do procedimento administrativo só se justifica quando o comportamento da empresa em causa tenha facilitado a tarefa da Comissão e lhe tenha permitido detectar mais facilmente a infracção e, eventualmente, pôr-lhe termo.

421. Importa, além disso, recordar que, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, a Comissão pode, no cumprimento dos deveres que lhe são impostos pelo artigo 81.º CE, obter todas as informações necessárias junto das empresas e das associações de empresas, que, nos termos do n.º 4 do referido artigo, são obrigadas a fornecer as informações pedidas. Se uma empresa ou uma associação de empresas não fornecer as informações pedidas no prazo fixado pela Comissão ou se as fornecer de modo incompleto, a Comissão, mediante decisão, pode exigir, ao abrigo do artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17, que a informação seja prestada, ficando a empresa ou a associação de empresas, em caso de recusa persistente em fornecer as referidas informações, sujeita à aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias.

422. A este respeito, como o Tribunal de Primeira Instância correctamente recordou no n.º 529 do acórdão recorrido, a cooperação de uma empresa no inquérito não justifica uma redução da coima quando essa cooperação não ultrapassou o que resulta das obrigações que lhe incumbem por força do artigo 11.º, n.ºs 4 e 5, do Regulamento n.º 17. Em contrapartida, justifica-se uma redução da coima quando a empresa, em resposta a um pedido de informações nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, forneceu informações que vão muito além daquelas cuja apresentação pode ser exigida pela Comissão nos termos do referido artigo.

423. É à luz destes princípios que importa analisar se a apreciação do Tribunal de Primeira Instância relativa à redução do montante da coima, concedida às recorrentes pela Comissão nos termos do ponto D, 2, primeiro travessão, da comunicação sobre a cooperação, resulta de uma apreciação errada.

424. Na decisão controvertida, a Comissão avaliou a cooperação dos bancos à luz do ponto D da comunicação sobre a cooperação. A Comissão reduziu a coima desses bancos em 10%, em conformidade com o ponto D, 2, segundo travessão, da referida comunicação, por não terem contestado a materialidade dos factos expostos na comunicação de acusações [152]. Em contrapartida, recusou-se a reduzir-lhes a coima nos termos do ponto D,

152 — N.ºs 558 e 559 da fundamentação da decisão controvertida.

2, primeiro travessão, da referida comunicação, por força do qual a coima pode ser reduzida se «uma empresa, antes do envio de uma comunicação de acusações, fornecer à Comissão informações, documentação ou outras provas que contribuam para confirmar a existência da infracção».

425. No que diz respeito às respostas aos pedidos de informações, a Comissão considerou que a comunicação das datas e dos nomes dos participantes nos comités e a transmissão de documentos relativos a estes não tinham sido voluntárias. Por conseguinte, segundo a Comissão, essas comunicações não podiam ser qualificadas de «cooperação» [153].

426. No que diz respeito à exposição conjunta dos factos apresentada pelos bancos, a Comissão considerou que não representava um valor acrescentado relativamente ao exigido por lei. Reconheceu que essa descrição ia além das informações pedidas, ao descrever detalhadamente o contexto histórico da «rede Lombard» e ao resumir o conteúdo dos diversos comités. Contudo, segundo afirma, essa descrição serviu não para esclarecer os factos, mas antes para defender os bancos.

427. Quanto aos documentos transmitidos com a exposição conjunta dos factos, a Comissão salientou que os bancos não conseguiram identificar, a seu pedido, os documentos que incluíam factos novos relativamente aos factos que figuravam nos documentos obtidos quando das inspecções ou que foram apresentados na sequência dos pedidos de informações e concluiu que esses documentos não introduziram qualquer valor acrescentado [154].

428. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância julgou improcedentes todos os fundamentos relativos à violação da comunicação sobre a cooperação. Além disso, dada a gravidade da infracção, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a cooperação das recorrentes não justificava uma redução suplementar da coima que lhes tinha sido aplicada.

429. No quadro dos respectivos recursos, as recorrentes acusam o Tribunal de Primeira Instância de não ter apreciado correctamente a dimensão da sua cooperação à luz da comunicação sobre a cooperação e de, nesse contexto, ter violado os princípios da igualdade de tratamento e da confiança legítima. As recorrentes sustentam que, nos termos do ponto D da comunicação sobre a cooperação, deviam ter beneficiado de uma maior redução da coima que lhes foi aplicada.

153 — N.os 545 e 546 da fundamentação da decisão controvertida.

154 — N.os 547 a 557 da fundamentação da decisão controvertida.

1. Quanto à primeira parte do fundamento, relativa a uma errada avaliação, pelo Tribunal de Primeira Instância, do poder de apreciação da Comissão e do exercício da sua fiscalização jurisdicional

a) Argumentação das partes

430. A BA-CA sustenta que o Tribunal de Primeira Instância não avaliou correctamente a margem de apreciação de que a Comissão dispõe no quadro da aplicação da comunicação sobre a cooperação, bem como os limites da sua fiscalização jurisdicional. Com efeito, o ponto D da comunicação sobre a cooperação não confere qualquer poder de apreciação à Comissão no que diz respeito à questão de saber, por um lado, se as informações fornecidas pela empresa facilitaram a tarefa da Comissão e, por outro, se se deve reduzir a coima à empresa que cooperou. A referência ao acórdão Dansk Rørindustri e o./ /Comissão, já referido, também não é adequada a justificar a existência de um poder de apreciação ilimitado da Comissão. Além disso, e ao contrário do que o Tribunal de Primeira Instância afirmou no n.º 532 do acórdão recorrido, a apreciação da cooperação de uma empresa está sujeita à competência de plena jurisdição do Tribunal de Primeira Instância. A este propósito, a recorrente remete para o acórdão Groupe Danone/ /Comissão, já referido, no qual o Tribunal de Primeira Instância aceitou examinar se a redução do montante da coima da empresa, a que a Comissão tinha procedido ao abrigo do ponto D, 2, primeiro travessão, da comunicação sobre a cooperação, decorria de uma incorrecta apreciação da dimensão da cooperação da empresa, nomeadamente à luz da prática decisória da Comissão [155].

b) Apreciação

431. Não compartilhamos do ponto de vista da recorrente relativamente à margem de apreciação de que dispõe a Comissão na aplicação da comunicação sobre a cooperação.

432. De facto, como já referimos, a Comissão beneficia, por força de uma jurisprudência constante, de um amplo poder de apreciação no cálculo do montante da coima. Pode, nesse âmbito, tomar em consideração múltiplos elementos desde que se confine aos limites indicados no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. No que diz respeito à tomada em consideração da cooperação de uma empresa no procedimento, o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente no acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido, que «a Comissão dispõe de um poder de apreciação a este propósito, como resulta da redacção do próprio [ponto D, 2, da comunicação sobre a cooperação] e, em especial, da parte introdutória 'Esta situação pode verificar-se, nomeadamente […]'». Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que a Comissão, dentro dos limites fixados nessa comunicação, goza de um poder de apreciação para avaliar se as informações ou os documentos voluntariamente apresentados pelas recorrentes facilitaram a sua tarefa e se, ao abrigo dessa comunicação, deve ser concedida uma redução a uma empresa [156].

155 — N.º 456.

156 — N.ºs 393 e 394.

433. Nestas condições, e como o Tribunal de Primeira Instância realçou no n.º 532 do acórdão recorrido, a avaliação a que a Comissão procede apenas pode ser objecto de uma fiscalização jurisdicional restrita.

434. Por último, gostaríamos de salientar que, no acórdão Groupe Danone/Comissão, já referido, o Tribunal de Primeira Instância examinou efectivamente a questão de saber se a redução do montante da coima da empresa em causa, a que a Comissão procedeu ao abrigo do ponto D, 2, primeiro travessão, da comunicação sobre a cooperação, não resultava de uma incorrecta apreciação da extensão da sua cooperação e não violava o princípio da igualdade de tratamento. Contudo, recordamos à recorrente que o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 458 desse acórdão, recusou-se a ter em conta a prática decisória anterior da Comissão ao considerar que «o simples facto de esta ter considerado, na sua prática decisória anterior, uma certa taxa de redução para um comportamento determinado não implica que seja obrigada a conceder a mesma redução proporcional quando da apreciação de um comportamento semelhante no quadro de um procedimento administrativo posterior».

435. À luz desses elementos, propomos, assim, ao Tribunal de Justiça, que julgue improcedente esta primeira parte.

2. Quanto à segunda parte do fundamento, relativa a erros de direito na aplicação da comunicação sobre a cooperação

436. A RZB e a BA-CA tecem duas críticas em apoio desta parte.

a) Quanto à primeira crítica, relativa à utilização de um critério de apreciação errado e à violação do princípio da igualdade de tratamento

i) Argumentação das partes

437. A RZB e a BA-CA sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar que a Comissão podia exigir que a cooperação representasse «valor acrescentado» para poder proceder a uma redução do montante da coima [157].

438. Segundo a BA-CA, o Tribunal de Primeira Instância também violou o princípio da igualdade de tratamento ao utilizar esse critério. Por um lado, o Tribunal de Primeira Instância deveria ter procedido a uma maior redução do montante da sua coima, na medida em que a sua cooperação foi incontestavelmente mais importante e qualitativa-

157 — Na sua petição de recurso, a BA-CA refere-se ao conceito de cooperação «preciosa» («Hilfereiche») da empresa. Este termo não figura no acórdão recorrido.

mente superior à das outras empresas. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância tinha erradamente considerado, no n.º 534 do acórdão recorrido, que o facto de a Comissão ter concedido, na sua prática decisória anterior, uma determinada taxa de redução para um determinado comportamento não implica que seja obrigada a conceder a mesma redução proporcional na apreciação de um comportamento semelhante no âmbito de um procedimento administrativo ulterior.

ii) Apreciação

439. No que diz respeito aos argumentos da RZB e da BA-CA relativos à utilização de um critério de apreciação errado, propomos ao Tribunal de Justiça que, de acordo com os princípios indicados no n.º 65 das presentes conclusões, os julgue de imediato inadmissíveis. Com efeito, decorre dos elementos dos autos que a RZB e a BA-CA se limitam a reproduzir os argumentos que já haviam apresentado no Tribunal de Primeira Instância.

440. No que diz respeito ao argumento da BA-CA, relativo à violação do princípio da igualdade de tratamento, pensamos que é improcedente.

441. Como indicámos, decorre de jurisprudência constante que a Comissão não pode, no quadro da sua apreciação sobre a cooperação prestada por uma empresa, desrespeitar o princípio da igualdade de tratamento [158]. O princípio da igualdade de tratamento é um princípio geral de direito comunitário, que, nos termos de uma jurisprudência assente, é violado sempre que situações comparáveis são tratadas de modo diferente ou situações diferentes são tratadas de igual maneira, salvo se esse tratamento se justificar por razões objectivas.

442. Todavia, no quadro do cálculo das coimas aplicadas ao abrigo do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, o juiz comunitário reconheceu ser inerente à aplicação do método escolhido pelas orientações um certo tratamento diferenciado entre as empresas em causa [159]. No que diz respeito à cooperação de uma empresa no processo, o Tribunal de Primeira Instância entendeu assim, no acórdão Grupo Danone/Comissão, já referido, que uma diferença de tratamento das empresas em causa pode resultar de graus de cooperação não comparáveis, nomeadamente na medida em que consistiram no fornecimento de informações diferentes ou no fornecimento dessas informações em fases diferentes do procedimento administrativo, ou em circunstâncias não análogas [160].

158 — V. acórdão Grupo Danone/Comissão, já referido (n.º 453).
159 — V., a este respeito, acórdão Jungbunzlauer/Comissão, já referido (n.º 238).
160 — N.º 454.

443. Em apoio da sua crítica, a recorrente censura ao Tribunal de Primeira Instância o facto de não lhe ter concedido uma redução mais significativa ao abrigo do ponto D da comunicação sobre a cooperação, na medida em que teria cooperado mais no processo do que os outros bancos envolvidos. Pensamos que este argumento não pode ser objecto de fiscalização pelo Tribunal de Justiça no quadro de um recurso como o em apreço, pois este tribunal teria assim que substituir a apreciação do Tribunal de Primeira Instância pela sua.

444. De qualquer modo, e caso o Tribunal de Primeira Instância considere o referido argumento admissível, parece-nos que, atenta a margem de apreciação de que a Comissão dispõe, o Tribunal de Primeira Instância podia, legitimamente e sem incorrer em qualquer erro de direito susceptível de no presente recurso ser censurado, considerar que, como a cooperação da recorrente era susceptível de, em princípio, constituir uma situação susceptível de permitir uma redução do montante da coima ao abrigo do ponto D da comunicação sobre a cooperação, essa cooperação não tinha de necessariamente conduzir a Comissão a proceder a uma maior redução da coima.

445. Por último e contrariamente ao que a BA-CA defende, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao entender, no n.º 534 do acórdão recorrido, que a Comissão não está vinculada à sua prática decisória anterior. Com efeito, como já indicámos no n.º 407 das presentes conclusões, decorre de uma jurisprudência constante que a prática decisória anterior da Comissão não serve de quadro jurídico às coimas aplicadas em matéria de concorrência e que as decisões referentes a outros processos têm carácter indicativo no que respeita à existência de discriminações. Nestas condições, pensamos que a BA-CA não pode, pelo facto de ter sido tratada de forma diferente de outras empresas visadas em decisões anteriores da Comissão, invocar uma violação do princípio da igualdade de tratamento.

446. Atento o que precede, propomos ao Tribunal de Justiça que julgue esta primeira crítica parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

b) Quanto à segunda crítica, relativa a erros de direito no quadro da análise da extensão da cooperação das empresas, à violação dos princípios da igualdade de tratamento, da protecção da confiança legítima e do respeito dos direitos de defesa, bem como a uma fundamentação insuficiente e contraditória

447. Esta crítica é feita pela RZB e pela BA-CA.

448. Sem prejuízo das especificidades ligadas às respectivas situações, defendem, essencialmente, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu erros de direito no quadro da sua apreciação sobre a cooperação que prestaram à Comissão no decurso das várias fases do procedimento. O Tribunal de Primeira Instância não tinha aplicado correctamente o artigo 11.º do Regulamento n.º 17 e não teve em conta a prática decisória anterior da

Comissão. Além disso, tinha violado os princípios da igualdade de tratamento, da protecção da confiança legítima, bem como os direitos de defesa das recorrentes. Por último, o Tribunal de Primeira Instância tinha fundamentado o acórdão recorrido de forma insuficiente e contraditória.

i) Quanto ao primeiro argumento da RZB, relativo a uma errada apreciação do carácter voluntário das respostas aos pedidos de informações e a uma violação dos direitos de defesa

— Argumentação das partes

449. A RZB crítica o Tribunal de Primeira Instância por este não ter qualificado como «voluntárias» as respostas que forneceu ao pedido de informações da Comissão, o que, em sua opinião, deveria ter conduzido a uma redução da coima ao abrigo da comunicação sobre a cooperação. Ao proceder deste modo, o Tribunal de Primeira Instância estava a permitir que a Comissão, sempre que comece a ter dúvidas sobre reuniões entre concorrentes, envie pedidos de informações formulados em termos muito vagos, em que a falta de resposta acarretaria consequências para as empresas inadimplentes. A Comissão exerceria assim uma pressão irresistível sobre essas empresas, enviando-lhes simples questões tipo que as levam a testemunhar contra si próprias. Este entendimento viola os direitos de defesa das referidas empresas, como consagrado no acórdão Orkem/Comissão, já referido [161].

450. Segundo a Comissão, a RZB desconhece o facto de só poder ter em consideração as informações decorrentes de uma cooperação «voluntária», na acepção da comunicação sobre a cooperação, se essas informações facilitarem a tarefa da Comissão na detecção e repressão da infracção e constituírem um indício de uma verdadeira cooperação. Ora, as informações prestadas pela recorrente apenas descrevem o contexto histórico da «rede Lombard» e o conteúdo das reuniões do cartel, elementos que já estavam na posse da Comissão. Não introduziam, assim, qualquer valor acrescentado. Por ouro lado, a Comissão sublinha que, no momento em que interrogou as recorrentes, estava informada de que o conjunto dos produtos bancários era abordado em inúmeros comités e que estes se inscreviam numa rede, pelo que o contexto da infracção e, assim, o objecto do inquérito estavam claramente identificados, nomeadamente no que diz respeito às empresas participantes, à natureza da infracção e ao objecto dos acordos. Por último, a Comissão esclarece que as questões tinham por objecto o conjunto dos comités organizados regularmente, pelo que as empresas não tinham que seleccionar ou avaliar as reuniões susceptíveis de constituir infracções ao artigo 81.º CE.

161 — N.os 32 e segs.

— Apreciação

451. Em 21 de Setembro de 1998, a Comissão, em conformidade com o disposto no artigo 11.º, n.os 1 e 2, do Regulamento n.º 17, enviou um pedido de informações a inúmeros estabelecimentos bancários suspeitos de terem participado em acordos ou práticas anticoncorrenciais.

452. O conteúdo dos pedidos de informações enviados pela Comissão aos vários bancos variava entre 30 questões (BA-CA) e 3 questões (ÖVAG e Bank der Österreichischen Postsparkasse AG, a seguir «PSK-B»). As questões constantes dos pedidos mais detalhados e às quais os bancos responderam visavam obter, nomeadamente, a indicação dos participantes nos comités (nomes, empresas a que pertencem e funções), a produção de todos os documentos internos relativos a esses comités e a descrição do conteúdo das reuniões. Os pedidos de informações continham, além disso, questões como:

«Queiram apresentar todas as actas, notas de processo, correspondência ou outros documentos que se refiram a reuniões, [a] discussões ou a outros contactos da vossa empresa com outros estabelecimentos de crédito austríacos no quadro dos comités a seguir indicados ou a outros eventuais comités que se reúnam com regularidade (quer tenham sido elaborados antes, durante ou após tais contactos). Queiram indicar as datas, incluindo a da primeira e a da última reunião e os participantes (nome, empresa, função)» (seguia-se uma alguns certos comités).

453. Pensamos que estas críticas não são procedentes.

454. Com efeito, parece-nos que a recorrente confunde as obrigações que lhe incumbem no quadro de um pedido de informações formulado pela Comissão ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 e as vantagens que lhe são oferecidas no quadro da comunicação sobre a cooperação.

455. As respostas que a recorrente deu aos pedidos de informações da Comissão inscrevem-se no quadro dos poderes de investigação reconhecidos a esta autoridade.

456. Nos termos do artigo 11.º, n.os 1 a 5, do Regulamento n.º 17 e como decorre do acórdão Orkem/Comissão, já referido, a Comissão tem o direito de obrigar uma empresa, eventualmente através de uma decisão, a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, a trans-

mitir-lhe os documentos correlativos que estejam na sua posse [162]. Isto aplica-se também quando esses documentos possam servir, «em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial», sem, no entanto, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa [163]. Como o Tribunal de Justiça salienta, o Regulamento n.º 17 impõe à empresa um dever de colaboração activa, que implica que ponha à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objecto do inquérito [164]. No presente processo, a recorrente não se encontrava, portanto, numa posição de cooperação «voluntária» no processo, susceptível de integrar as situações previstas na comunicação sobre a cooperação.

457. Numa situação como esta, parece-nos que o Tribunal de Primeira Instância podia legitimamente recusar qualificar o contributo da recorrente como puramente «voluntária» e conceder-lhe uma redução da coima, ao abrigo da comunicação sobre a cooperação.

458. Pensamos, além disso, que, atenta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Tribunal de Primeira Instância não violou os direitos de defesa da recorrente.

459. Sabemos que a necessidade de garantir o respeito dos direitos de defesa constitui um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária que deve ser garantido no quadro de procedimentos administrativos susceptíveis de conduzir a sanções [165]. Como o Tribunal de Justiça salientou no acórdão Orkem/Comissão, já referido, esses direitos devem ser respeitados desde a fase do inquérito prévio, porquanto podem ter um carácter determinante para a produção de provas do carácter ilegal de comportamentos das empresas [166].

460. O Tribunal de Justiça tenta encontrar um equilíbrio entre as exigências ligadas à descoberta e à repressão dos cartéis anticoncorrenciais e as decorrentes do necessário respeito dos direitos de defesa das empresas visadas por um inquérito da Comissão.

461. Este equilíbrio parece-nos ser muito delicado de encontrar, como o revelam os termos empregues pelo Tribunal de Justiça no n.º 34 do acórdão Orkem/Comissão, já referido, segundo os quais: «se, para preservar o efeito útil dos n.os 2 e 5 do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, *mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento*

162 — N.º 34.
163 — Ibidem.
164 — N.º 27.
165 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 7); Hoechst/Comissão, já referido (n.º 15), e Orkem/Comissão, já referido (n.os 32 e 33).
166 — N.º 33.

anticoncorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa [167]». Isto significa, como referiu o Tribunal de Justiça no n.º 35 desse acórdão, que «a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão» [168].

462. Esta jurisprudência, que nos parece, sob determinados aspectos, contraditória, revela as dificuldades com que o juiz comunitário se pode ver confrontado quando do controlo do respeito dos direitos de defesa das empresas neste tipo de procedimento.

463. Este controlo deve necessariamente fazer-se de forma casuística. A questão que se coloca é, nomeadamente, a de saber quais são as informações susceptíveis de revelar o comportamento anticoncorrencial das empresas no mercado.

464. Os presentes processos não parecem colocar reais dificuldades a este respeito.

465. De facto, o Tribunal de Justiça já declarou que as questões relativas às reuniões das empresas, que apenas se destinam a obter informações factuais sobre o teor dessas reuniões e a qualidade dos participantes, bem como a comunicação de documentos a elas referentes, não são passíveis de críticas [169].

466. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça também já declarou que as informações relativas ao objecto e ao desenrolar das reuniões em que as empresas participaram, bem como os resultados ou as conclusões dessas reuniões são incompatíveis com os direitos de defesa, porquanto podem conduzir a empresa a confessar a sua participação na infracção [170].

467. Nos presentes processos, o Tribunal de Primeira Instância sublinhou que os pedidos da Comissão visavam obter informações meramente factuais sobre o conjunto dos comités, facto esse que não pode, recordemo-lo, ser objecto de um controlo pelo Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso como o presente.

468. Consequentemente, e atenta a jurisprudência referida, parece-nos que o Tribunal de Primeira Instância poderia legitimamente considerar, nos n.os 541 e 544 do acórdão recorrido, que as questões submetidas pela

167 — Sublinhado nosso.

168 — V., igualmente, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido (n.os 61 a 65).

169 — Acórdão Orkem/Comissão (n.º 37), já referido.

170 — V. jurisprudência referida no n.º 540 do acórdão recorrido e, nomeadamente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke/Comissão (T-112/98, Colect., p. II-729, n.os 71 a 73 e jurisprudência aí indicada).

Comissão não eram susceptíveis de violar os direitos de defesa da recorrente.

469. Atendendo a estas considerações, somos da opinião que o primeiro argumento da RZB, relativo a uma errada apreciação do carácter voluntários das respostas aos pedidos de informações, deve ser julgado improcedente.

ii) Quanto ao segundo argumento, relativo a erros de direito no âmbito da apreciação da exposição conjunta dos factos

— Argumentação das partes

470. Este segundo argumento é apresentado pela RZB e pela BA-CA.

471. Em primeiro lugar, estas duas empresas defendem que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, no n.º 556 do acórdão recorrido, ao considerar que explicações contextuais relacionadas com práticas contrárias ao direito da concorrência não podem ser consideradas cooperação no procedimento, na acepção da comunicação sobre a cooperação, na medida em que podem constituir um meio de defesa para as empresas. Segundo a BA-CA, não existe nenhuma regra de direito segundo a qual um documento utilizado pelas partes em sua defesa não possa, em simultâneo, fornecer à Comissão informações preciosas e úteis sobre o fundo, que contribuam para a constatação da infracção.

472. Em segundo lugar, a RZB alega que a análise do Tribunal de Primeira Instância é incorrecta, porquanto o entendimento da Comissão é contrário à sua própria prática decisória. A recorrente refere-se, a este propósito, aos capítulos II, A, ponto 9, alínea a), e IV da comunicação sobre a cooperação de 2006 [171].

473. Em terceiro lugar, a BA-CA defende que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro ao considerar que a Comissão podia ter em consideração, quando da sua apreciação relativa à utilidade da cooperação voluntária dos bancos, o facto de estes não lhe terem fornecido, com a exposição comum dos factos, «todos os documentos relativos aos comités». Segundo afirma, não existia nenhuma regra nesse sentido. Além disso, dada a dimensão da infracção, a recorrente apenas podia fornecer esses elementos de forma escalonada no tempo.

474. Em quarto lugar, a BA-CA alega que o acórdão recorrido está viciado por uma

171 — Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO 2006, C 298, p. 17).

contradição. Com efeito, embora a exposição conjunta dos factos tenha contribuído para a constatação da infracção, o Tribunal de Primeira Instância não reduziu a coima à recorrente.

— Apreciação

475. A RZB e a BA-CA acusam o Tribunal de Primeira Instância, no essencial, de não ter censurado a apreciação da Comissão segundo a qual os bancos utilizaram a exposição conjunta dos factos como meio de defesa. Propomos ao Tribunal de Justiça que rejeite, de imediato, este argumento, por improcedente, porquanto é apenas à Comissão que cabe apreciar em que medida as empresas cooperaram no procedimento ao fornecerem uma exposição conjunta dos factos, tendo-se o Tribunal de Primeira Instância limitado a respeitar a margem de apreciação de que a Comissão dispõe nesta matéria.

476. No que diz respeito ao segundo argumento da RZB, propomos igualmente ao Tribunal de Justiça que não o acolha. Por um lado, como já referimos, a Comissão não está vinculada pela sua prática decisória anterior. Por outro lado, a RZB não pode invocar os termos da comunicação sobre a cooperação que foi adoptada pela Comissão em 2006, ou seja, quatro anos após a adopção da decisão controvertida.

477. No que diz respeito ao terceiro argumento apresentado pela BA-CA, também deve ser rejeitado. O Tribunal de Primeira Instância podia, legitimamente, basear-se na margem de apreciação de que a Comissão dispõe nesta matéria para considerar que esta podia, para efeitos da apreciação da utilidade da cooperação da empresa, tomar em consideração a incompletude dos anexos da exposição conjunta dos factos.

478. Atentos estes elementos, consideramos que a análise do Tribunal de Primeira Instância relativa à exposição conjunta dos factos fornecida pelas recorrentes não sofre de qualquer erro de direito nem de nenhuma contradição.

479. Consequentemente, propomos ao Tribunal de Justiça que rejeite o conjunto das críticas formuladas, a este respeito, pela RZB e pela BA-CA.

iii) Quanto ao terceiro argumento, relativo a uma errada apreciação do reconhecimento pela RZB da finalidade anticoncorrencial da infracção e a uma violação do princípio da igualdade de tratamento

— Argumentação das partes

480. A RZB acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter ignorado, no n.º 559 do acórdão recorrido, o valor específico da sua confissão, embora a própria Comissão a ela se tenha expressamente referido no quadro da sua análise. O entendimento do Tribunal de Primeira Instância era contrário à sua própria jurisprudência, porquanto reconheceu, no acórdão Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Comissão, já referido, que o facto de um empresa reconhecer a existência de um cartel ilícito facilita o trabalho da Comissão. Por outro lado, essa análise violava o princípio da igualdade de tratamento, pois, apesar da sua confissão, a RZB foi tratada da mesma forma que os outros bancos. A recorrente convida então o Tribunal de Justiça a reduzir a coima que lhe foi aplicada em pelo menos 10%.

481. A Comissão alega que a condição para a obtenção de uma redução da coima superior a 10% não estava preenchida, porquanto já dispunha dos documentos necessários ao apuramento dos factos essenciais. Insiste no facto de a comunicação sobre a cooperação constituir um meio de instrução que inclui incentivos financeiros, e não uma medida de gratificação favorável às empresas que aceitem cooperar com a Comissão e lembra que dispõe de um poder discricionário quanto à questão de saber se uma informação contribui para confirmar a existência duma infracção.

— Apreciação

482. Julgamos que este argumento também não pode ser acolhido.

483. É verdade que o Tribunal de Primeira Instância reconheceu, no acórdão Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Comissão, já referido, que «o facto de se reconhecer a existência de um acordo facilita mais o trabalho da Comissão no inquérito do que o mero reconhecimento da materialidade dos factos» [172]. Trata-se de uma afirmação de princípio que, todavia, deve aplicar-se em cada caso concreto, o Tribunal de Primeira Instância reconheceu expressamente no n.º 559 do acórdão recorrido. O Tribunal de Primeira Instância teve em consideração a margem de apreciação reconhecida à Comissão em sede da cooperação das empresas no procedimento. Foi assim legitimamente, em nossa opinião, e sem cometer erros de direito susceptíveis de ser censurados em sede de um recurso como o em apreço, que o Tribunal de Primeira Instância considerou que cabia à Comissão apreciar, em cada caso individual, se essa confissão facilitou efectivamente o seu trabalho.

172 — N.º 276.

484. Além disso, no que diz respeito ao argumento da RZB relativo à violação do princípio da igualdade de tratamento, porquanto teria sido tratada da mesma forma que os outros bancos, e isto maugrado a sua confissão, parece-nos que não pode vingar.

485. Com efeito, decorre do acórdão recorrido que a confissão da recorrente não facilitou o trabalho da Comissão, critério com base no qual pode ser decidida uma redução da coima. Nestas condições, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância podia considerar que a Comissão não estava minimamente obrigada a diferenciar essa empresa das outras, reduzindo-lhe ainda mais o montante da sua coima.

iv) Quanto ao quarto argumento, relativo à inversão do ónus da prova no que respeita ao valor da cooperação da RZB e a uma violação do princípio da protecção da confiança legítima

— Argumentação das partes

486. A RZB acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter invertido o ónus da prova ao considerar, nos n.os 546 a 551 do acórdão recorrido, que, para obter uma redução da coima superior a 10%, a recorrente devia ter provado que a Comissão não podia provar a infracção sem os elementos de prova apresentados. Por um lado, esta análise contrariava o ponto D, 2, segundo travessão, da comunicação sobre a cooperação e, consequentemente, violava o princípio da protecção da confiança legítima. Por outro, a referida análise era inconciliável com a obrigação da Comissão de provar, nos procedimentos administrativos, tanto as circunstâncias de facto favoráveis como as desfavoráveis.

— Apreciação

487. Propomos ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente esse argumento. Parece-nos, com efeito, que a RZB confunde novamente o procedimento previsto no artigo 11.º do Regulamento n.º 17, relativo aos pedidos de informações que a Comissão pode apresentar no quadro do seu inquérito, e os casos em que pode beneficiar de uma redução da coima no âmbito da comunicação sobre a cooperação.

488. A RZB contesta o entendimento do Tribunal de Primeira Instância constante do n.º 551 do acórdão recorrido. Este entendimento inscreve-se no quadro das respostas aos pedidos de informações apresentados pela Comissão ao abrigo do Regulamento n.º 17. A recorrente não pode, portanto, invocar uma violação da letra da comunicação sobre a cooperação e, *a fortiori*, do princípio da confiança legítima.

489. Além disso, a RZB não pode sustentar que a análise do Tribunal de Primeira Instância contraria as regras processuais aplicáveis em matéria de ónus e administração da prova.

490. A comunicação sobre a cooperação é um meio instrutório que permite à Comissão obter informações sobre uma pretensa violação ao direito da concorrência incentivando financeiramente as empresas a cooperar no procedimento. Como indicámos nos n.os 420 e 422 das presentes conclusões, sempre que a cooperação de uma empresa se inscreve no quadro de um pedido de informações apresentado ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a empresa só pode beneficiar da redução de uma coima caso as informações que presta à Comissão excederem aquelas que a Comissão pode exigir ao abrigo dessa disposição. O comportamento dessa empresa deve facilitar a tarefa da Comissão e permitir-lhe detectar a infracção com menos dificuldade.

491. Nestas condições, e embora seja efectivamente à Comissão que cabe fazer a prova da infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE que detecta [173], é, em contrapartida, à empresa que pede a redução do montante da sua coima que cabe provar que a sua colaboração ajudou a Comissão no desempenho da sua tarefa.

173 — V., a este respeito, o indicado no n.º 128 das presentes conclusões.

492. Assim, ao entender, no n.º 551 do acórdão recorrido, que «as recorrentes não demonstraram que os documentos apresentados em resposta aos pedidos de informações eram necessários para permitir à Comissão identificar todos os comités essenciais, nem que na sua falta as provas obtidas nas inspecções teriam sido insuficientes para provar o essencial da infracção e para adoptar uma decisão que aplica coimas», o Tribunal de Primeira Instância de modo algum inverteu o ónus da prova, imputando-o às empresas.

493. O quarto argumento apresentado pela RZB parece-nos, assim, improcedente.

v) Quanto ao quinto argumento, relativo a erros de direito e a uma fundamentação contraditória no contexto da análise do Tribunal de Primeira Instância sobre o valor dos documentos adicionais apresentados pela BA-CA

— Argumentação das partes

494. A BA-CA contesta, essencialmente, a apreciação do Tribunal de Primeira Instância quanto ao valor das 33 pastas, com mais de 10 000 páginas de documentos, que enviou à Comissão.

495. Em primeiro lugar, a BA-CA sustenta que o Tribunal de Primeira Instância desvalorizou a sua cooperação, reforçando incessantemente as exigências a serem cumpridas para beneficiar de uma redução da coima. A recorrente critica, nomeadamente, a comparação que o Tribunal de Primeira Instância faz entre o valor que se deve atribuir a esses documentos e o valor que se deve dar à exposição conjunta dos factos.

496. Em segundo lugar, a recorrente alega que a argumentação do Tribunal de Primeira Instância é contraditória, já que este recusa, devido à exposição conjunta dos factos e por não existirem novos documentos, proceder a uma redução da coima, embora esteja provado que, no quadro da produção voluntária de documentos, transmitiu 10 000 páginas de documentos novos, de que uma parte foi incontestavelmente usada no âmbito da decisão controvertida.

497. A Comissão alega a inadmissibilidade desse argumento, porquanto reproduz um argumento já apresentado no Tribunal de Primeira Instância. Além disso, a Comissão salienta que o facto de os documentos serem novos, ou seja, de ainda não terem sido apresentados, não basta, por si só, para que os referidos documentos sejam um contributo útil no quadro da cooperação.

— Apreciação

498. No n.º 560 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a apresentação de documentos suplementares por um dos bancos só pode justificar uma redução ulterior da sua coima a título individual se esta cooperação tiver efectivamente revelado elementos novos e úteis relativamente aos apresentados na exposição conjunta dos factos apresentada pela generalidade das empresas.

499. Por um lado, esta análise parece-nos perfeitamente lógica e coerente, na medida em que o valor da cooperação voluntária depende, antes de mais, da relevância dos documentos apresentados e da sua utilidade para o apuramento da infracção.

500. Por outro lado, não nos parece que a referida análise padeça de qualquer contradição. Com efeito, contrariamente ao que a BA-CA sustenta, o Tribunal de Primeira Instância não recusou reduzir o montante da coima das recorrentes por a exposição conjunta dos factos não conter qualquer elemento novo. Apenas considerou, como decorre dos n.ºs 552 a 558 do acórdão recorrido, que a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao não proceder a qualquer redução suplementar por essa exposição não lhe facilitar o seu trabalho.

501. Seja no quadro da sua apreciação da exposição conjunta dos factos ou no da sua análise do valor dos documentos adicionais apresentados pela BA-CA, o Tribunal de Primeira Instância adoptou um entendimento perfeitamente coerente, fundado num único critério, ou seja, a sua utilidade para a tarefa da Comissão e a relevância das informações transmitidas pelas recorrentes.

502. Nestas condições, parece-nos que a análise do Tribunal de Primeira Instância não pode ser objecto de qualquer crítica da recorrente e propomos ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente este quinto argumento.

vi) Quanto ao sexto argumento, relativo à não consideração das respostas dadas pela BA-CA à comunicação das acusações

— Argumentação das partes

503. A BA-CA contesta a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, constante do n.º 564 do acórdão recorrido, segundo a qual a Comissão não era obrigada a ter em conta, a título de cooperação, a sua resposta à comunicação das acusações. Com efeito, a recorrente, através desse meio, forneceu a prova das trocas de informação ocorridas no interior dos sectores descentralizados, o que permitiu à Comissão constatar a infracção. Além disso, nada obsta à cooperação de uma empresa após o envio da comunicação das acusações.

— Apreciação

504. Somos da opinião de que este argumento não é admissível, já que a BA-CA se limita a reproduzir textualmente um argumento que já tinha apresentado no Tribunal de Primeira Instância. Atentos os princípios que recordámos no n.º 65 das presentes conclusões, o referido argumento não pode ser objecto de fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito do presente recurso.

505. Tendo em atenção os elementos que precedem, consideramos que a segunda parte, relativa a erros de direito na aplicação da comunicação sobre a cooperação deve ser julgado em parte inadmissível e em parte improcedente.

3. Quanto à terceira parte, relativa à violação dos direitos de defesa, na medida em que neles se inclui o direito de ser ouvido

a) Argumentação das partes

506. A BA-CA sustenta que o Tribunal de Primeira Instância desrespeitou o âmbito do seu direito de ser ouvida ao recusar ouvir uma testemunha, na realidade um funcionário da Comissão, que, possivelmente, conferiria ao juiz comunitário a possibilidade de apreciar melhor a cooperação da recorrente no processo através dos documentos que apresentou.

b) Apreciação

507. Pensamos que esta parte deve ser julgada improcedente.

508. No n.º 563 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância não deferiu este pedido de instrução pois «esta oferta de prova não [era] directamente pertinente para avaliar a utilidade dos referidos documentos». O Tribunal de Primeira Instância salientou, a título preliminar, que a utilização dos documentos não demonstrava, em si, que a sua apresentação tenha efectiva e substancialmente facilitado o trabalho da Comissão.

509. Decorre de uma jurisprudência constante que o Tribunal de Primeira Instância é o único juiz da eventual necessidade de completar os elementos de informação de que dispõe nos processos que lhe são submetidos. O carácter probatório desses elementos releva da sua apreciação soberana dos factos. Segundo o Tribunal de Justiça, esta apreciação escapa, portanto, à sua fiscalização no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, salvo quando as partes aleguem uma desvirtuação dos elementos de prova apresentados ao Tribunal de Primeira Instância ou a inexactidão material das verificações do Tribunal de Primeira Instância resulte dos documentos juntos aos autos [174].

510. Nenhuma indicação apresentada no quadro do recurso da BA-CA nos permite pensar ter sido isso o que se verificou no presente processo. Nestas circunstâncias, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância não pode ser criticado por não ter deferido a oferta de prova da recorrente.

511. Por conseguinte, somos da opinião que a terceira parte do terceiro fundamento não deve ser acolhida, devendo ser julgada improcedente.

512. Atento o conjunto dos elementos que precedem, propomos ao Tribunal de Justiça que declare o terceiro fundamento, relativo à apreciação da cooperação das empresas no

174 — V., nomeadamente, despacho de 12 de Dezembro de 2006, Autosalone Ispra/Comissão (C-129/06, n.º 22 e jurisprudência aí indicada).

processo pelo Tribunal de Primeira Instância, parcialmente improcedente e parcialmente inadmissível, rejeitando-o.

D — *Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa, na medida em que neles se inclui o direito de ser ouvido, e do dever de fundamentação do Tribunal de Primeira Instância relativamente às suas conclusões sobre os pedidos de redução das coimas*

1. Argumentação das partes

513. No quadro do seu recurso, a BA-CA critica as conclusões genéricas do Tribunal de Primeira Instância relativamente ao conjunto dos pedidos de redução das coimas. Sustenta que, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância apresentou as suas próprias considerações sobre o montante das coimas a aplicar, deveria ter sido ouvida.

514. A Comissão sublinha que as considerações constantes do n.º 566 do acórdão recorrido são meramente complementares e finais, expondo a apreciação do Tribunal de Primeira Instância.

2. Apreciação

515. No n.º 566 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância sublinha que «tendo em conta a gravidade da infracção, relativamente à qual o nível das coimas fixadas pela Comissão parece pouco elevado, o Tribunal considera, no âmbito do exercício da sua competência de plena jurisdição, que a cooperação das recorrentes não justifica, no caso em apreço, qualquer redução suplementar das coimas que lhes foram aplicadas».

516. Além disso, no n.º 570 do mesmo acórdão, o Tribunal de Primeira Instância indica que os fundamentos das recorrentes com vista a obter uma redução das coimas a título de fiscalização da legalidade, devem ser julgados improcedentes e que, em seu entender, não há que, ao abrigo do exercício da sua competência de plena jurisdição, reduzir as coimas por outros motivos.

517. Não pensamos que o Tribunal de Primeira Instância estivesse obrigado, antes de expor as suas conclusões, a convidar a BA-CA a apresentar observações. Consideramos, com efeito, que a recorrente teve a possibilidade de apresentar utilmente o seu ponto de vista relativamente à fixação do montante da coima.

518. É o que resulta, em primeiro lugar, da argumentação que a BA-CA apresentou no Tribunal de Primeira Instância, em segundo

lugar, das questões que este lhe submeteu e, em terceiro lugar, das considerações constantes do acórdão recorrido.

519. Em primeiro lugar, salientamos que quatro dos seis fundamentos aduzidos pela recorrente no Tribunal de Primeira Instância visavam a redução do montante da coima aplicada. Estes fundamentos diziam respeito, nomeadamente, às apreciações da Comissão a respeito da qualificação da infracção, da existência de circunstâncias atenuantes e da cooperação da recorrente no processo.

520. Em segundo lugar, verificamos que o Tribunal de Primeira Instância colocou inúmeras questões à recorrente, às quais esta deveria responder por escrito, sobre a existência de circunstâncias atenuantes e sobre a sua cooperação no processo.

521. Em terceiro lugar, no acórdão recorrido e atendendo à globalidade dos argumentos aí esgrimidos, o Tribunal de Primeira Instância examinou, de forma muito detalhada, o conjunto dos elementos pertinentes relativos à fixação do montante da coima.

522. O Tribunal de Primeira Instância analisou, assim, nos n.os 216 a 571 do acórdão recorrido, todos os pedidos de redução das coimas aplicadas. O Tribunal de Primeira Instância confirmou, desde logo, nos n.os 217 e seguintes desse acórdão, a aplicabilidade das orientações e da comunicação sobre a cooperação. Em seguida, confirmou, no n.º 315 do referido acórdão, o carácter «muito grave» da infracção cometida pelas recorrentes. Nesta base, o Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se, no n.º 463 do acórdão recorrido, sobre a classificação por categorias das empresas que a Comissão realizou e, no n.º 468 do mesmo acórdão, sobre o aumento do montante das coimas que esta efectuou a título da duração da infracção. Em seguida, no n.º 511 do referido acórdão, o Tribunal de Primeira Instância julgou improcedentes todos os argumentos das recorrentes sobre a apreciação das circunstâncias atenuantes pela Comissão, bem como, no n.º 565 do acórdão recorrido, todos os fundamentos relativos à violação da comunicação sobre a cooperação.

523. Nestas condições, parece-nos que a BA-CA teve a possibilidade de expor adequadamente o seu ponto de vista sobre o conjunto dos elementos pertinentes relativos à fixação do montante da coima.

524. Por conseguinte, propomos ao Tribunal de Justiça que rejeite este quarto fundamento, por improcedente.

X — Quanto às consequências da anulação do acórdão recorrido

525. Como já referimos, propomos ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido, por o Tribunal de Primeira Instância ter cometido dois erros de direito no quadro da apreciação da gravidade da infracção para efeitos do cálculo do montante de base das coimas.

526. Com efeito, pensamos que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um primeiro erro de direito ao considerar que a Comissão se podia basear na execução do acordo para concluir pela existência dum impacto concreto da infracção no mercado. Parece-nos, além disso, que também cometeu um segundo erro de direito e fez com que o acórdão recorrido ficasse a sofrer de uma contradição na fundamentação quando considerou que a Comissão, ao imputar à Erste, à RZB e à ÖVAG as partes de mercado dos bancos dos seus sectores descentralizados, só as puniu pelo seu próprio comportamento.

527. Na medida em que, em nosso entender, o litígio se encontra em condições de ser julgado, propomos ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, se pronuncie definitivamente sobre estes dois fundamentos de anulação suscitados no Tribunal de Primeira Instância.

A — *Quanto ao primeiro fundamento, relativo a uma errada apreciação da gravidade da infracção e do montante de base da coima atenta a não demonstração de um impacto concreto do cartel no mercado*

1. Argumentação das partes

528. Nos recursos de anulação que interpuseram no Tribunal de Primeira Instância, todos os bancos em causa contestaram a forma como a Comissão determinou o montante de base das coimas [175]. Alegaram que a infracção tinha sido erradamente qualificada de «muito grave». As recorrentes acusam a Comissão, nomeadamente, de não ter procedido à avaliação do impacto concreto da infracção nos mercados em causa e de se ter contentado em afirmar, com base na simples alegação da execução do acordo, que o cartel teve um impacto no mercado, sem avaliar a sua importância, violando assim as orientações. Consequentemente, a determinação do montante de base da coima tinha sido efectuada incorrectamente.

175 — Para além das recorrentes, também interpuseram recurso o Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (a seguir «BAWAG»), o PSK, o Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG (a seguir «NÖ-Hypo») e a Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG (a seguir «RLB»). A RLB absorveu em 1997 a Raiffeisen Wien AG (a seguir «RBW»).

2. Apreciação

529. Pensamos que este fundamento procede, e isto pelos motivos seguintes.

530. Na decisão controvertida, a qualificação da infracção como muito grave resulta da tomada em conta da natureza da infracção, da sua dimensão geográfica e da existência de um efeito do cartel no mercado. Esse elemento foi tomado em consideração para efeitos da qualificação da infracção e, portanto, na determinação do montante de base da coima. Essa posição é corroborada por uma simples leitura da decisão controvertida.

531. No n.º 430 da fundamentação da decisão controvertida, a Comissão conclui pela existência de efeitos reais no mercado bancário resultantes da execução dos acordos colusórios, embora afirme, no n.º 436 da fundamentação dessa decisão, não ser possível quantificá-los exactamente, ou seja, apurar cada uma das taxas e comissões que os bancos teriam aplicado se não tivesse havido acordo. Os efeitos concretos do cartel considerados para efeitos de cálculo da coima encontram-se nos n.os 508 a 510 da fundamentação da referida decisão. Estes últimos remetem para os n.os 410 e 430 a 436 da fundamentação da decisão controvertida, que apenas descrevem, para efeitos da aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, a forma como os bancos aplicaram os acordos em causa.

532. O n.º 431 da fundamentação da decisão controvertida remete para exemplos concretos de aplicação das decisões do cartel, como a baixa das taxas de juro sobre os créditos ou a alteração das taxas de juro das poupanças. O n.º 432 da fundamentação dessa decisão explica que os bancos utilizaram, para esse efeito, informações obtidas nos comités e o n.º 433 da fundamentação da mesma decisão refere que os próprios bancos avaliaram a aplicação concreta dos seus acordos. No n.º 434 da fundamentação da decisão controvertida, a Comissão realça que, se as reuniões tivessem sido totalmente ineficazes, os bancos não se teriam reunido com tanta regularidade e frequência. Por último, no n.º 435 da fundamentação dessa decisão, a Comissão salienta que os efeitos nefastos para a concorrência provocados pelas trocas de informações sobre os métodos e os parâmetros de cálculo devem ser considerados tão mais graves quanto as margens de juro dos bancos são reduzidas.

533. Da decisão controvertida não decorre que a Comissão tenha procurado, dentro do possível, examinar separadamente a execução do acordo e o seu impacto concreto no mercado. Na sua análise, parece-nos que a Comissão não menciona qualquer factor económico objectivo que permita medir, no sentido estrito do termo, o impacto real do acordo no mercado austríaco dos produtos e dos serviços bancários. De facto, nunca é referida a situação do mercado, nem dos preços e das comissões bancárias praticadas antes de a infracção ter sido cometida e após a sua execução. Nessas condições, é efectivamente difícil demonstrar em que medida a execução dos acordos influenciou concretamente a estrutura do mercado ou o nível de

preços que o cartel em causa visava controlar [176]. Além disso, o indício referido no n.º 434 da decisão controvertida, relativo às reuniões regulares dos bancos, não é, em nossa opinião, uma pura conjectura.

534. Atentos estes elementos, somos da opinião que a Comissão, para efeitos do cálculo do montante da coima, não fez prova bastante da incidência real do cartel sobre o mercado dos produtos e serviços bancários relativamente ao período compreendido entre o mês de Janeiro de 1995 e o mês de Julho de 1998.

535. Importa, agora, analisar o alcance desta conclusão quanto à qualificação da infracção e quanto ao montante de base definido pela Comissão.

536. Pensamos, em primeiro lugar, que o erro de apreciação cometido pela Comissão não afecta a qualificação da infracção como «muito grave».

537. De facto, pelos motivos que já expusemos nos n.os 259 a 261 das presentes conclusões, os acordos de fixação de preços, como os em apreço, podem, devido à sua própria natureza, constituir uma infracção muito grave, independentemente do seu impacto concreto no mercado ou da dimensão do mercado geográfico em causa. A este respeito, cabe recordar que esses acordos figuram entre os exemplos de acordos, decisões ou práticas concertadas que o artigo 81.º, n.º 1, alínea a), CE expressamente declarada incompatíveis com o mercado comum. Para além da grave alteração que provocam no jogo da concorrência, esses acordos, na medida em que obrigam as partes a respeitar preços, erigem barreiras à entrada no mercado, contrariando assim o objectivo principal do Tratado CE de integração do mercado comunitário.

538. Além disso, parece-nos que a Comissão não atribuiu ao critério do impacto real da infracção no mercado uma importância preponderante na fixação do montante de base da coima. De facto, a Comissão também baseou a sua apreciação noutros elementos, ou seja, na conclusão de que a infracção, em razão da sua própria natureza, devia ser qualificada de muito grave (n.os 506 e 507 da fundamentação da decisão controvertida) e na medida em que as empresas em causa, devido à sua capacidade económica, podiam falsear a concorrência (n.os 515 a 519 da fundamentação da mesma decisão).

539. Somos assim da opinião que a Comissão podia, legitimamente, qualificar a infracção de «muito grave».

176 — N.º 426 da fundamentação da decisão controvertida.

540. Em contrapartida, consideramos que o facto de a Comissão não ter demonstrado os alegados efeitos da infracção no mercado põe em causa a determinação do valor de base da coima, fixado em função da sua gravidade. Com efeito, como já referimos anteriormente, a Comissão determinou o montante de base da coima em função da gravidade da infracção dado ter entendido que a referida infracção teve efeitos no mercado, embora esse impacto não tenha ficado demonstrado enquanto durou o cartel.

541. Nestas condições, propomos ao Tribunal de Justiça que julgue este fundamento procedente e, no uso da sua competência de plena jurisdição, modifique o montante base das coimas que a Comissão fixou às recorrentes no n.º 520 da fundamentação da decisão controvertida.

542. Para esse efeito, é necessário indicar o método que a Comissão adoptou para calcular o montante das referidas coimas.

543. Decorre dos n.ºs 515 a 519 da fundamentação da decisão controvertida que a Comissão ponderou o montante da coima fixado nas orientações, para os casos de infracções muito graves, em 20 milhões de euros, para atender, por um lado, ao impacto concreto da infracção no mercado e, por outro, à capacidade económica efectiva de cada empresa, bem como para assegurar um carácter dissuasivo à coima [177].

544. Para este efeito, decorre do n.º 519 da fundamentação da decisão controvertida que a Comissão classificou as empresas em cinco categorias, em função dos dados disponíveis sobre as respectivas quotas de mercado. Além disso, como indicou no n.º 143 da sua contestação, a Comissão fixou para cada categoria de empresas valores-guia, em torno dos quais se situam as quotas de mercado das empresas em causa. Decorre do n.º 520 da fundamentação da decisão controvertida que também estabeleceu um montante de coima fixo para cada categoria de empresas.

545. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que, de acordo com a jurisprudência, as diferenças entre esses valores-guia são coerentes e objectivamente justificadas no que diz respeito à primeira e quarta categorias [178]. Quanto à quinta categoria, o Tribunal de Primeira Instância considerou, nos n.ºs 424 a 427 do acórdão recorrido, que a Comissão não excedeu o seu poder de apreciação ao classificar todas as empresas que possuíam uma quota de mercado inferior a 1% nessa categoria, não obstante as respectivas diferenças de dimensão.

177 — Ponto 1 A, primeiro e quarto parágrafos, das orientações.

178 — O valor-guia das segunda à quarta categorias corresponde, de cada vez, a metade do da categoria superior, o mesmo se passando com o montante de base correspondente (v. n.º 424 do acórdão recorrido).

546. Eis a base de cálculo da Comissão:

	Valores-guia de quotas de mercado	**Montante de base da coima** *(em milhões de euros)*
Categoria I (GiroCredit/Erste e RZB)	> 22%	25
Categoria II (BA e CA)	11%	12,5
Categoria III (Erste antes da fusão com a GiroCredit, BAWAG e ÖVAG)	5,5%	6,25
Categoria IV (PSK e PSK-B)	2,75%	3,13
Categoria V (NÖ-Hypo e RBW/RLB)	< 1%	1,25

547. Não sabemos em que medida a Comissão atendeu ao critério fundado no impacto concreto da infracção no mercado para calcular o montante de base da coima. Ignoramos a quota-parte desse critério relativamente aos outros dois critérios referentes ao peso económico da empresa e ao carácter dissuasivo da coima. Nestas condições, consideraremos que o agravamento efectuado pela Comissão constitui um todo indivisível.

548. No que diz respeito, em primeiro lugar, às empresas da primeira categoria, ou seja, a GiroCredit/Erste (após a respectiva fusão) e a RZB, verificamos que o montante de base fixado em 20 milhões de euros para as infracções muito graves foi agravado em cinco milhões de euros a fim de serem considerados esses três critérios. Para anular os efeitos associados ao agravamento da coima induzido pela errada tomada em consideração do critério relativo ao impacto concreto da infracção e dadas as observações que acabámos de formular, propomos ao Tribunal de Justiça que reduza esse montante para 20 milhões de euros, ou seja, o montante previsto para uma infracção muito grave.

549. No que diz respeito, em segundo lugar, às empresas das outras categorias, entre as quais figuram a BA-CA e a ÖVAG, verificamos que esse limiar foi reduzido, de forma

substancial, devido ao menor peso económico dessas empresas. Propomos ao Tribunal de Justiça que lhes aplique uma taxa de redução equivalente à que propomos que se aplique às empresas da primeira categoria, ou seja, uma redução de um quinto do montante de base da coima.

550. Assim, propomos ao Tribunal de Justiça que modifique, atenta a inexistência de um impacto concreto da infracção no mercado, os montantes de base das coimas que foram aplicadas pela Comissão à Erste, à RZB, à BA--CA e à ÖVAG em função da gravidade da infracção, nos seguintes termos:

	Destinatários da decisão controvertida	**Montante de base da coima caso não exista um impacto concreto da infracção no mercado** ***(em milhões de euros)***
Categoria I	GiroCredit/Erste (após fusão)	20
	RZB	20
Categoria II	BA	10
	CA	10
Categoria III	Erste (EÖ antes da fusão com a GiroCredit)	5
	ÖVAG	5

B — *Quanto ao segundo fundamento, relativo a uma errada apreciação no que respeita à classificação por categorias da Erste, da RZB e da ÖVAG para efeitos da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante da base da coima*

551. No recurso de anulação que interpuseram no Tribunal de Primeira Instância, a Erste, a RZB e a ÖVAG defenderam que as respectivas classificações por categorias eram ilegais, na medida em que a Comissão lhes tinha imputado, enquanto sociedades de topo, respectivamente, dos sectores descentralizados das caixas de aforro, dos bancos Raiffeisen e dos bancos populares, as quotas de mercado da totalidade dos sus respectivos sectores.

1. Quanto à decisão controvertida

552. A decisão controvertida justifica a imputação, aos estabelecimentos centrais, das quotas de mercado dos respectivos sectores descentralizados nos seguintes termos:

«(515) No âmbito das infracções classificadas de muito graves, a escala das coimas a aplicar permite diferenciar as empresas visadas em função da sua efectiva capacidade económica para restringir, de forma significativa, a concorrência. [Esta] escala permite ainda fixar a coima num montante que se afigure suficientemente dissuasivo. Este procedimento diferenciado justifica-se particularmente no caso em apreço, uma vez que são consideráveis as diferenças existentes ao nível da dimensão das empresas/grupos de empresas envolvidos na infracção.

(516) No caso em apreço, é necessário tomar em consideração as especificidades do mercado bancário austríaco. Seria totalmente irrealista querer reduzir o importante papel desempenhado nesta rede por bancos como o Erste, o RZB e o ÖVAG, bem como a sua capacidade para restringir a concorrência em detrimento dos consumidores, à sua actividade como bancos comerciais.

(517) O processo de investigação revela, aliás, a forma impressionante como as empresas, assumindo o seu papel de instituições centrais dos respectivos grupos, e recorrendo a um intenso e recíproco fluxo de informações, contribuíam substancialmente para o funcionamento eficaz da rede em todo o território austríaco. Estas instituições não só representavam os seus próprios interesses, como os dos respectivos grupos. Por conseguinte, os acordos eram concluídos não apenas entre as várias instituições, mas também entre os próprios grupos.

(518) Ignorar os grupos que estão por detrás das instituições centrais (grupos Sparkassen, Raiffeisen e Volksbanken), seria correr o risco de calcular a coima de uma forma incorrecta e desligada da realidade, que a privaria do respectivo efeito dissuasivo. Efectivamente, as coimas só terão em efeito dissuasivo suficiente se as empresas centrais deixassem de participar doravante nas práticas como representantes dos seus grupos respectivos.»

553. No n.º 519 da fundamentação da decisão controvertida, a Comissão classificou assim a GiroCredit/Erste e a RZB na primeira categoria e a ÖVAG na terceira categoria, calculando o montante de base da coima em conformidade com essa classificação.

2. Síntese da argumentação das partes [179]

554. Em primeiro lugar, a Erste, a RZB e a ÖVAG afirmam que a Comissão não respeitou, no plano jurídico, as condições em que, para efeitos de cálculo da coima, é admissível a imputação das quotas de mercado de uma empresa a outra. Afirmam que a imputação, aos estabelecimentos centrais, das quotas de mercado dos bancos pertencentes aos seus respectivos sectores descentralizados equivale a imputar-lhes o comportamento de todos esses bancos. Afirmam que essa imputação não tem fundamento jurídico e contraria o carácter pessoal da responsabilidade pelas infracções ao direito da concorrência, dado que os sectores não podem ser considerados unidades económicas.

555. Em segundo lugar, a Erste e a ÖVAG alegam que a Comissão violou os seus direitos de defesa e o dever de fundamentação. A Erste acusa a Comissão de ter violado os seus direitos de defesa por a comunicação de acusações não revelar a intenção da Comissão de imputar aos estabelecimentos centrais as quotas de mercado dos respectivos grupos. Além disso, a Erste e a ÖVAG alegam que nem a alegada transmissão de informações aos bancos descentralizados, nem a alegada representação destas últimas pelas sociedades de topo vinham referidas na comunicação de acusações.

556. Em terceiro lugar, a Erste, a RZB e a ÖVAG contestam os factos que a Comissão apurou para justificar a imputação das quotas de mercado e a apreciação que fez desses factos. No essencial, acusam a Comissão de ter desprezado a independência jurídica e económica dos bancos descentralizados, salientando que não podem dar instruções aos estabelecimentos dos seus sectores.

179 — Remetemos para a exposição dos argumentos das partes constante dos n.os 339 a 354 do acórdão recorrido.

557. Quanto às trocas de informações entre as sociedades de topo e os bancos descentralizados, a RZB reconhece ter ocorrido tal troca no interior do seu sector, mas contesta terem sido especialmente criados mecanismos internos de informação e de representação para efeitos de execução dos acordos.

558. Além disso, a RZB e a Erste contestam as conclusões, constantes, nomeadamente, dos n.os 61 e 517 da fundamentação da decisão controvertida, segundo as quais estas eram «representantes» dos seus sectores descentralizados e/ou eram assim consideradas pelos outros bancos. Por último, a Erste alega que a Comissão não podia invocar a alegada influência dos comités de Viena sobre os existentes a nível regional para justificar a imputação controvertida.

559. A Comissão alega sobretudo que importa distinguir entre a imputação do comportamento ilícito de uma empresa a outra e a classificação das empresas por categorias para efeitos da determinação do montante de base da coima, afirmando só ter punido cada uma das sociedades de topo pelo seu próprio comportamento, ou seja, pelo seu contributo para o funcionamento do cartel em todo o território austríaco através da transmissão de informações destinadas aos estabelecimentos do seu sector descentralizado ou provenientes deste último. Segundo a Comissão, os argumentos relativos à inexistência de uma unidade económica e às regras aplicáveis às associações de empresas não são, por conseguinte, pertinentes. Considera que a tomada em consideração das quotas de mercado se justificava, à luz das orientações, pela necessidade de ter em conta a capacidade efectiva das sociedades de topo para prejudicar a concorrência. Por último, alega que as sociedades de topo constituem, com os respectivos agrupamentos, unidades que exercem uma actividade económica comum, semelhantes a unidades económicas.

3. Apreciação

560. Somos da opinião que a primeira crítica da Erste, da RZB e da ÖVAG se justifica.

561. Com efeito, consideramos que a Comissão não podia calcular o montante da sanção que pretendia aplicar a essas empresas, enquanto sociedades de topo, imputando-lhes as quotas de mercado dos bancos dos respectivos sectores descentralizados, quando não lhes imputou o comportamento ilícito destes.

562. Em conformidade com o ponto 1, A, quarto parágrafo, das orientações, a Comissão, para efeitos do cálculo do montante de base da coima, apenas pode tomar em consideração «a capacidade económica efectiva dos autores da infracção».

563. Ora, da decisão controvertida decorre que a Comissão não instaurou processos ao abrigo do artigo 81.º, n.º 1, CE, contra os bancos dos sectores descentralizados, salvo contra o RLB que é um dos oito bancos regionais do sector Raiffeisen.

564. Decorre igualmente da referida decisão que a Comissão também não pretendeu imputar às sociedades de topo a responsabilidade pelas infracções que os bancos dos sectores descentralizados possam eventualmente ter praticado.

565. Com efeito, a referida decisão dirige-se apenas à Erste, à RZB e à ÖVAG na qualidade de estabelecimentos centrais, mas não enquanto representantes agindo em nome e por conta dos bancos dos respectivos sectores descentralizados.

566. Para o provar, basta a simples leitura do n.º 9 da fundamentação da decisão controvertida, que se refere aos estabelecimentos de crédito destinatários dessa decisão:

«b) [Erste]

O banco Erste é, desde a fusão com o GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen, com efeitos a partir de 4 de Outubro de 1997 […], *a [sociedade de topo] do grupo Sparkassen* [o grupo das caixas económicas (Sparkassengruppe) rege-se por condições especiais que lhe conferem *uma estrutura semelhante à de um consórcio*. Na sua qualidade de [sociedade] de topo, o Erste é obrigado a prestar diferentes serviços às caixas económicas associadas e a executar as suas funções no respeito pelos interesses das caixas económicas, o que gera uma densa rede de direitos e deveres recíprocos], constituído por cerca de 70 Sparkassen […]. O grupo Sparkassen em conjunto com o Erste detém uma quota de mercado de cerca de 30% [O Erste detém, ele próprio, uma quota de mercado de cerca de 7%.] […].

c) [RZB]

O RZB é a [sociedade de topo] do grupo austríaco Raiffeisen-Banken. Está estruturado em três níveis [o primeiro nível abrange 615 Raiffeisenbanken locais, juridicamente independentes. No segundo nível, operam nos Länder austríacos oito Raiffeisen-Landesbanken («RLB»). O terceiro nível é representado pelo RZB, detendo o RLB mais de 80% das suas participações. *(Os) Raiffeisenbanken (são) unidades juridicamente autónomas, não dependendo do RLB e/ /ou do RZB (…)*]. […] O grupo Raiffeisen--Banken detém uma quota de mercado de cerca de 22% […]. Além da sua função como representante do grupo Raiffeisen-

Banken, o RZB também se dedica à actividade bancária, concentrando-se nas operações com o estrangeiro e na assistência a grandes clientes [O RZB detém uma quota de mercado de cerca de 2%].

[…]

f) [ÖVAG]

O ÖVAG é a [sociedade de topo] do grupo Volksbanken, um grupo de dois níveis composto por cerca de 60 Volksbanken autónomos no primeiro nível. Os Volksbanken cooperam estreitamente em sectores importantes […], sendo, por outro lado, accionistas maioritários do ÖVAG. O grupo Volksbanken detém uma quota de mercado de cerca de 7% [o ÖVAG detém uma quota de mercado inferior a 1%.]. […]

[…]

h) [RLB]

Em 1997, o [RBW] […] foi absorvido pelo seu principal accionista, o RLB [anteriormente, as operações do RLB em nome próprio tinham-se mantido a um nível muito reduzido]. A actividade do RLB/RBW está limitada a Viena, onde detém uma quota de mercado de cerca de 5%.» [180]

567. Esta descrição fornece-nos indicações sobre as entidades contra as quais a Comissão decidiu instaurar processos ao abrigo do artigo 81.º, n.º 1, CE. Permite compreender melhor a estrutura dos consórcios bancários e revela muito claramente que certos bancos dos sectores descentralizados, no presente caso os pertencentes ao sector Raiffeisen, são «unidades juridicamente autónomas, não dependendo do RLB e/ou do RZB» [181].

180 — Sublinhado nosso.

181 — N.º 9, alínea c), da fundamentação da decisão controvertida, referida no número anterior das presentes conclusões.

568. Não decorre da referida descrição, nem mesmo dos elementos indicados no seguimento da análise da Comissão, que as sociedades de topo formavam com os bancos dos respectivos sectores descentralizados uma unidade económica e que podiam, dado o seu papel no interior dos consórcios bancários, vinculá-los [182].

569. É o que resulta ainda mais claramente do facto de a Comissão ter instaurado um processo autónomo contra a RLB, ou seja, um dos bancos regionais do sector Raiffeisen, pela sua participação na «rede Lombard», tendo-lhe aplicado uma coima que calculou com base nas próprias quotas de mercado da empresa. No que diz respeito ao sector Raiffeisen, a Comissão instaurou, por conseguinte, um processo específico contra um banco do segundo nível, que opera a nível regional, isto é, o RLB, e contra um banco do terceiro nível, que opera a nível central, isto é, o RZB.

570. Nestas condições, a Comissão não tinha, em nossa opinião, qualquer possibilidade de tomar em consideração a capacidade económica efectiva dos bancos dos sectores descentralizados e ainda menos de a imputar às sociedades de topo que foram julgadas pelo seu próprio comportamento.

571. O facto que a Comissão salienta no n.º 517 da fundamentação da decisão controvertida, segundo o qual a Erste, a RZB e a ÖVAG, enquanto sociedades de topo, contribuíram para a eficácia da rede graças a trocas intensivas de informações no interior do grupo, não era uma razão suficiente, nem mesmo um critério, susceptível de permitir à Comissão imputar-lhes as quotas de mercado do conjunto desse grupo.

572. Com efeito, deve existir um nexo lógico e coerente entre a imputação da responsabilidade pela infracção e o cálculo da respectiva sanção. Ao contrário do que a Comissão sustenta, não se trata de dois procedimentos distintos que devam ser executados com base em critérios diferentes. Um implica o outro e o montante da sanção apenas pode ser calculado com base nos elementos que tenham sido provados contra o autor da infracção, como especificados, no presente caso, no artigo 1.º da decisão controvertida. Ora, nos presentes processos, a Comissão não provou nem apreendeu, na perspectiva do artigo 81.º, n.º 1, CE, as trocas de informações eventualmente ocorridas entre as sociedades de topo e os bancos dos respectivos sectores descentralizados. Ao considerar essas trocas de informações na fase do cálculo da coima, a Comissão não apenas modifica a natureza da infracção imputada às recorrentes, como também agrava a situação destas.

182 — V. n.os 58 a 62, 358 a 361 e 516 a 518 da fundamentação da decisão controvertida.

573. É óbvio que um entendimento deste tipo não tem qualquer base legal.

574. Além disso, este entendimento enferma uma contradição. Com efeito, recordamos que a Comissão instaurou um processo autónomo contra a RLB, que não é mais do que um dos bancos regionais do sector Raiffeisen. Como decorre do n.º 519 da fundamentação da decisão controvertida, a RLB foi classificada na quinta categoria, devido à sua quota de mercado. Assim, a Comissão considerou duas vezes as quotas de mercado desta empresa; uma primeira vez quando imputou à RZB as quotas de mercado de todos os bancos do sector Raiffeisen, e uma segunda no âmbito da classificação por categorias da RLB.

575. Tendo em conta estes elementos, somos de opinião que a Comissão não podia, portanto, imputar à Erste, à RZB e à ÖVAG as quotas de mercado dos bancos dos sectores descentralizados para efeitos da respectiva classificação por categorias. Assim, a Erste, a RZB e a ÖVAG só podem ser punidas devido à sua participação no cartel enquanto bancos comerciais e não como entidades de topo dos respectivos sectores descentralizados.

576. Por conseguinte, consideramos que a classificação da Erste e da RZB na primeira categoria e a da ÖVAG na terceira estão erradas e que, consequentemente, não é correcto o montante das coimas que a Comissão lhes aplicou.

577. Nestas circunstâncias, propomos ao Tribunal de Justiça que acolha os fundamentos apresentados em primeira instância por estas três empresas, relativos a uma errada apreciação da sua classificação por categorias para efeitos de cálculo do montante de base da coima. Convidamos igualmente o Tribunal de Justiça a anular o artigo 3.º da decisão controvertida, na medida em que a Comissão calculou o montante das coimas aplicadas à Erste, à RZB e à ÖVAG com base num critério de apreciação errado.

578. Cabe, agora, ao Tribunal de Justiça apreciar a categoria a que pertence cada uma destas três empresas e, eventualmente, modificar, no exercício da sua competência de plena jurisdição, o montante de base das coimas que lhes foram aplicadas.

579. Para o efeito, importa basear esse cálculo no método de análise adoptado pela Comissão e ter em conta a correcção que propusemos

dada a inexistência de provas quanto à existência de um impacto concreto do cartel no mercado.

580. Quanto ao método de análise adoptado pela Comissão, recordamos que esta dividiu os bancos e os consórcios bancários em cinco categorias, em função dos dados disponíveis sobre as respectivas quotas de mercado. Como decorre do quadro que apresentámos no n.º 564 das presentes conclusões, a Comissão também fixou para cada categoria de empresas valores-guia, em torno dos quais se situam as quotas de mercado das empresas em causa, e uma coima de montante fixo.

581. Quanto às quotas de mercado das empresas em causa, estão indicadas, na sua maior parte, na nota da página 17 da decisão controvertida. Os números dizem respeito às operações realizadas com os clientes particulares e com as empresas (operações activas e passivas), tendo sido extraídos das decisões da Comissão em matéria de concentrações bancárias [183], de relatórios anuais e de outras publicações e fontes oficiais. Como decorre do n.º 190 da contestação da Comissão, estes dados dizem respeito ao período compreendido entre 1997 e 1999.

582. Em contrapartida, a decisão controvertida não indica nem a quota de mercado da rede das caixas de aforro antes da sua absorção pela Erste, nem a quota de mercado específica da GiroCredit antes dessa operação. Contudo, do n.º 145 da contestação da Comissão resulta que esta avaliou a primeira quota de mercado em 23%. As respostas da Comissão à décima segunda pergunta, alínea b), do Tribunal de Primeira Instância, revelam, além disso, que a quota de mercado individual da GiroCredit foi avaliada em 4,8% com base nos dados indicados na decisão IV/M.873 da Comissão, de 11 de Março de 1997, Bank Austria/Creditanstalt [184].

183 — V. decisões da Comissão, de 7 de Novembro de 2000, COMP/M.2140, BAWAG/PSK (n.º 9 da fundamentação); de 14 de Novembro de 2000, COMP/M.2125, HypoVereinsbank/Bank Austria (n.º 21 da fundamentação), e de 2 de Julho de 2001, COMP/M.2402, Creditanstalt/RZB/JV (n.º 15 da fundamentação). Todas estas decisões estão publicadas na página internet http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

184 — Esta decisão também está disponível na página internet http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

583. Eis os dados de que dispomos nesta fase da análise [185]:

	Quotas de mercado	**Análise da Comissão**			**Correcção n.º 1**
		Quotas de mercado consideradas	Categoria	Coima	Coima não existindo impacto concreto
Erste/Giro-Credit *(após fusão)*	Consórcio das caixas de aforro, incluindo a Erste, após fusão: 30% — Erste: 7% Consórcio das caixas de aforro, antes da fusão, incluindo a Erste,: 23% — Giro-Credit: 4,8%	30%	I	25	20

185 — O montante das coimas está expresso em milhões de euros.

RZB	Consórcio Raiffeisen: 22% — RZB: 2%	22%	I	25	20
Erste *(EÖ antes da fusão)*	7%	7%	III	6,25	5
ÖVAG	Consórcio dos bancos populares: 7% — ÖVAG: 1%	7%	III	6,25	5

584. Importa, agora, proceder a uma nova repartição das recorrentes por categorias atendendo às suas quotas de mercado específicas (correcção n.º 2).

585. No que diz respeito à Erste/GiroCredit, entendemos que, na sequência da absorção da GiroCredit em Outubro de 1997, a Erste se tornou responsável pela infracção praticada pela GiroCredit após 1 de Janeiro de 1995, enquanto banco comercial e não enquanto sociedade de topo do sector das caixas de aforro. Importa, por conseguinte, ter em conta as quotas de mercado específicas da Erste e da GiroCredit, que ascendem, no total, a 11,8%.

586. Consideramos, por conseguinte, que a Erste/GiroCredit, após a fusão, passa a integrar a segunda categoria. Para essa categoria, a Comissão fixou uma coima de um montante de base de 12,5 milhões de euros, que, em seguida, corrigimos e reduzimos para 10 milhões de euros.

587. No que diz respeito à RZB e à ÖVAG, as respectivas quotas de mercado ascendem, respectivamente a 2% e a 1%. Estas duas empresas devem, em nossa opinião, ser classificadas na quarta categoria. Para essa categoria, a Comissão fixou uma coima de um montante de base de 3,13 milhões de euros, que, em seguida, corrigimos e reduzimos para 2,5 milhões de euros, dado não ter ficado provada a existência de um impacto concreto do cartel no mercado.

588. Eis a nova repartição por categorias da Erste, da RZB e da ÖVAG, bem como o montante de base da coima em função da gravidade da infracção, que cabe, em nossa opinião, aplicar-lhes:

	Quotas de mercado fixadas na decisão controvertida	**Correcção n.º 2**		
		Quotas de mercado a considerar	Categorias	Montante de base da coima em função da gravidade da infracção *(em milhões de euros)*
Erste/Giro-Credit (após fusão)	Erste: 7% Giro-Credit: 4,8%	11,8%	II	10
Erste (EÖ antes da fusão)	7%	7%	III	5
RZB	2%	2%	IV	2,5
ÖVAG	1%	1%	IV	2,5

589. Cabe-nos, agora, determinar o montante definitivo da coima aplicada ao conjunto das recorrentes, tendo em conta, em primeiro lugar, o agravamento efectuado pela Comissão devido à duração da infracção.

590. A este respeito, os montantes de base determinados em função da gravidade da infracção sofreram todos um agravamento de 35%, com excepção do relativo à Erste antes da sua fusão com a GiroCredit (EÖ). No caso desta empresa, a Comissão procedeu a um

agravamento de apenas 30%, na medida em que a sua participação na infracção, enquanto banco comercial, durou apenas 3 anos [186].

591. Importa, em segundo lugar, ter em conta o facto de a Comissão não ter identificado qualquer circunstância atenuante ou agravante [187], tendo, no entanto, concedido uma redução de 10% a cada uma das empresas destinatárias da decisão controvertida, ao abrigo da comunicação sobre a cooperação [188].

	Montante de base da coima em função da gravidade da infracção ***(em milhões de euros)***	**Montante de base da coima em função da gravidade e da duração da infracção** ***(em milhões de euros)***	**Montante da coima atendendo à cooperação das empresas (*em milhões de euros*)**
BA	10	13,5	12,15
Erste/GiroCredit (após fusão)	10	13,5	12,15
CA	10	13,5	12,15
Erste (EÖ antes da fusão)	5	6,5	5,85
RZB	2,5	3,375	3,037
ÖVAG	2,5	3,375	3,037

592. À luz do conjunto dos elementos que precedem, propomos ao Tribunal de Justiça que fixe o montante final da coima aplicada à BA-CA, à Erste, à RZB e à ÖVAG nos seguintes termos:

— BA-CA: 24 300 000 euros

— Erste: 18 000 000 euros

— RZB: 3 037 000 euros

186 — N.os 521 e 522 da fundamentação da decisão controvertida.

187 — N.os 522 a 542 da fundamentação da decisão controvertida.

188 — N.os 543 a 559 da fundamentação da decisão controvertida.

— ÖVAG: 3 037 000 euros

596. Nos presentes processos, importa ter em conta o facto de as recorrentes terem sido vencidas no que respeita à maior parte das suas pretensões.

XI — Quanto às despesas

593. Nos termos do artigo 122.º do Regulamento de Processo, se o recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas.

597. Com efeito, os fundamentos de anulação que apresentaram, tendo por objecto a anulação integral da decisão controvertida, devem, em nossa opinião, ser rejeitados. Em nosso entender, as recorrentes cometeram efectivamente uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, como a Comissão referiu no artigo 1.º dessa decisão. Quanto aos fundamentos de anulação apresentados pelas recorrentes tendo em vista a redução do montante de base da coima fixada pela Comissão no artigo 3.º da decisão controvertida, conduziram efectivamente, segundo a nossa análise, a uma infirmação do acórdão recorrido e à anulação do artigo 3.º da decisão controvertida. Todavia, o montante de base da coima só foi modificado à luz de dois critérios de apreciação.

594. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, aplicável ao presente recurso por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

595. Todavia, segundo o artigo 69.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do mesmo regulamento, se cada parte obtiver vencimento parcial, ou em circunstâncias excepcionais, o Tribunal pode repartir as despesas ou decidir que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

598. O montante da coima foi modificado em relação às quatro recorrentes dado não ter ficado provada a existência de um impacto concreto do cartel no mercado. Além disso, a Erste, a RZB e a ÖVAG beneficiaram de uma redução suplementar do montante da respec-

tiva coimas, em virtude dos erros cometidos pela Comissão no âmbito da respectiva repartição por categorias para efeitos da apreciação da gravidade da infracção.

599. Nestas condições, propomos ao Tribunal de Justiça que condene a BA-CA no pagamento das suas próprias despesas e de 80% das despesas efectuadas pela Comissão.

600. No que diz respeito à Erste, à RZB e à ÖVAG, propomos ao Tribunal de Justiça que as condene no pagamento das suas próprias despesas e de 70% das despesas efectuadas pela Comissão.

XII — Conclusão

601. À luz das considerações que precedem, propomos, assim, ao Tribunal de Justiça que declare o seguinte:

«1) O acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 14 de Dezembro de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão (T-259/02 a T-264/02 e T-271/02), é anulado na medida em que padece de:

— um erro de direito, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias considerou que a Comissão das Comunidades Europeias, no quadro da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante de base da coima, podia, da mera execução do acordo, inferir a existência de um impacto concreto da infracção no mercado, e de

— um erro de direito e de uma contradição na fundamentação, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias considerou que a Comissão das Comunidades Europeias, no quadro da apreciação da gravidade da infracção e do cálculo do montante de base da coima, podia imputar à Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, à Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e à Österreischische Volksbanken AG as quotas de mercado dos bancos dos seus sectores descentralizados, embora não lhes tenha imputado o comportamento ilícito destes.

2) Quanto ao demais, os recursos são julgados improcedentes.

3) Os recursos de anulação interpostos no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, tendo por objecto a anulação da Decisão 2004/138/CE da Comissão, de 11 de Junho de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/36.571/D-1 — Bancos austríacos («Clube Lombard»), são julgados procedentes na parte em que:

— a Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, a Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, a Bank Austria Creditanstalt AG e a Österreichische Volksbanken AG pedem a anulação do artigo 3.º da Decisão 2004/138, na medida em que a Comissão das Comunidades Europeias, para efeitos da apreciação da gravidade da infracção, não fez prova da existência de um impacto concreto da infracção no mercado e apreciou erradamente o montante da coima correspondente, e que

— a Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, a Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e a Österreichische Volksbanken AG pedem a anulação do artigo 3.º da Decisão 2004/138, na medida em que a Comissão das Comunidades Europeias, para efeitos da apreciação da gravidade da infracção

e do cálculo do montante de base da coima, lhes imputou a quota de mercado dos bancos dos seus sectores descentralizados.

4) O montante das coimas fixado no artigo 3.º da Decisão 2004/138 é modificado nos seguintes termos:

— no processo C-125/07 P, o montante da coima aplicada à Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG é fixado em 18 000 000 euros;

— no processo C-133/07 P, o montante da coima aplicada à Raiffeisen Zentralbank Österreich AG é fixado em 3 037 000 euros;

— no processo C-135/07 P, o montante da coima aplicada à Bank Austria Creditanstalt AG é fixado em 24 300 000 euros, e

— no processo C-137/07 P, o montante da coima aplicada à Österreichische Volksbanken AG é fixado em 3 037 000 euros.

5) Nos processo C-125/07 P, C-133/07 P e C-137/07 P, a Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, a Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e a

Österreichische Volksbanken AG são condenadas, cada uma, no pagamento das suas próprias despesas e em 70% das despesas efectuadas pela Comissão das Comunidades Europeias. Esta última suportará 30% das suas próprias despesas.

6) No processo C-135/07, a Bank Austria Creditanstalt AG é condenada no pagamento das suas próprias despesas e em 80% das despesas efectuadas pela Comissão das Comunidades Europeias. Esta última suportará 20% das suas próprias despesas.»