CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003 [1]

Índice

I — Os factos do litígio ..... I - 231

II — O processo no Tribunal de Primeira Instância e o acórdão recorrido ..... I - 234

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça ..... I - 238

IV — O presente recurso ..... I - 238

1. Fundamentos de revogação do acórdão e de anulação da decisão ..... I - 238

A. Fundamentos processuais ..... I - 238

1) Quanto ao direito de acesso à totalidade dos documentos durante o procedimento administrativo (primeiro fundamento) ..... I - 238

a) O direito de acesso e as consequências da sua violação (primeira vertente de argumentação do primeiro fundamento) ..... I - 239

i) A posição das partes ..... I - 239

ii) A legitimidade das medidas de organização do processo ordenadas pelo Tribunal de Primeira Instância ..... I - 240

b) O alegado carácter errado, arbitrário e infundado da análise realizada pelo Tribunal de Primeira Instância (segunda vertente de argumentação do primeiro fundamento) ..... I - 245

i) A posição das partes ..... I - 245

ii) As chamadas «provas (de acusação) directas» e a sua apreciação ..... I - 246

1 — Língua original: espanhol.

iii) O carácter razoável do critério utilizado pelo Tribunal de Primeira Instância para apreciar as provas de defesa ..... I - 247

iv) O respeito pelo Tribunal de Primeira Instância do seu próprio critério de apreciação. As provas de acusação inacessíveis .. I - 249

2) Quanto ao direito de defesa e à renúncia da Comissão às «acusações nacionais» (segundo fundamento) ..... I - 250

a) A impossibilidade de argumentar pela via administrativa face ao abandono das acusações nacionais ..... I - 251

b) A alegada contradição entre o abandono das acusações nacionais e a decisão ..... I - 252

B. Fundamentos quanto ao mérito. O acordo «referente aos contratos e convenções assinados» com a Calcestruzzi (terceiro fundamento) O princípio ne bis in idem ..... I - 254

2. Fundamentos que têm por objectivo a anulação ou a redução da coima ... I - 259

A. A intangibilidade da coima apesar da anulação parcial da decisão (sétimo fundamento) ..... I - 259

B. Fundamentação insuficiente sobre a gravidade da infracção imputada à Italcementi (oitavo fundamento) ..... I - 262

C. Apreciação errada quanto à duração da infracção imputada à Italcementi (nono fundamento) ..... I - 265

V — As despesas ..... I - 266

VI — Conclusão ..... I - 266

I — Os factos do litígio

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

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

— Entre Abril de 1989 e Julho de 1990, nos termos do disposto no artigo 14.°,

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

n.os 2 e 3, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (que passaram, após alteração, a artigos 81.º CE e 82.º CE) [3], os serviços da Comissão procederam a visitas de inspecção a vários produtores europeus de cimento e a associações profissionais do sector. Em resultado desta actividade de inspecção, a Comissão decidiu, em 12 de Novembro de 1991, abrir um processo de aplicação de sanções [4] contra a Italcementi e outras empresas do sector [5].

— Em 25 de Novembro de 1991, a Comissão enviou a comunicação de acusações às 76 empresas e associações de empresas arguidas, pelo que a Italcementi teve ocasião de apresentar observações escritas e, posteriormente, orais, nas audições que se realizaram entre 1 de Março e 1 de Abril de 1993 [6].

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

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

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

3 — JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22.
4 — Processo IV/33.126 e 33.322 — Cimento.
5 — N.os 2 e 3 do acórdão recorrido.
6 — N.os 3, 9 e 12 do acórdão.
7 — N.os 4 a 6 do acórdão.
8 — JO L 343, p. 1.
9 — N.º 22 do acórdão.

2.° Entre 14 de Janeiro de 1983 e 14 de Abril de 1986, em acordos celebrados nas reuniões dos chefes de delegação e do comité executivo da Cembureau — Association européene du Ciment (a seguir «Cembureau»), relativos a trocas de informações em matéria de preços, cujo fim era facilitar a execução do acordo descrito no artigo 1.° da decisão (artigo 2.°, n.° 1).

3.° Entre 1 de Janeiro de 1984 e 31 de Dezembro de 1988, com o mesmo fim, em práticas concertadas relativas à circulação de informações sobre:

a) os preços mínimos das entregas de cimento por camião dos produtores belgas e neerlandeses e os preços, incluindo descontos, do produtor luxemburguês;

b) as tabelas individuais dos preços dos produtores dinamarqueses e irlandeses, as tabelas do sector em vigor na Grécia, em Itália e em Portugal e preços médios praticados na Alemanha, em França, em Espanha e no Reino Unido (artigo 2.°, n.° 2).

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

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

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

7.° De 3 de Abril de 1987 a 3 de Abril de 1992, num acordo relativo a contratos e convenções assinados em 3 e 15 de Abril de 1987, destinados a evitar importações de cimento grego pela Calcestruzzi [artigo 4.°, n.° 3, alínea b)].

8.° No âmbito do European Cement Export Committee, de 14 de Março de 1984 a 22 de Setembro

de 1989, em práticas concertadas relativas à troca de informações sobre a situação da oferta e da procura nos países terceiros importadores, os preços susceptíveis de serem praticados na exportação, a situação das importações nos países membros e a situação da oferta e da procura nos mercados nacionais, tendo em vista evitar incursões dos concorrentes nos mercados nacionais respectivos da Comunidade (artigo 5.°).

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

— A Comissão intimou a Italcementi a cessar a prática das infracções descritas e a abster-se, daí em diante, de qualquer acordo ou prática contrários à livre concorrência nos mercados dos cimentos cinzento e branco (artigo 8.°), aplicando-lhe duas coimas, uma de 32 492 000 ecus e outra de 1 088 000 ecus, cujos montantes venceriam juros a partir do termo do prazo de pagamento fixado, que era de três meses contados da notificação da decisão (artigos 9.°, 10.° e 11.°).

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

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

4. Na petição em primeira instância, a Italcementi pediu, a título principal, a anulação total ou parcial da decisão no que lhe diz respeito. Subsidiariamente, pediu a supressão ou a redução das coimas que lhe foram aplicadas. Também pediu a anulação da decisão da Comissão de 23 de Setembro de 1993, na medida em que deu por encerrado o procedimento quanto a doze empresas alemãs e seis espanholas, em relação às acusações relativas à parte internacional da comunicação de acusações. Em todo o caso, pediu que a Comissão fosse condenada a pagar as despesas do processo.

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

1.° a comunicação de acusações, tal como tinha sido notificada a cada uma das empresas arguidas, mais tarde recorrentes;

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

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

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

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

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

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

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

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

12 — Ciments luxembourgeois SA.

13 — N.os 169 e 170 do acórdão.

8. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância deu provimento parcial ao recurso da Italcementi e decidiu:

«— o artigo 1.° da Decisão 94/815 é anulado, na medida em que dá por provado que a recorrente participou na infracção que lhe é imputada antes de 19 de Março de 1984 e para além de 3 de Abril de 1992;

— o artigo 2.°, n.° 1, da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente, na medida em que dá por provada a celebração de acordos sobre trocas de informações sobre os preços durante as reuniões do comité executivo da Cembureau — Association européenne du ciment e na medida em que dá por provada a participação da recorrente na infracção que lhe é imputada antes de 19 de Março de 1984 e para além desta data;

— o artigo 2.°, n.° 2, da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente, por um lado, na medida em que dá por provado que a circulação periódica de informações entre a Cembureau — Association européenne du ciment e os seus membros incidiu, no que toca aos preços belgas e neerlandeses, sobre os preços mínimos de fornecimentos de cimento por camião de produtores destes dois países e, no que respeita ao Luxemburgo, sobre os preços, incluindo descontos, do produtor deste país, bem como, por outro, na medida em que imputa à recorrente a participação na infracção antes de 19 de Março de 1984;

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

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

— o artigo 5.° da Decisão 94/815 é anulado na parte que respeita à recorrente;

— o montante da coima aplicada à recorrente pelo artigo 9.° da Decisão 94/815 é fixado em 25 701 000 euros;

— quanto ao mais, é negado provimento ao recurso;

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

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

9. Quer dizer, o Tribunal de Primeira Instância declarou a Italcementi responsável por condutas contrárias à concorrência, por ter participado:

1.° No acordo Cembureau relativo ao respeito dos mercados nacionais do cimento cinzento (artigo 1.° da decisão), de 19 de Março de 1984 a 3 de Abril de 1992.

2.° Em 19 de Março de 1984, em trocas pontuais de informação sobre os preços do cimento cinzento (artigo 2.°, n.° 1, da decisão).

3.° Entre 19 de Março de 1984 e 31 de Dezembro de 1988, na circulação periódica de dados relativos às tabelas individuais dos preços dos produtores dinamarqueses e irlandeses, às tabelas do sector em vigor na Grécia, na Itália e em Portugal, e aos preços médios praticados na Alemanha, em França, em Espanha e no Reino Unido [artigo 2.°, n.° 2, alínea b), da decisão].

4.° No acordo relativo à constituição da European Task Force (artigo 4.°, n.° 1, da decisão), entre 9 de Setembro de 1986 e 31 de Maio de 1987.

5.° No acordo para a constituição da Joint Trading Company, Interciment SA (artigo 4.°, n.° 2), de 9 de Junho de 1986 a 7 de Novembro de 1988.

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

7.° No acordo relativo aos contratos e convenções assinados com a Calcestruzzi nos dias 3 e 15 de Abril de 1987 [artigo 4.°, n.° 3, alínea b)], entre 3 de Abril de 1987 e 3 de Abril de 1992.

8.° Nas práticas concertadas no mercado do cimento branco (artigo 7.°), de 6 de Maio de 1982 a 26 de Maio de 1988.

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

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

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

IV — O presente recurso

12. A Italcementi pede ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido na íntegra ou, pelo menos, em parte, fazendo o mesmo em relação à decisão e em relação à coima que lhe foi aplicada. Subsidiariamente pede que o processo seja remetido ao Tribunal de Primeira Instância, para que este se pronuncie de novo. Em qualquer caso, pede que a Comissão seja condenada nas despesas de ambas as instâncias.

13. A Comissão pede que seja totalmente negado provimento ao recurso e confirmado o acórdão recorrido e que a Italcementi seja condenada no pagamento das despesas do presente recurso.

14. Em apoio dos seus pedidos, a sociedade recorrente alega nove fundamentos de recurso, alguns deles com argumentos diversos. Desses fundamentos, três, tal como já referi, foram julgados improcedentes.

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

1. Fundamentos de revogação do acórdão e de anulação da decisão

A. Fundamentos processuais

1) Quanto ao direito de acesso à totalidade dos documentos durante o procedimento administrativo (primeiro fundamento)

16. A Italcementi articula este fundamento em duas vertentes de argumentação princi-

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

pais. A primeira, mais abstracta, é relativa à caracterização do direito de acesso ao processo num procedimento administrativo de aplicação de uma sanção e às consequências que se têm de retirar da sua violação [15]. Na segunda, invocada subsidiariamente, a sociedade recorrente qualifica de errada, arbitrária e infundada a análise concreta desenvolvida pelo Tribunal de Primeira Instância para esclarecer se o seu direito de defesa foi lesado [16].

a) O direito de acesso e as consequências da sua violação (primeira vertente de argumentação do primeiro fundamento)

i) A posição das partes

17. A Italcementi inicia a sua argumentação tomando em consideração um facto não discutido: o acesso ao processo durante o procedimento administrativo não foi regular.

18. Partindo deste dado incontestável, refere que a garantia de estar ao corrente de toda a tramitação é uma manifestação do direito fundamental de defesa que tem de ser respeitado no próprio procedimento administrativo e não depois. Acrescenta que as empresas arguidas deveriam, naquele momento, ter um conhecimento de todo o processo igual ao da Comissão e que essa falta de equilíbrio não pode ser sanada posteriormente no processo jurisdicional. Constatada a insanável falha processual, o Tribunal de Primeira Instância deveria ter anulado a decisão. Assim, ao não o fazer e ao considerar que os documentos inacessíveis na fase administrativa eram relevantes para a decisão, actuou de modo irregular e arbitrário, substituindo a apreciação da Comissão pela sua, que, aliás, não é fiscalizada pelo Tribunal de Justiça. Esta actuação deixa ao poder discricionário da Comissão a decisão de dar acesso ao processo e quebra o equilíbrio de poderes.

19. Termina alegando que a posição do Tribunal de Primeira Instância envolve, na realidade, uma inversão do ónus da prova; desordena as funções e impõe às empresas arguidas a obrigação de demonstrar que os documentos, cujo conteúdo até então desconheciam, eram susceptíveis de destruir as apreciações da Comissão.

15 — São os pontos 29 a 56 e 99 a 106 da petição do presente recurso.

16 — Pontos 57 a 98 da petição do presente recurso.

20. Para esta instituição, o Tribunal de Primeira Instância limitou-se a examinar se o direito de defesa da Italcementi foi violado durante a tramitação do procedimento administrativo. Não organizou um novo acesso ao processo, tendo apenas feito a mesma apreciação que nos acórdãos Solvay/Comissão [17] e ICI/Comissão [18], isto é, examinou se, perante os documentos que estiveram inacessíveis, se causou alguma impossibilidade de defesa da sociedade recorrente. Não há, pois, inversão do ónus da prova, uma vez que só se pede às recorrentes que demonstrem que os documentos cujo acesso lhes foi negado pela Comissão poderiam ser de alguma utilidade para a sua defesa.

21. A Italcementi replica que a violação de um direito fundamental leva a uma sanção, independentemente do dano causado. O modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância equivale a negar às empresas arguidas o direito a um acesso integral ao processo. O juiz não pode apreciar *ex post* a importância dos documentos cuja consulta lhes foi negada na fase administrativa. O tempo decorrido entre o momento em que se deveria dar acesso ao processo e aquele em que o Tribunal de Primeira Instância efectuou a sua verificação retira todo o significado à apreciação jurisdicional realizada. Não se justifica a distinção dos documentos segundo a sua relevância para a defesa. Antes de a Comissão adoptar a decisão de aplicação de uma sanção, todos os documentos são igualmente pertinentes. As empresas arguidas devem analisá-los, seleccioná-los e argumentar à luz do seu conteúdo, operações que fazem parte da instrução. Incumbia à Comissão acolhê-los ou não sob a fiscalização do juiz, que não pode situar-se, de forma fictícia, num momento anterior à adopção da decisão pela Administração.

22. A Comissão responde que o objectivo do Tribunal de Primeira Instância era proteger o direito de defesa das empresas recorrentes e estava disposto a anular a decisão, no todo ou em parte, na medida em que o acesso a um documento do processo que permaneceu inacessível se revelasse útil para a defesa, dado que examinou todos os documentos mencionados pela Italcementi antes de considerar que nenhum apresentava qualquer utilidade para os seus interesses. A contestação formalista da recorrente não tem em conta a natureza e a função do direito de defesa. Se não existe uma limitação efectiva dos meios, não há violação desse direito.

ii) A legitimidade das medidas de organização do processo ordenadas pelo Tribunal de Primeira Instância

23. O Tribunal de Primeira Instância, para dar resposta às reclamações sobre a regu-

17 — De 29 de Junho de 1995 (T-30/91, Colect., p. II-1775).
18 — De 29 de Junho de 1995 (T-36/91, Colect., p. II-1847).

laridade do procedimento administrativo e para, sendo caso disso, sanar as deficiências geradas pela falta de acesso a determinados documentos, pediu à Comissão que lhe facultasse o processo na sua íntegra, pondo-o à disposição das partes [19], a fim de que estas, em face dos que não tinham podido examinar durante a instrução, os identificassem, explicando as razões pelas quais o procedimento administrativo poderia ter chegado a um resultado diferente se tivessem tido a oportunidade de os consultar.

24. O acórdão analisou os documentos indicados pelas recorrentes e as observações apresentadas, decidindo, no que respeita à Italcementi, da forma que consta do n.º 34 da parte decisória, referida no n.º 8 das presentes conclusões. O Tribunal de Primeira Instância fez essa análise aplicando o seguinte princípio: o direito de defesa das recorrentes teria sido violado se tivesse existido uma possibilidade, ainda que reduzida, de o procedimento administrativo conduzir a um resultado diferente no caso de terem podido ser invocados os documentos cujo acesso lhes foi negado [20].

25. A Italcementi põe em causa este procedimento e nega legitimidade às «medidas de organização do processo» ordenadas pelo Tribunal de Primeira Instância.

19 — Com excepção dos documentos que contivessem segredos de negócios ou outros dados confidenciais e dos documentos internos da Comissão.

20 — V. n.ºs 241 e 247 do acórdão.

26. O processo de verificação da existência de infracções aos artigos 81.º CE e 82.º CE tem natureza punitiva. Para além da cessação das práticas anticoncorrenciais, tem por fim a punição das condutas que as provocam, atribuindo à Comissão o poder de punir os autores com sanções pecuniárias. Para o efeito, essa instituição tem amplos poderes de investigação e de instrução, mas, precisamente devido a essa natureza e à acumulação de poderes de investigação e de decisão no mesmo órgão, o direito de defesa daqueles que forem sujeitos ao processo deve ser reconhecido sem hesitações e respeitado [21].

27. É este o sentido das disposições contidas no Regulamento n.º 17, em particular o artigo 19.º, e no Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE [22]; é também esse o alcance que lhes foi dado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [23] e do Tribunal de

21 — Quanto ao direito de defesa nos processos de aplicação das regras da concorrência, pode-se consultar o artigo de Lenaerts, K., e Maselis, I., «Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE», em *Journal des tribunaux*, n.º 5973 (2000), pp. 496 a 504. Também de interesse, o estudo de Goossens, L., «Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission», publicado em *Journal des tribunaux. Droit européen*, n.º 52 (1998), pp. 169 a 175, e n.º 53 (1998), pp. 200 a 204. Apesar de relativamente antiga, não deixa de ter interesse a publicação de Due, O., antigo presidente do Tribunal de Justiça, «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», em *Cahiers de Droit européen*, n.ºs 1 e 2 (1987), pp. 383 a 396.

22 — JO L 354, p. 18. Revogou o Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), em vigor nas datas em que, no caso presente, foi tramitado o procedimento administrativo.

23 — V., por todos e entre os mais recentes, acórdão de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.ºs 75 e segs.).

Primeira Instância [24]. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem alargou a aplicação das garantias do artigo 6.º da Convenção de Roma aos processos administrativos de natureza disciplinar [25].

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [26] aprofunda esta linha, uma vez que, juntamente com o direito de o acusado defender as suas posições jurídicas num processo judicial equitativo e público, num tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei [27], garante também o direito de qualquer pessoa a ser ouvida pelas instituições da União Europeia antes de estas adoptarem uma medida individual que a possa afectar desfavoravelmente, bem como o direito a ter acesso ao processo [28].

28. A consulta do processo é mais um instrumento ao serviço do direito de defesa [29]. Não constitui um fim em si mesmo [30]. As garantias formais do processo, jurisdicional ou administrativo, explicam-se em função desse objectivo, que não é outro senão o da tutela efectiva dos direitos e dos interesses legítimos de todos. Quando existe uma irregularidade processual, quando as regras de forma são afastadas, produzem-se consequências jurídicas se existir diminuição dos meios de defesa. Por outras palavras, o conceito de impossibilidade de defesa é material, de forma que, as irregularidades do processo por muitas que sejam, são irrelevantes se, apesar de tudo, o interessado tiver disposto dos meios de defesa adequados. É de recusar, pois, a dimensão formal que pretende impor a Italcementi.

29. No entanto, o carácter instrumental do direito de acesso ao processo implica outra consequência. Mesmo no caso de o seu cumprimento defeituoso ter diminuído as possibilidades de defesa do interessado, só cabe anular a decisão que encerra o processo quando se verificar que, se o meio processual tivesse sido escrupulosamente respeitado, o resultado poderia ter sido outro, mais favorável ao interessado, ou quando, precisamente devido à existência do vício de forma, não se puder saber se a decisão teria sido diferente. Tanto num caso como no outro, há que anular a decisão final e, se for caso disso, repetir o percurso para o regularizar.

30. Em suma, os vícios de forma não têm vida própria separada da substância do litígio. Se se anular uma decisão proferida no termo de uma actuação formal defei-

24 — O próprio acórdão recorrido é um exemplo (v. n.os 142 a 144 e 240).

25 — V. acórdãos de 8 de Junho de 1976, Engel e o. c. Países Baixos, série A, n.º 22, quanto aos processos disciplinares militares, e de 23 de Junho de 1981, Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica, série A, n.º 43, quanto aos processos disciplinares accionados por uma ordem nacional dos médicos.

26 — JO 2000, C 364, p. 1.

27 — V. artigos 47.º, segundo parágrafo, e 48.º, n.º 2.

28 — Artigo 41.º, n.º 2, primeiro e segundo travessões.

29 — Tal como são também o direito a ser ouvido, a ser informado da acusação, a utilizar os meios de prova pertinentes para a defesa ou, sendo caso disso, a patrocínio de advogado.

30 — V. as conclusões apresentadas em 25 de Outubro de 2001 pelo advogado-geral J. Mischo nos processos C-244/99 P e C-251/99 P, n.os 331 e 125, respectivamente, em que foi proferido o acórdão de 15 de Outubro de 2002, PVC II (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P, ainda não publicado na Colectânea).

tuosa, porque, devido aos vícios do *iter* seguido para a sua adopção, é incorrecta quanto ao fundo, a anulação é determinada pela incorrecção substantiva da decisão, não pela existência do vício processual. O vício de forma só atinge identidade própria quando, pelo facto de ter existido, não é possível fazer um juízo sobre a decisão adoptada.

31. As considerações expostas dão sentido às medidas de organização do processo ordenadas pelo Tribunal de Primeira Instância.

32. Alegada pelas empresas e associações recorrentes e considerada provada pelo órgão judicial, a infracção às exigências formais devida ao facto de a Comissão não ter permitido o acesso a todos os documentos de defesa constantes do processo obrigava a analisar os efeitos do vício processual no seu direito de defesa. Para esse fim, era necessário conhecer os elementos de defesa cuja consulta lhes foi recusada e a sua opinião sobre esse ponto. À vista de tais elementos, o Tribunal de Primeira Instância analisou em que medida, se tivessem podido ser consultados e invocados na Comissão, a decisão teria sido outra, mais favorável para os acusados.

33. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não se sobrepôs à Comissão nem ocupou indevidamente a sua posição. Pelo contrário, limitou-se a exercer, no âmbito das suas competências e de forma irrepreensível, o seu poder jurisdicional, fiscalizando a correcção da actuação punidora da referida instituição. E, nesta situação, o julgamento, que se projecta no passado, deve ser feito com base em todos os elementos de que se dispõe no presente, o que lhe confere uma maior riqueza e um grau de acerto mais elevado [31].

34. No modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância, não existe qualquer desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, afirma-se que, verificada uma violação do direito de defesa, esta não fica sanada por um acesso tardio aos documentos do processo, que permita às empresas afectadas apresentar fundamentos e argumentos para fundamentarem as suas pretensões, uma vez que não as coloca na situação em que se encontrariam se tivessem podido basear-se nos mesmos documentos para apresentar as suas observações escritas e orais à Comissão [32].

35. O Tribunal de Primeira Instância não pretendeu sanar *a posteriori* uma impossi-

31 — O juiz, tal como o historiador, reconstitui o passado e, ao fazê-lo, deve passar pelo crivo as provas e os depoimentos para reproduzir os factos tal como estes se passaram. O juiz, tal como o historiador, não se pode colocar na posição dos que são objecto da sua análise, deve transcendê-la. Sobre as relações entre direito e história, pode-se consultar o livro de Ginzburg, C., *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, edição Anaya y Mario Muchnik, Madrid, 1993.

32 — N.os 78 e 79.

bilidade já consumada de defesa; limitou-se, numa fase anterior, a apurar se essa impossibilidade de defesa se tinha verificado [33]. Quando considerou que assim foi, anulou a decisão [34]. Se, pelo contrário, não se verificou a impossibilidade de defesa, considerou que o vício formal cometido durante a tramitação do procedimento administrativo foi, ao fim e ao cabo, irrelevante.

36. Aliás, não é outro o alcance do próprio acórdão Hercules Chemicals/Comissão. Lendo-se o seu n.º 80, observa-se que o que é decisivo não é o vício formal considerado em si mesmo, mas sim os seus efeitos no direito de defesa, que podem ser nulos se a própria empresa afectada não demonstrar que a impossibilidade de tomar conhecimento de determinadas provas de defesa a privou de instrumentos para convencer a Comissão da sua inocência.

37. E neste entendimento não há inversão do ónus da prova. Este princípio, que é de natureza processual, está ao serviço do direito fundamental da presunção de inocência, de natureza substantiva, mas não há que confundi-los.

38. A presunção de inocência impede a punição se não se demonstrar a culpabilidade. Consequentemente, quem acusa deve provar que o acusado cometeu factos constitutivos da infracção e que existem os restantes elementos, de facto e de direito, que permitem declará-lo responsável. É neste ponto que se encontram a presunção de inocência e o ónus da prova. A Comissão imputou às empresas recorrentes a prática de determinadas condutas contrárias à concorrência e utilizou diferentes provas para apoiar a sua acusação. Assim, em princípio, cumpriu essa regra processual que é o ónus da prova. Questão diferente, que não cabe abordar neste momento, é a de saber se os documentos utilizados são capazes de ilidir a referida presunção.

39. Uma vez tomada a decisão de aplicação de sanção, foi interposto recurso pela Italcementi, entre outras, que pede a sua anulação com o argumento de que foi impedida de se defender por não ter tido acesso total aos documentos do processo, e, em especial, aos que podiam ter servido de justificação. Por força do princípio do ónus da prova, cabe-lhe demonstrar os pressupostos de facto dessa pretensão. Em primeiro lugar, que não lhe foi dada cópia de todos os documentos utilizados pela Comis-

33 — Foi este o critério seguido recentemente pelo Tribunal de Justiça no acórdão PVC II, já referido, n.ºs 315 e segs., em particular n.º 325.

34 — Foi esse o caso da empresa Cedest, SA (T-38/95). V. n.ºs 2211 e 2286 do acórdão.

são na sua actuação e, em segundo lugar, que esta não comunicação a impossibilitou de se defender.

40. Dito por outras palavras: uma vez que a Comissão cumpriu a obrigação que lhe incumbia, cabia às empresas e associações acusadas ilidir as provas de acusação utilizadas com todos os meios ao seu alcance. O Tribunal de Primeira Instância, aplicando o critério de apreciação constante dos n.os 241 e 247 do acórdão recorrido, considerou que o vício formal, a falta de acesso a esses documentos no procedimento administrativo, foi irrelevante do ponto de vista do direito de defesa.

41. No caso em apreço, fez-se uma aplicação estrita do princípio do ónus da prova, pelo que é inaceitável a posição abstracta e formalista da Italcementi: qualquer irregularidade processual, por menor que fosse, conduziria à anulação da decisão, sem que se tenha de indagar da influência que o vício teria tido na correcção substantiva da decisão proferida. Este entendimento provocaria, sem qualquer garantia adicional para os direitos dos administrados, a paralisação administrativa, em detrimento do princípio da eficácia.

b) O alegado carácter errado, arbitrário e infundado da análise realizada pelo Tribunal de Primeira Instância (segunda vertente de argumentação do primeiro fundamento)

i) A posição das partes

42. Para a Italcementi, a posição do Tribunal de Primeira Instância é arbitrária e infundada, por três razões: em primeiro lugar, porque não tem qualquer justificação limitar a análise da eventual utilidade dos documentos analisados administrativamente aos que apresentavam uma ligação objectiva com as acusações; em segundo lugar, porque as chamadas «provas documentais directas» são realmente débeis e o Tribunalde Primeira Instância abusou das presunções; e, por último, porque, ao proceder ao exame concreto dos documentos invocados, o próprio órgão jurisdicional se desvinculou do critério enunciado no n.º 247 do acórdão.

43. A Comissão limitou-se a afirmar que esta parte do fundamento é, por um lado, inadmissível, na medida em que afecta a apreciação da prova que compete ao juiz de primeira instância, e, por outro, improcedente, uma vez que a Italcementi atribui ao acórdão afirmações que ele não contém.

44. A coerência dos argumentos exige que, em primeiro lugar, seja dada resposta à segunda das razões invocadas pela sociedade recorrente.

ii) As chamadas «provas (de acusação) directas» e a sua apreciação

45. Esta alegação tem uma dimensão manifestamente inadmissível, que a Italcementi diz não abordar, mas que, na realidade, é o pressuposto da sua argumentação e está presente em várias passagens da petição de recurso, em especial quando refere a «debilidade» das provas utilizadas contra ela. Quer sejam débeis, directas, de referência ou de presunções, o Tribunal de Justiça não pode rever, no presente recurso, a apreciação das provas feita pelo juiz *a quo* nem emitir juízos de valor sobre as consequências fácticas inferidas.

46. O tribunal de recurso apenas pode penetrar neste terreno se, na obtenção das provas, tiver sido violada uma disposição ou um princípio geral do direito comunitário ou se, na apreciação das mesmas, isso tiver acontecido relativamente às normas sobre o ónus e a valoração das provas, pelo facto de esta última ser ilógica ou arbitrária e, portanto, descaracterizadora dos seus elementos. O Tribunal de Justiça apenas pode reparar a violação de direito em que tivesse incorrido a primeira instância, mas nunca fixar a matéria de facto, sem prejuízo da fiscalização da sua qualificação jurídica [35]. Nada disto ocorreu no caso em apreço.

47. O modo de proceder do Tribunal de Primeira Instância foi, relativamente à Italcementi, o seguinte: a partir de factos provados (a celebração de diferentes reuniões; a presença da recorrente em algumas delas; a adopção e ratificação, nessas reuniões, de acordos contrários à concorrência; a falta de uma manifestação expressa, por sua parte, de divergência ou de distanciamento; a intervenção nas trocas de informações sobre os preços; a sua participação na constituição da European Task Force e da Interciment; a actuação nas acções Calcestruzzi; e o pacto com a Cementir e a Unicem), declara provado que fez parte do acordo. Este processo lógico não só não enferma de nenhum dos vícios que justificariam uma fiscalização por parte do Tribunal de Justiça no presente recurso, mas, além disso, é razoável, de acordo com as regras do critério humano, e é explicado adequadamente no acórdão [36].

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

36 — V. os n.os 1350, 1351, 1353, em relação ao acordo Cembureau; 1497 a 1500, em relação às trocas de informações sobre os preços; 2745 a 2753, em relação à constituição da European Task Force, e, em relação à da Interciment, os n.os 2997 e segs.; finalmente, os n.os 3264 a 3270, em relação às acções Calcestruzzi, 3345 e segs., em relação ao pacto sobre os contratos com o referido produtor italiano de betão.

48. Se uma empresa participa, juntamente com os seus concorrentes no mercado, numa ou mais reuniões das quais resulte um acordo contrário à concorrência, a técnica da presunção permite deduzir, na falta de manifestação expressa em contrário, que faz parte do acordo, sobretudo se, depois, participar em medidas de execução do pacto anticoncorrência.

49. A prova por presunções baseia-se na lógica da razão, bem como no entendimento e em experiências comuns. Para esse efeito, deve-se partir de factos provados que permitam, através de um processo mental de acordo com as regras do entendimento humano, considerar provados determinados factos.

50. O Tribunal de Justiça admitiu que, através deste tipo de provas, se deve declarar demonstrada a participação de uma empresa num acordo anticoncorrencial, sem prejuízo de essa presunção, como todas as que são *iuris tantum*, poder ser ilidida por outras provas [37]. Eu acrescentaria que, quando se actua num sector como o da defesa da concorrência no mercado interno, em que se tem de fazer frente a condutas complicadas, manifestadas em comportamentos ágeis de complexas estruturas organizativas, a prova por presunções é um instrumento quase imprescindível para determinar a realidade.

iii) O carácter razoável do critério utilizado pelo Tribunal de Primeira Instância para apreciar as provas de defesa

51. O dado decisivo na exposição da Italcementi, base da sua pretensão, é a afirmação, que atribui ao Tribunal de Primeira Instância, de que foi condenada com fundamento «unicamente em provas documentais directas». Esta afirmação [38] não pode alhear-se do seu contexto. O acórdão recorrido contém essa afirmação, mas está acompanhada de uma negação segundo a qual o acórdão não se baseou «num paralelismo de comportamento verificado no mercado» [39], afirmação que consta do texto do acórdão para negar a virtualidade de os documentos poderem dar uma explicação económica alternativa para o comportamento das empresas punidas [40].

37 — No acórdão de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92, Colect., p. I-4125, n.° 96), foi afirmado que o Tribunal de Primeira Instância podia legalmente considerar que, uma vez provada a participação da Anic nas reuniões em que foram decididas, organizadas e controladas iniciativas de preços, era a esta última que incumbia provar que não subscreveu essas iniciativas, sem que isso se traduzisse numa inversão do ónus da prova. No mesmo sentido, v. os acórdãos de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão (C-199/92 P, Colect., p. I-4287, n.° 155), e Montecatini/Comissão (C-235/92 P, Colect., p. I-4539, n.° 181).

38 — V., por exemplo, os n.os 260 e 263 do acórdão.

39 — N.° 264 do acórdão.

40 — V. n.os 264 e 1116, em geral. Para o caso específico da Italcementi, podem-se consultar os n.os 1257, 1260, 1262 e 1264.

52. Com este entendimento, adquire todo o seu sentido o critério do Tribunal de Primeira Instância, de limitar o leque de provas capazes de destruir as apreciações de facto feitas pela Comissão àquelas que contivessem «documentos que se prendem directamente com as infracções» imputadas na decisão [41]. O que quer dizer que se revela correcta a regra nos termos da qual o direito de defesa das recorrentes foi violado se, durante o procedimento administrativo, lhes foi vedado o acesso a elementos probatórios capazes de contradizer as provas utilizadas pela Comissão [42] e não só de proporcionar explicações complementares ou alternativas que, embora respeitáveis, não contradizem os documentos invocados na decisão.

53. Para se compreender isto, basta um exemplo. A Comissão inferiu de determinados documentos [43] que, nas reuniões celebradas em 14 de Janeiro de 1983, 19 de Março e 7 de Novembro de 1984, entre os produtores europeus de cimento (a Italcementi só participou na segunda), foram celebrados acordos contrários à concorrência. Parece razoável estabelecer a impossibilidade de defesa por referência às provas que teriam podido contradizer o conteúdo de tais elementos, que é a exigência feita pelo Tribunal de Primeira Instância, ao falar de «nexo objectivo» com algumas das imputações feitas na decisão [44].

54. A própria empresa recorrente parece estar de acordo com esta exposição. No recurso afirma que é correcta a decisão de recusar os «documentos completamente estranhos» [45] ao processo e, com base na tramitação do procedimento administrativo, tais documentos são os que nada têm a ver com as provas directas. A Comissão, baseando-se nos documentos constantes do processo, considerou que, na reunião dos chefes de delegação de 14 de Janeiro de 1983, a que não assistiu a Italcementi, a Cembureau e os seus membros directos chegaram a um acordo de respeito dos mercados nacionais e de regulação das vendas internacionais, cujo conteúdo foi confirmado, nomeadamente, na reunião de 19 de Março de 1994, em que esteve presente. Por conseguinte, a defesa da recorrente apenas teria sido impossibilitada se não tivesse podido utilizar em sua defesa elementos de prova que refutassem o facto de nessas reuniões ter sido adoptado e ratificado o acordo em causa, que demonstrassem a sua ausência nessas reuniões ou que deixassem assente que, mesmo tendo assistido, se demarcou do acordado.

41 — N.° 262 do acórdão recorrido.
42 — V. n.° 263 do acórdão recorrido.
43 — Os referidos nos n.^{os} 18, 19 e 45 da decisão.
44 — V. n.° 247 do acórdão recorrido.
45 — N.° 70.

55. Uma vez provada a celebração e a ratificação do acordo em tais reuniões, a eventual utilização de elementos de prova capazes de fornecer uma explicação alternativa para o comportamento da Italcementi era irrelevante e, por conseguinte, a falta da respectiva consulta durante o procedimento administrativo não lhe impossibilitou a defesa. Se se ler com atenção os n.os 1256 a 1267 do acórdão recorrido, observar-se-á que os documentos que a recorrente não pôde consultar eram instrumentos que, como não se dirigiam a refutar as provas directas utilizadas na decisão, podiam ser qualificados como «alheios» e irrelevantes para a sua defesa.

iv) O respeito pelo Tribunal de Primeira Instância do seu próprio critério de apreciação. As provas de acusação inacessíveis

56. A Italcementi alega que existe, no acórdão recorrido, um desvio entre a exposição teórica do critério de apreciação adoptado no n.º 247 e a sua aplicação prática. Para o demonstrar, cita e analisa os casos dos recursos T-38/95 (Cedest, SA), T-52/95 (Compañia Valenciana de Cementos Portland, SA) e T-56/95 (Castle Cement Ltd), nos quais, não obstante ter-se infringido o direito de defesa porque as empresas recorrentes não tiveram acesso a documentos de defesa, a decisão não foi anulada, limitando-se o Tribunal de Primeira Instância a reformá-la.

57. Esta alegação é improcedente. A Italcementi invoca a violação do direito de defesa alheio, para o que não tem legitimidade, com o objectivo de que seja reconhecido o seu. Mesmo que sejam certos os factos em que sustenta a argumentação, a sua veracidade não pode ter qualquer efeito na resolução da pretensão que invoca no presente recurso.

58. Acrescenta que a sua situação é a mesma, pois no acórdão identificam-se alguns documentos inacessíveis, pelo que não os utilizou na sua defesa durante o desenrolar do processo sancionatório. Em sua opinião, uma vez verificado este facto, o Tribunal de Primeira Instância devia ter declarado que se tinha produzido um vício de forma e anulado a decisão, sem necessidade de analisar aqueles documentos nem de investigar se, em qualquer caso, as infracções pelas quais tinha sido condenada estavam suficientemente demonstradas.

59. Por esta forma circular, a sociedade recorrente reproduz uma questão à qual já respondi: a de saber se o vício de forma deve conduzir, de modo automático, qualquer que seja a sua importância, à anulação da resolução que põe fim ao procedimento. Remeto, pois, para as considerações que expus no decurso do anterior ponto IV, 1, A, 1), a), e, em especial, para os pontos em que sustento que o Tribunal de Primeira Instância não se sobrepôs à Comissão, mas que exerceu irrepreensivelmente o seu poder jurisdicional ao examinar se o vício

de forma em que, indiscutivelmente, incorreu a referida instituição causou à Italcementi a impossibilidade de defesa que alega. Fazendo uso do seu poder jurisdicional, analisando os elementos de facto e os argumentos jurídicos apresentados pela recorrente, o Tribunal de Primeira Instância deu-lhe uma solução adequada e fundada no direito.

60. Além disso, o raciocínio da Italcementi confunde situações. Todas as suas alegações sobre o direito de defesa estão ligadas à impossibilidade de consultar e de se servir, na fase administrativa, de documentos que poderia ter utilizado como prova de defesa; no entanto, aqueles a que agora faz referência são elementos de acusação usados pela Comissão, os quais não teve oportunidade de examinar nem de contradizer antes de ter sido tomada a decisão [46]. Como parece óbvio, o critério de apreciação deve ser distinto num e noutro caso. Para demonstrar a incoerência do critério estabelecido no n.º 247 da acórdão recorrido sobre a falta de acesso às provas de defesa, não se pode utilizar os fundamentos expostos no próprio acórdão para dar resposta à impossibilidade de consultar as provas de acusação.

46 — V. os n.os 366, 376, 1111, 1112 e 2807 do acórdão.

61. A regra utilizada pelo juiz *a quo* é também coerente: os elementos de acusação que as empresas arguidas não puderam refutar na fase administrativa não devem ser utilizados contra elas; uma vez rejeitados, se não existe prova que demonstre a prática da infracção, a decisão tem de ser anulada, mas se a infracção estiver suficientemente demonstrada, o vício formal é irrelevante. Para justificar a justeza deste entendimento, remeto para o exposto sobre o carácter instrumental do direito de acesso ao processo administrativo e sobre a dimensão material do conceito jurídico de impossibilidade de defesa.

62. Por todo o exposto, há que julgar este fundamento — o primeiro — inadmissível e improcedente.

2) Quanto ao direito de defesa e à renúncia da Comissão às «acusações nacionais» (segundo fundamento)

63. A Italcementi divide este fundamento em dois, alegando, por um lado, que a circunstância de não ter tido oportunidade de argumentar face ao abandono das

acusações nacionais, antes de ser tomada a decisão sancionatória, lhe causou uma impossibilidade de defesa [47]; por outro, que existe contradição entre essa resolução de abandono e a decisão, tendo em conta que pune as condutas abrangidas nas acusações nacionais [48].

a) A impossibilidade de argumentar pela via administrativa face ao abandono das acusações nacionais

64. Esta alegação da Italcementi tem uma dimensão que é inadmissível. Se se ler a petição do recurso, verifica-se que uma boa parte dos argumentos apresentados pela recorrente se limitam a reproduzir as razões expostas na primeira instância, sem nenhuma crítica à resposta dada nos n.os 438 e seguintes do acórdão recorrido.

65. Também é infundada. O Tribunal de Primeira Instância declara que nunca causa impossibilidade de defesa uma decisão que, como a de abandonar uma acusação, é o objectivo dos destinatários da comunicação de acusações e, por definição, resulta em seu benefício [49].

66. Como excepção, é obrigatório dar aos afectados a oportunidade de se pronunciarem acerca do abandono da acusação, se apesar das aparências, não houver renúncia, mas sim uma modificação *in peius* das acusações.

67. Argumenta a Italcementi que, se tivesse tido a oportunidade de formular alegações quando lhe foi comunicada a renúncia às acusações nacionais, teria podido convencer a Comissão a não condenar o acordo sobre a Calcestruzzi como execução do pacto Cembureau [artigo 4.°, n.° 3, alínea b)].

68. No entanto, a solução não está nesta circunstância, a da possibilidade de convencer a Comissão, mas sim no momento em que a referida persuasão teria ocorrido. O abandono das acusações referentes aos mercados nacionais não acrescentou nem retirou nada sobre este ponto [50]. A imputação relativa ao acordo entre a recorrente, a Unicem e a Cementir para que a Calcestruzzi deixasse de importar cimento grego encontrava-se, desde o princípio, na parte

47 — Dedica a esta questão os n.os 113 a 120 da petição de recurso.

48 — N.os 121 a 129 da petição de recurso.

49 — V. o n.° 439 do acórdão, em que o Tribunal de Primeira Instância invoca o acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, Musique diffusion française/Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825), em cujo n.° 14 se reconhece a faculdade de a Comissão renunciar às acusações que imputa às empresas.

50 — V. o n.° 443 do acórdão.

internacional da comunicação de acusações [51] e estava reflectida na correspondente ao mercado italiano, na qual se fazia referência aos contratos de abastecimento celebrados com o referido fabricante de betão, de modo que a empresa recorrente sempre pôde alegar e expor sobre a mútua interdependência das duas acusações e a necessidade de que tivessem a mesma solução.

69. Quando a Comissão abandonou as acusações nacionais, a Italcementi já tinha tido oportunidade de destacar a suposta identidade de condutas imputadas em ambas as partes da comunicação de acusações. Neste contexto, faz todo o sentido a afirmação do Tribunal de Primeira Instância de que «os comentários que a recorrente podia ter feito sobre o abandono das acusações nacionais não teriam, claramente, levado a Comissão a abandonar a acusação internacional relativa ao acordo entre os produtores italianos de cimento» [52].

b) A alegada contradição entre o abandono das acusações nacionais e a decisão

70. A análise desta alegação exige uma apreciação das chamadas medidas de defesa do mercado italiano.

71. A decisão descreve duas infracções relacionadas com essas medidas e integradas no âmbito da European Task Force ou Cembureau Task Force.

72. A primeira, mais geral, punida no artigo 4.°, n.° 3, alínea a), consiste em práticas concertadas destinadas a subtrair a Calcestruzzi, naquele tempo o maior fabricante italiano de betão pronto, de cliente dos produtores gregos de cimento, em especial da Titan. Esta infracção foi imputada à Italcementi, à Unicem e à Cementer, assim como aos restantes componentes do mencionado pacto [53].

73. A segunda, mais específica, residia no acordo adoptado pelos três fabricantes italianos para que a Calcestruzzi deixasse de importar cimento procedente da Grécia. O seu objectivo foi fazer frente a uma ameaça de importação pela Calcestruzzi de 1,5 toneladas de cimento grego. Esta infracção, punida no artigo 4.°, n.° 3, alínea b), da decisão, foi unicamente imputada aos três produtores mencionados [54].

51 — V. as considerações que farei mais à frente sobre este aspecto.

52 — N.° 447 do acórdão recorrido.

53 — Sobre a existência desta infracção, v. os n.os 3138 e segs. do acórdão recorrido.

54 — Os fundamentos do Tribunal de Primeira Instância sobre a existência desta infracção encontram-se nos n.os 3345 e segs. do acórdão recorrido.

74. Na parte internacional da comunicação de acusações fazia-se referência a duas infracções relacionadas com as medidas de protecção do mercado italiano, adoptadas no âmbito da European Task Force ou da Cembureau Task Force. No n.º 61, alínea h), ponto iv)[55], dizia-se que «as pressões exercidas sobre a Calcestruzzi e a não execução por parte desta empresa do contrato de compra de cimento à Titan fazem parte das medidas dissuasivas da Task Force, *resultantes de práticas concertadas entre os produtores italianos Italcementi, Unicem e Cementir, e entre estes e os restantes participantes na 'Cembureau Task Force'*» [56], que tinham por objectivo retirar aos produtores gregos um cliente útil para facilitar a sua penetração no mercado italiano.

75. A acusação nacional correspondente à Itália dizia respeito aos contratos e convenções de abastecimento, assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987 pela Unicem, Italcementi, Cementir e Calcestruzzi. No âmbito destes contratos, criaram uma filial comum denominada Societá Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo Spa (SIPAC)[57]. Através desses acordos, os três produtores comprometeram-se a satisfazer todas as necessidades de cimento do grupo Calcestruzzi e a praticar as reduções de preços neles mencionados. Por seu lado, a Calcestruzzi obrigava-se a destinar metade das reduções de preços a essa filial comum, que deveria investir essas verbas em sociedades de betão pronto ou em actividades conexas, e a adquirir pelo menos 80% das suas necessidades de cimento à Italcementi, à Unicem e à Cementir ou a empresas por estas designadas. Os três produtores reservaram-se o direito de rescisão, se as compras da Calcestruzzi fossem inferiores a 95% das suas necessidades[58].

76. Ora, a Comissão considerou que esses contratos, que decidiu não submeter a juízo, foram assinados no âmbito do contrato celebrado entre os três fabricantes italianos de cimento, descrito no artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão.

77. Para a Italcementi existe uma contradição entre a resolução de abandonar as acusações nacionais e a de manter as relativas à conduta descrita no artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da decisão, porque não é certo, como refere o Tribunal de Primeira Instância, que, na parte internacional da comunicação de acusações, se fizesse referência ao acordo entre as três cimenteiras italianas.

78. Basta ler as frases que sublinhei mais acima para comprovar que a posição da Italcementi é errada. Na parte internacional

55 — Que, como reconhece a Italcementi, é reproduzido literalmente no n.º 55, alínea a), ponto 1, da decisão.

56 — O sublinhado é meu.

57 — V. os n.ºs 444 e 445 do acórdão recorrido.

58 — V. o n.º 27, ponto 6, da decisão e o n.º 3345 do acórdão recorrido.

da comunicação de acusações, citava-se o acordo entre as três cimenteiras assim como o acordo a que se chegou com os restantes produtores que fazem parte da Cembureau Task Force. É um facto que esta alusão se realiza no âmbito da conduta depois descrita no artigo 4.°, n.° 3, alínea a), da decisão, mas também é verdade que, nas considerações sobre o procedimento previsto na alínea b), se faz referência a um acordo entre a Italcementi, a Unicem e a Cementir, que não pode ser outro senão o referido no n.° 61, alínea h), ponto iv), da comunicação de acusações.

79. De qualquer modo, na segunda parte deste fundamento de recurso, há uma certa contradição com a postura adoptada para justificar a alegação feita na primeira. Na primeira, põe o acento nos estreitos vínculos existentes entre ambas as partes da comunicação de acusações; agora quer deixar a certeza de que esses laços não são tão íntimos e de que na parte internacional não se fazia referência a nenhum acordo entre os três produtores italianos. Se sobre a decisão de abandonar as acusações nacionais, cujo objecto eram os contratos celebrados com a Calcestruzzi, devia, na sua opinião, dar-se às partes a oportunidade de alegar para convencer a Comissão de que esse abandono obrigava a desistir da acusação depois descrita no artigo 4.°, n.° 3, alínea b), não consigo compreender por que insiste agora em que na parte internacional não se fazia referência a um acordo entre as três cimenteiras de que aqueles contratos seriam a consequência.

80. As explicações anteriores conduzem directamente à improcedência do segundo fundamento do recurso do acórdão interposto pela Italcementi.

B. Fundamentos quanto ao mérito. O acordo «referente aos contratos e convenções assinados» com a Calcestruzzi (terceiro fundamento) O princípio *ne bis in idem*

81. Para obter a revogação do acórdão recorrido e a consequente anulação da decisão punitiva da Comissão, a Italcementi invoca um único fundamento quanto ao mérito, no qual discute a apreciação do Tribunal de Primeira Instância sobre o acordo relativo aos contratos que assinou em 1987 com a Calcestruzzi e, mais em especial, a sua consideração como acto de execução do acordo Cembureau.

82. A Italcementi explica que, para o Tribunal de Primeira Instância, o propósito da imputação contida no artigo 4.°, n.° 3, alínea b), da decisão era o pacto celebrado pelos três fabricantes italianos para evitar que a Calcestruzzi importasse cimento grego, finalidade que, através das actividades desenvolvidas pela European Task Force, a relaciona com o acordo Cembureau.

83. Na sua opinião, a sanção pela conduta que se descreve no mencionado artigo da decisão contradiz essas premissas pelas três seguintes razões:

1.°) a assinatura e a execução dos contratos com a Calcestruzzi eram alheias ao princípio «cada um em sua casa», que foi cumprido com a ruptura das relações desta empresa com a empresa grega Titan; e mais, os referidos contratos marcam o fim do acto ilegal referido no artigo 4.°, n.° 3, alínea b), da decisão;

2.°) Na realidade, contrariamente ao que se diz na decisão e no acórdão, a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância não censuraram o pacto entre as três cimenteiras italianas, mas sim os contratos com a Calcestruzzi, declaração que é incompatível com o abandono das acusações nacionais e inconciliável com qualquer resolução da Autorità Garante della Concorrenza e del *Mercato*; e

3.°) considerar os contratos com a Calcestruzzi como aplicação do acordo Cembureau provoca um resultado aberrante: entre 1989 e 1992, as únicas participantes no referido acordo são as três empresas italianas; pode-se falar, então, de pacto «ultranacional»?

84. Como se pode verificar, a contradição alegada, que no anterior fundamento era formal, alcança agora uma dimensão material.

85. A resposta a esta alegação tem de ser dada a partir dos factos do litígio, tal como expressamente aparecem nos n.^{os} 3345 e seguintes do acórdão recorrido.

86. Estes factos só admitem duas interpretações jurídicas, consoante se considere que o acordo punido no artigo 4.°, n.° 3, alínea b), da decisão e os contratos assinados em Abril de 1987, pela Italcementi, a Unicem a Cementir e a Calcestruzzi, são comportamentos diferentes ou constituem a mesma prática. Seria de rejeitar a utilização indistinta das duas apreciações em função do contexto ou do argumento a que se tenha de responder.

87. Se se seguir a segunda possibilidade, aparece o princípio *ne bis in idem*, na medida em que a mesma conduta teria sido punida duas vezes; uma pela Comissão e a outra pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [59].

59 — Decisão de 6 de Março de 1996. Processo I.123, Bolletino 10/1996, p. 7.

88. O referido princípio [60] impede que, para proteger bens jurídicos idênticos e devido a uma mesma conduta ilícita, uma pessoa seja submetida a mais de um processo punitivo, pois esta duplicação de procedimentos e de sanções implica uma reiteração inadmissível no exercício do *ius puniendi* [61].

89. Em consequência, o referido princípio exige a coexistência de três factores para operar. Coincidência dos factos, um só infractor e um único bem jurídico protegido [62].

90. A existência de identidade subjectiva é indiscutível.

91. A unidade do bem jurídico protegido também está fora de dúvida. No ordenamento para a garantia da livre concorrência, não se pode falar, no seio da União Europeia, de âmbitos diferentes, o comunitário e os nacionais, como se de compartimentos estanques se tratasse. Ambos os sectores se orientam pela tutela de uma concorrência livre e aberta no mercado comum, um, contemplando-o na sua integridade, o outro, a partir dos seus diferentes componentes, mas a essência é a mesma. Os direitos nacionais devem fazer, neste ponto, uma adequada transposição das disposições contidas nos artigos 81.° CE e 82.° CE e, na sua aplicação, no direito derivado.

92. Se se lerem os artigos 2.° [63] e 3.° da Lei italianna n.° 287/1990, de 10 de Outubro, para a protecção da concorrência e do mercado [64], observa-se que é uma transcrição quase literal dos artigos 81.° CE e 82.° CE, com a única diferença de que aqui se fala de «mercado comum» e, na lei italiana, lê-se «mercado nacional», mas esta diferença, como direi mais adiante, é adjectiva e não tem carácter essencial.

93. As autoridades comunitárias e as nacionais estão implicadas em idêntica

60 — Sobre o princípio *ne bis in idem*, podem consultar-se as conclusões que apresentei em 19 de Setembro de 2001, nos processos C-187/01, Gözütok, e C-385/01, Brügge, nos quais ainda não foi proferido acórdão.

61 — A eventualidade de que sobre um mesmo facto confluam os órgãos jurisdicionais nacionais competentes e a Comissão foi já contemplada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, Wilhelm (14/68, Colect. 1969-1970, p. 1), no qual afirmou que a aplicação paralela do sistema nacional não pode menosprezar a aplicação uniforme, em todo o mercado comum, das normas comunitárias em matéria de práticas colusórias e do pleno efeito dos actos adoptados para a execução das referidas normas (n.° 1 da parte dispositiva). Actualmente, a existência de competências partilhadas é um facto assumido [v. a Comunicação relativa à cooperação entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais nacionais para a aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE (JO 1993, C 39, p. 6)]; também o é o facto de que, quando se produz uma duplicidade de intervenções sobre uma mesma prática ou acordo anticoncorrencial, deve prevalecer a decisão comunitária [v. os acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935), e de 14 de Dezembro de 2000, Masterfoods e HB (C-344/98, Colect., p. I-11369)].

62 — No acórdão de 18 de Novembro de 1987, Maizena (137/85, Colect., p. 4587), o Tribunal de Justiça negou a existência de violação do princípio *ne bis in idem*, porque as duas cauções exigidas a uma mesma pessoa em função dos mesmos factos não tinham a mesma finalidade (n.os 22 e 23).

63 — Na decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, já referida, a Italcementi foi punida como autora de infracções a essa disposição.

64 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, n.° 240, de 13 de Outubro de 1990.

tarefa e, quando reprimem condutas restritivas da concorrência, tentam proteger um único bem jurídico. Existe uma autêntica concorrência de competências sobre um âmbito material idêntico com o fim de alcançar objectivos idênticos, cuja repartição foi traçada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos que referi na nota 60 destas conclusões.

94. No acórdão Wilhelm, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que «enquanto o artigo 85.° do Tratado CE os considera sob o ângulo dos obstáculos que deles podem resultar para o comércio entre os Estados-Membros, as legislações internas, inspiradas em considerações próprias de cada uma delas, consideram os acordos apenas nesse quadro» [65]. Quando assim se expressava, estava a referir-se a essa dupla perspectiva, uma global e a outra territorialmente limitada, à qual fiz referência mais acima. Neste último aspecto, quando a actividade concertada não ultrapassa as fronteiras de um Estado-Membro, mesmo assim não deixa de afectar «a concorrência no mercado comum» [66]. O critério da extensão territorial da conduta restritiva não é essencial, mas sim adjectivo, na medida em que não afecta a natureza da infracção, mas só a sua intensidade.

95. Se coexistirem os três referidos factores, quando uma conduta contrária ao artigo 81.° CE foi combatida e punida pela Comissão, não pode depois ser reprimida pela autoridade nacional competente em matéria de defesa da concorrência e vice-versa [67].

96. A solução de a segunda autoridade interveniente diminuir a sanção em razão do montante da coima aplicada por quem primeiro reprimiu, que foi adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Wilhelm, não preenche as exigências do princípio *ne bis in idem*. Este princípio não é uma regra de procedimento que funcione como um lenitivo ao serviço da proporcionalidade, quando uma pessoa é duplamente julgada e punida por uma mesma conduta, mas sim uma garantia fundamental dos cidadãos [68].

97. Na realidade, o mencionado acórdão do Tribunal de Justiça não aplicou o referido princípio [69], porque se tratava de «dois processos paralelos que prosseguem fins distintos» [70], ou seja, nos quais se

65 — N.° 3.

66 — Artigo 85.° do Tratado CE (actual artigo 81.° CE).

67 — Sobre a sanção de um mesmo facto por dois ordenamentos jurídicos diferentes, v. as considerações que tecí nos n.os 52 e segs. das conclusões que apresentei nos processos Gözütok e Brügge, já referidos.

68 — V. o artigo 4.° do Protocolo n.° 7 da Convenção de Roma e o artigo 50.° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

69 — V. Pralus, M.: «Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem: non bis*», in *Revue de science criminelle*, Julho-Setembro de 1996, pp. 553 a 574, em especial p. 558.

70 — N.° 11.

protegiam bens ou valores jurídicos diferentes [71]. Não havia identidade do objectivo protegido que exige a aplicação da regra *ne bis inidem*. Deste acórdão se conclui que, para a jurisprudência comunitária, incluindo quando não é aplicável o mencionado princípio e a dupla punição é legítima, «uma exigência geral de equidade [...] implica que sejam tomadas em conta todas as decisões condenatórias anteriores na determinação de uma eventual sanção» [72].

98. No entanto, falta o terceiro dos factores exigidos, o que se refere aos factos [73].

99. O n.º 3386 do acórdão recorrido precisa que a decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato fazia referência aos contratos de abastecimento e às convenções de cooperação subscritos pelos três produtores italianos (Unicem, Cementer e Italcementi) com a Calcestruzzi, enquanto a intervenção das autoridades comunitárias teve por objecto o acordo celebrado entre os referidos fabricantes de cimento para que a Calcestruzi deixasse de importar cimento procedente da Grécia.

100. A Italcementi põe em dúvida a afirmação do Tribunal de Primeira Instância acima referida, mas não a discute pelo meio processual adequado ao colocá-la em sede de recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, no qual não se pode rever a apreciação de facto feita em primeira instância.

101. Em definitivo, houve um acordo entre os três produtores italianos de cimento, cujo objectivo era evitar que a Calcestruzzi continuasse a importar cimento grego, em especial, mediante a execução do contrato que tinha subscrito em 1986 com a Titan. Este pacto, que se caracterizava pelo propósito comum da European Task Force de eliminar as importações de cimento na Europa Ocidental, necessitava de um complemento que, aliás, era o seu último objectivo. Se se tratasse de a Calcestruzzi deixar de importar cimento procedente da Grécia, passando a adquiri-lo aos fabricantes italianos, ficando cumprida, desta forma, a regra «cada um em sua casa», inerente ao princípio Cembureau, era imprescindível regulamentar o abastecimento de cimento ao referido produtor italiano de betão, sendo esse o objectivo dos contratos e das convenções assinados nos dias 3 e 15 de Abril de 1987.

102. Como pode verificar-se, não é verdade que esses contratos foram alheios ao mencionado princípio e nada de aberrante há na circunstância de, a partir de 1989 e até 3 de Abril de 1992, unicamente as três empresas italianas de cimento continuarem a aplicar o acordo Cembureau.

71 — Discordo desta posição, pois, como assinalei mais acima, as autoridades nacionais e a Comissão protegem idênticos valores quando condenam a mesma conduta, aplicando o direito da concorrência, seja nacional ou comunitário.

72 — N.º 11.

73 — No acórdão de 14 de Dezembro de 1972, Boehringer Mannheim/Comissão (7/72, Colect., p. 447), o Tribunal de Justiça negou a existência de vulneração do princípio *ne bis in idem*, porque «os factos que estão na origem das duas sanções, embora derivem de um mesmo conjunto de acordos, distinguem-se, porém, no essencial, relativamente ao seu objecto e à sua localização territorial» (n.º 4).

103. Com efeito, a duração da infracção punida no artigo 4.°, n.° 3, alínea b), da decisão foi fixada tendo por referência o prazo de vigência dos contratos e das convenções assinados com a Calcestruzzi. Uma vez demonstrado que a Unicem, a Italcementi e a Cementir tinham acordado evitar a importação de cimento grego pela Calcestruzzi, tendo com esse objectivo assinado com essa sociedade os contratos de abastecimento, não é contraditório nem alheio à lógica que a duração da infracção seja fixada por referência à vigência dessas convenções, que são a sua expressão externa. Este é o sentido que têm os n.^{os} 3396, 4340 e outros com estes concordantes do acórdão recorrido.

104. E numa informação como a anterior não há discordância alguma com o raciocínio do n.° 4278 do acórdão recorrido. O acordo Cembureau, de respeito dos mercados nacionais, foi um pacto global contrário à concorrência, aplicado pela maioria dos produtores comunitários de cimento. Todas as empresas condenadas intervieram na sua adopção e na sua realização ou numa das duas condutas, fazendo-o com medidas mais ou menos duradouras. A circunstância de os três produtores italianos o terem mantido até 3 de Abril de 1992, quando os restantes fabricantes tinham deixado de o aplicar, só indica que o prolongaram mais do que as outras empresas.

2. Fundamentos que têm por objectivo a anulação ou a redução da coima

105. A Italcementi dirige a segunda parte do seu recurso, composto por seis fundamentos, contra o acórdão recorrido, por não ter anulado nem reduzido a coima que lhe foi aplicada pela Comissão. Três desses fundamentos (o quarto, o quinto e o sexto), que alegava para obter a anulação total da sanção, foram rejeitados no despacho de 5 de Junho passado, por manifestamente improcedentes. Ficam por examinar os outros três que, utilizados com carácter subsidiário, têm como objectivo a diminuição da sanção.

A. A intangibilidade da coima apesar da anulação parcial da decisão (sétimo fundamento)

106. A Italcementi lamenta que a anulação dos artigos 2.° e 5.° da decisão não tenha tido reflexos no montante da coima que lhe foi aplicada. Sustenta que esta circunstância infringe o artigo 15.° do Regulamento n.° 17 e viola os princípios da proporcionalidade e da não discriminação.

107. Tendo em conta a estrutura da decisão e o fundamento da decisão de punição [74], devo sublinhar que a alegação da Italcementi parte de uma premissa parcialmente errada. Quando lamenta que a anulação dos n.os 1 e 2 do artigo 2.° da decisão não teve qualquer reflexo na sanção equivoca-se simplesmente.

108. O Tribunal de Primeira Instância anulou ambos os preceitos porque imputavam à empresa demandante o facto de ter colaborado, antes de 19 de Março de 1984, nas infracções que descreviam. Esta decisão conduziu à anulação do artigo 1.° relativamente à sua intervenção no acordo Cembureau a partir de 14 de Janeiro de 1983 [75] e, dado que a sanção foi imposta em função da duração da participação de cada empresa no acordo, à redução proporcional do seu montante. Assim, não é verdade que a anulação do artigo 2.°, no que diz respeito à Italcementi, não tenha tido reflexos no montante da coima aplicada.

109. A alegação é verdadeira relativamente ao artigo 5.°, mas a sua exposição evidencia que a sociedade recorrente não entendeu a estrutura nem o fundamento da sanção que lhe foi imposta. No que diz respeito ao cimento cinzento, em relação ao qual a Italcementi reclama, refere que a Comissão puniu uma única conduta, a de participar no acordo Cembureau, descrito no artigo 1.° da decisão. Os comportamentos referidos nos artigos 2.° e 6.° são medidas de aplicação do referido acordo que não são condenadas separadamente.

110. Cada sociedade foi punida com uma coima, em função da intensidade da sua participação no pacto. Para o efeito, a Comissão distinguiu dois grupos de empresas e associações: por um lado, as que participaram no acordo Cembureau e, por outro, o resto das empresas, com uma intervenção menos decisiva e de menor gravidade [76].

111. Dentro da primeira categoria, a Comissão distinguiu três subgrupos: 1) o constituído pelas empresas e associações que participaram directamente, enquanto membros da Cembureau, na aprovação do acordo de respeito dos mercados nacionais bem como nas medidas de protecção directa desses mercados, grupo em que incluiu a Italcementi; 2) um segundo subgrupo formado pelas empresas que assumiram, através dos seus mais altos dirigentes, a função de chefes de delegação junto da Cembu-

74 — V. as considerações que, sobre o caso em apreço, fiz nos n.os 83 a 93 das conclusões que apresentei nesta mesma data no processo C-204/00 P, Aalborg/Comissão.

75 — V. o n.° 4381 do acórdão.

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

reau, quer na altura em que o acordo ou princípio de respeito dos mercados nacionais foi concluído quer durante o período da sua execução; e 3) o último, composto pelas sociedades que intervieram em medidas de aplicação do acordo destinadas a proteger os mercados nacionais [77].

112. Na segunda categoria, também distinguiu três tipos de responsáveis: 1) as empresas que apenas participaram nas medidas de aplicação do acordo, destinadas a canalizar para países terceiros a produção excedentária; 2) as que, não obstante terem participado nas medidas destinadas a proteger directamente os mercados nacionais, tentaram eximir-se da execução do acordo Cembureau; e 3) a sociedade Ciments luxembourgeois que, apesar de ser membro directo da associação e de ter participado nas reuniões dos chefes de delegação durante as quais o acordo ou princípio Cembureau foi concluído, não chegou a aplicar qualquer medida de execução [78].

113. A Comissão aplicou às empresas e associações pertencentes à primeira categoria sanções no valor de 4% dos respectivos volumes de negócios no mercado do cimento cinzento em 1992. As referidas na segunda categoria foram punidas com uma coima de 2,8% do mesmo parâmetro [79].

114. Não há, pois, que apreciar qualquer violação do artigo 15.° do Regulamento n.° 17 nem dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, pelo facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter reduzido a coima aplicada à Italcementi depois de declarar que a conduta descrita no artigo 5.° da decisão não constituía uma infracção ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

115. A anulação do artigo 5.° da decisão não diminui a gravidade da sua conduta nem reduz o tempo durante o qual decorreu, critérios que, conforme o disposto no artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, devem ser tomados em consideração para se fixar o montante da coima. Por conseguinte, a referida anulação não tinha que se reflectir na sanção mediante uma diminuição do seu montante. Tal como o Tribunal de Primeira Instância sublinhou no acórdão, «o número de infracções individuais cometidas por uma dada empresa no âmbito do acordo Cembureau não constitui [...] um critério relevante de avaliação do seu grau de responsabilidade no referido acordo» [80].

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

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

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

80 — N.° 4966.

116. Em face do exposto, há que julgar improcedente este fundamento.

B. Fundamentação insuficiente sobre a gravidade da infracção imputada à Italcementi (oitavo fundamento)

117. A Italcementi alegou em primeira instância que a decisão estava insuficientemente fundamentada no que diz respeito à gravidade da infracção imputada a cada empresa. Em especial, referiu o seu papel marginal e passivo no pacto. Neste recurso, entende que o Tribunal de Primeira Instância cometeu o mesmo erro. O acórdão é pouco exaustivo, não pondera os diferentes níveis de responsabilidade das empresas no comportamento ilícito e não explica a razão de a sua conduta ter sido sempre grave, quando, em sua opinião, teve momentos de maior compromisso com o acordo e outras em que os vínculos foram menores.

118. A alegação de falta de ou a insuficiência de fundamentação é reiterada em quase todos os recursos de acórdãos do Tribunal de Primeira Instância. A verdade é que o acórdão recorrido poderia ser qualificado de extenso, confuso ou enfadonho, mas nunca de pouco fundamentado. A resposta que a recorrente considera em falta encontra-se no acórdão. No n.° 4944 faz-se referência às alegações que apresentou sobre esse aspecto e nos n.os 4964 e seguintes, em resposta aos argumentos de todas as partes, são dadas as razões acerca da correcção jurídica do critério seguido pela Comissão.

119. Julgo ser necessário lembrar que a fundamentação exigível às instituições comunitárias [81] e, mais em particular, às decisões adoptadas pelos seus órgãos jurisdicionais não impõe um discurso que siga à letra todos os raciocínios das partes no litígio, sendo suficiente a fundamentação que permita aos interessados conhecer as razões da decisão e que permita ao órgão jurisdicional competente dispor dos elementos de apreciação necessários para poder exercer o seu poder de fiscalização [82]. As fundamentações implícitas da decisão judicial são também legítimas, já que cumprem as finalidades prosseguidas por esta garantia de exercício racional do poder.

120. Na realidade, na alegação da Italcementi, não é tanto a deficiente explicação das origens do erro judicial que é denunciada, mas a discrepância com os critérios aplicados pela Comissão para graduar as

81 — V. artigo 253.° CE.

82 — V., entre os mais recentes, os acórdãos de 19 de Outubro de 2000, Itália e Sardegna Lines/Comissão (C-15/98 e C-105/99, Colect., p. I-8855, n.° 65), e de 25 de Outubro de 2001, Itália/Conselho (C-120/99, Colect., p. I-7997, n.° 28).

coimas, que foram confirmados pelo Tribunal de Primeira Instância. Na sua opinião, não foi tomado em consideração o princípio da proporcionalidade ao negligenciar a intensidade da participação de cada empresa no acordo.

121. Esta alegação não tem fundamento.

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

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

124. O Tribunal de Justiça declarou que a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos tais como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, acrescentando que não existe uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios [83].

125. Creio que existem três critérios centrais para essa apreciação: a natureza da infracção, o impacto na concorrência e a delimitação geográfica do mercado afectado; cada um analisado numa dimensão objectiva, a da própria infracção, e noutra subjectiva, a da empresa responsável [84].

126. É desse modo que deve ser apreciado o conteúdo das condutas anticoncorrenciais, a extensão do mercado sobre o qual incidem e, muito em especial, o prejuízo sofrido pela ordem pública económica, para o que não são despiciendos os dados como a duração da prática proibida, o carácter do mercado em causa, o número e a intensi-

83 — V. os acórdãos Musique diffusion française e o./Comissão, referido na nota 49, *supra*, n.° 120, e de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-215/95 P, Colect., p. I-4411, n.° 33); v. também o despacho de 25 de Março de 1996, SPO e o./Comissão (C-137/95 P, Colect., p. I-1611, n.° 54).

84 — David, E., afirma, *in* «La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?» *Revue trimestrielle de droit européen*, n.° 36(3), Julho-Setembro de 2000, pp. 511 a 545, que «la gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise» (p. 522).

dade das medidas de aplicação levadas a cabo.

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

128. A exigência de que a sanção seja proporcional à infracção tem como consequência que, quando uma infracção tiver sido cometida por várias pessoas [85], se deva analisar, utilizando os parâmetros referidos, a gravidade relativa da participação de cada uma [86]. É um imperativo do princípio da igualdade, que exige que a coima seja idêntica para todas as empresas na mesma situação e impede que as que se encontram em situação diferente sejam punidas com sanções semelhantes.

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

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

131. Nada existe de irregular nesta forma de proceder, uma vez que, como já referi, a gravidade de uma infracção pode ser apreciada tendo em conta a lesão que as condutas causaram na ordem pública económica. Tal como refere o Tribunal de Primeira Instância no n.º 4966 do acórdão recorrido, cada uma das empresas que participaram no acordo Cembureau «procurou garantir o respeito dos mercados internos através das medidas que considerou necessárias em função, nomeadamente, dos seus interesses comerciais e da situação geográfica do seu mercado natural. O facto

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

86 — V. os acórdãos 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 623, e Hercules Chemicals/Comissão, já referido, n.º 110.

de ter tomado parte, tendo em conta estes elementos, num número limitado de medidas ilícitas não traduz, assim, uma adesão menos forte ao acordo Cembureau e, portanto, uma responsabilidade menos grave». Relativamente ao prejuízo para a concorrência, a sua situação era a mesma.

132. As razões expostas pela Comissão, que o Tribunal de Primeira Instância aceitou [87], para distinguir as duas categorias de empresas correspondem a um critério objectivo e razoável, como o do efeito das condutas na concorrência e, em particular, na compartimentação dos mercados nacionais. Deste modo, os comportamentos descritos nos artigos 2.°, 3.° e 4.° da decisão, na medida em que prosseguiam a protecção directa dos referidos mercados, foram considerados mais graves, enquanto os descritos nos artigos 5.° e 6.°, com «efeitos menos directos» [88], podiam ser qualificados como menos graves.

133. Consequentemente, há que julgar improcedente este fundamento.

134. O argumento é também inadmissível na medida em que, com a sua articulação, a Italcementi entra num campo vedado ao recurso de acórdãos do Tribunal de Primeira Instância. Com efeito, quando afirma que os juízes de primeira instância não distinguiram as épocas em que a sua adesão ao acordo foi menos forte do que aquelas em que esteve mais implicada, propõe uma nova leitura dos factos do litígio na qual o Tribunal de Justiça não pode entrar [89].

C. Apreciação errada quanto à duração da infracção imputada à Italcementi (nono fundamento)

135. Este último fundamento carece de conteúdo substantivo próprio. É um epígono dos segundo e terceiro fundamentos. A Italcementi pede que, na medida em que qualquer dos dois [90] for procedente, o Tribunal de Justiça anule o acórdão recorrido na medida em que estende a sua participação no pacto Cembureau até 3 de Abril de 1992 e, em todo o caso, para além de 31 de Dezembro de 1988. Pede, também, que o Tribunal de Justiça, no pleno exercício do poder jurisdicional que lhe atribui o Tratado e o Regulamento de Processo, decida definitivamente o caso em apreço e reduza o montante da coima que lhe foi aplicada.

87 — V. n.° 65, ponto 9, da decisão e n.° 4968 do acórdão.
88 — N.° 4968, *in fine*, do acórdão recorrido.
89 — V. as considerações que teci no n.° 46 destas conclusões.
90 — Que afectam o artigo 4.°, n.° 3, alínea b), da decisão.

136. A improcedência dos dois fundamentos de que é corolário leva, sem necessidade de mais explicações, à rejeição desta alegação.

137. A improcedência de todos os fundamentos que foram admitidos conduz à total negação de provimento ao presente recurso.

V — As despesas

138. Tendo em conta o pedido da Comissão, a Italcementi deve ser condenada nas despesas resultantes do presente recurso, nos termos do disposto no artigo 122.°, primeiro parágrafo, conjugado com o artigo 69.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

VI — Conclusão

139. De acordo com as considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que:

1) Julgue improcedentes na totalidade os fundamentos do recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância interposto pela Italcementi SpA, que não foram rejeitados no despacho de 5 de Junho de 2002.

2) Confirme o acórdão recorrido no que respeita à referida empresa.

3) Condene a sociedade recorrente no pagamento das despesas resultantes do presente recurso.