CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 30 de Abril de 2009 [1]

I — Antecedentes, processo e pedidos das partes

1. Através da decisão C(2004) 4221 final, de 26 de Outubro de 2004, sobre um procedimento de aplicação do artigo 81.º [CE] (processo COMP/F-1/38.338 — PO/ /Agulhas) (a seguir a «decisão controvertida»), a Comissão das Comunidades Europeias deliberou, no artigo primeiro da referida decisão, que William Prym GmbH & Co. KG e Prym Consumer GmbH & CO KG infringiram o artigo 81.º, n.º 1, CE, ao participarem numa série de acordos, procedendo ou contribuindo, por um lado, para a repartição dos mercados de produtos, segmentando o mercado europeu dos produtos de retrosaria duros, e, por outro lado, dos mercados geográficos, segmentando o mercado europeu das agulhas, juntamente com duas empresas britânicas e as respectivas filiais, nomeadamente, por um lado, a Coats Holdings Ltd e a J&P Coats Ltd (a seguir «grupo Coats») e, por outro lado, a Entaco Group Ltd e a Entaco Ltd (a seguir, em conjunto, «grupo Entaco»).

2. No artigo segundo da decisão controvertida, a Comissão aplicou uma coima de 30 milhões de euros às recorrentes.

3. Na decisão controvertida, a Comissão fixou essa coima em função da gravidade e da duração da infracção, ou seja, os dois critérios previstos tanto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de aplicação dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado [2], conforme alterado (a seguir «Regulamento n.º 17»), como no artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado [3]. Para calcular o montante da coima aplicada às recorrentes na decisão controvertida, a Comissão seguiu igualmente, sem que, no entanto, o tenha expressamente referido, o método exposto nas orientações de 1998 para o cálculo das coimas aplicadas em execução do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e do artigo 65.º, n.º 5, do Tratado CECA [4] (a «seguir» «orientações»).

4. Assim, no que diz respeito à gravidade da infracção, analisada nos n.os 317 a 321 dos motivos da decisão controvertida, a Comissão tomou em consideração a natureza da infracção, o seu «impacto real no mercado» e ainda a dimensão do mercado geográfico em causa. Baseando-se nesses factores, a

1 — Língua original: francês.

2 — JO 1962, 13, p. 204 (EE 08 F1 p. 22).
3 — JO 2003, L 1, p. 1.
4 — JO C 9, p. 3.

Comissão concluiu que as empresas que participaram na prática concertada tinham cometido uma infracção «muito grave», levando-a a determinar o valor de partida da coima em 20 milhões de euros.

5. No que diz respeito à duração da infracção, a Comissão constatou que esta se estendeu por um período de pelo menos cinco anos e três meses, isto é, de 10 de Setembro de 1994 a 31 de Dezembro de 1999. Consequentemente, a Comissão aumentou o montante de partida em 50% para tomar em consideração a duração da infracção. A Comissão fixou assim o montante de base da coima aplicada às recorrentes em 30 milhões de euros.

6. Além disso, no n.º 331 dos motivos da decisão controvertida, a Comissão recusou às recorrentes o benefício das circunstâncias atenuantes, sublinhando que a cessação antecipada do acordo ilícito não resultava de uma intervenção sua e que já tinha tomado em consideração essa cessação antecipada aquando do estabelecimento da duração da infracção.

7. Além disso, a Comissão considerou que só o grupo Entaco cumprira as condições enunciadas no ponto B da comunicação da Comissão, de 18 de Julho de 1996, sobre a não aplicação ou a redução do montante das coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas [5] (a seguir «comunicação sobre a cooperação»). O montante total da coima aplicada às recorrentes pela decisão controvertida elevou-se assim a 30 milhões de euros.

8. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias em 28 de Janeiro de 2005, as recorrentes pediram, a título principal, a anulação da decisão controvertida na medida em que esta lhes dizia respeito e, a título subsidiário, a anulação ou a redução da coima na qual foram solidariamente condenadas.

9. No seu acórdão de 12 de Setembro de 2007 (a seguir «acórdão recorrido») [6], o Tribunal de Primeira Instância concedeu provimento parcial ao recurso, na parte relativa a redução da coima, ao constatar que foi erradamente recusado às recorrentes o benefício do ponto D, segundo parágrafo, da comunicação sobre a cooperação por não terem contestado os factos constantes da comunicação das acusações enviada pela Comissão no dia 15 de Março de 2004. Consequentemente, o Tribunal de Primeira Instância reduziu, no quadro da sua competência de plena jurisdição, na acepção do artigo 229.º CE, o montante da coima aplicada às recorrentes para 27 milhões de euros. O Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso em relação ao demais. No quadro da decisão sobre as despesas, o Tribunal condenou as recorrentes a suportar

5 — JO C 207, p. 4.
6 — Acórdão de 12 de Setembro de 2007, Prym e Prym Consumer/Comissão (T-30/05, Colect., p. II-107).

90% das suas próprias despesas e 90% das despesas da Comissão, suportando esta a parte remanescente.

II — Análise jurídica

A — *Observações preliminares*

10. Por petição apresentada na secretaria do Tribunal de Justiça em 30 de Novembro de 2007, as recorrentes interpuseram um recurso contra o acórdão recorrido pedindo ao Tribunal de Justiça, a título principal, que anulasse o referido acórdão na medida em que é desfavorável às recorrentes e anulasse a decisão controvertida na medida em que lhes diz respeito. A título subsidiário, as recorrentes pediram a supressão ou a redução da coima que lhes foi aplicada no artigo 2.º da decisão controvertida e a remessa do processo para o Tribunal de Primeira Instância para que este decida. Pedem igualmente que a Comissão seja condenada na totalidade das despesas.

11. Na sua resposta, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e que condene as recorrentes nas despesas.

12. As partes apresentaram as suas alegações orais na audiência do dia 5 de Março de 2009.

13. As recorrentes apresentam cinco fundamentos em apoio do seu recurso. Os dois primeiros, relativos, respectivamente, à violação dos direitos de defesa e à denegação de justiça, sustentam o pedido de anulação (total) do acórdão recorrido. Os outros três fundamentos, como explicarei mais em detalhe em seguida, dizem todos respeito unicamente à determinação do montante da coima que foi aplicada às recorrentes a título subsidiário, só podendo, assim, se todos ou algum deles for julgado procedente, conduzir à anulação parcial do acórdão recorrido e, se for esse o caso, à substituição do acórdão recorrido, caso o Tribunal de Justiça entenda, nos termos do primeiro parágrafo do artigo 61-.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, que o litígio está em condições de ser julgado.

14. Refiro desde já que não me parece que nenhum dos argumentos apresentados pelas recorrentes em apoio do seu recurso deva conduzir à anulação, mesmo parcial, do acórdão recorrido, ainda que, em certos aspectos, a fundamentação daquele não esteja isenta de críticas, como destacarei em seguida.

B — *Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa, nomeadamente o direito de ser ouvido*

1. Considerações do Tribunal de Primeira Instância

15. As recorrentes defenderam, perante o Tribunal de Primeira Instância, que a Comissão, ao dividir o procedimento inicial único, chamado de «artigos de retrosaria metálicos», em dois procedimentos distintos, a saber, por um lado, o dito dos «artigos de retrosaria metálicos: agulhas» (a seguir «procedimento 'agulhas'»), processo que terminou com a decisão controvertida, e, por outro lado, o dito dos «artigos de retrosaria metálicos: fechos» (a seguir «procedimento 'fechos'»), violou o seu direito de serem ouvidas. As recorrentes afirmam que, se a Comissão tivesse respeitado o seu direito de serem ouvidas, teriam realçado que o montante da coima aplicada devia ser determinado no quadro de uma apreciação global, devido à ligação existente entre o procedimento «agulhas» e o procedimento «fechos». Ora, as recorrentes sublinharam que a Comissão não teve em consideração o processo «fechos» no âmbito da decisão controvertida, o que resultou que a coima aplicada às recorrentes nesta decisão seja muito mais elevada (cerca de 8.9% do volume de negócios global mundial das recorrentes) do que seria se os dois processos tivessem sido examinados em conjunto.

16. O Tribunal de Primeira Instância rejeitou a essa argumentação. Constatou, em primeiro lugar, no n.º 61 do acórdão recorrido, que a comunicação das acusações transmitida às recorrentes a 15 de Março de 2004 continha o título inequívoco de «comunicação das acusações no procedimento PO/artigos de retrosaria: agulhas» e que, à partida, as recorrentes conheciam, pelo menos desde essa data, que a Comissão tinha instaurado um procedimento distinto em relação ao mercado das agulhas. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, as recorrentes estavam assim em condições de apresentar, na sua resposta à referida comunicação das acusações, a sua defesa contra a separação dos procedimentos.

17. Nos n.os 63 a 66 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância acrescentou o seguinte:

«63 Tratando-se de argumentos referentes ao limite máximo de 10% e à pretensa obrigação da Comissão Europeia realizar uma «apreciação global» dos procedimentos agulhas e fechos, cabe sublinhar que o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, apenas dispõe que a coima aplicada a cada um dos participantes na infracção não deve exceder 10% do respectivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente. Esta disposição não se refere à soma das diversas coimas aplicadas a uma empresa. Se as recorrentes cometeram efectivamente infracções distintas, o facto de as infracções serem aplicadas em diversas decisões ou numa única decisão não tem importância. Assim, a única questão que se coloca é de saber se se trata efectivamente de infracções distintas ou não.

64 Neste contexto, a direito da Comissão de associar ou dissociar os procedimentos por razões objectivas foi reconhecido, implicitamente, no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Junho de 2005, Tokai Carbon e o./Comissão (T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, […], a seguir «acórdão Tokai II»). No n.º 118 desse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância constatou que a Comissão podia aplicar à SGL Carbon, uma das recorrentes nesses processos, três coimas distintas (em duas decisões), respeitando cada uma os limites fixados pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, sob condição de a SGL Carbon ter cometido três infracções distintas ao disposto no artigo 81.º, n.º 1, CE.

65 No caso em apreço, a situação não é inteiramente comparável àquela que esteva na origem do acórdão Tokai II, já referido no n.º 64 *supra*, porquanto os procedimentos agulhas e fechos, segundo as recorrentes, são idênticos quanto à sua origem, quanto aos mercados relevantes, quanto ao período coberto pela infracção e quanto às empresas envolvidas. De facto, as recorrentes assinalam que a definição de mercado que figura na comunicação das acusações do procedimento fechos corresponde, «quase palavra [por] palavra» àquela que é exposta no considerando 46 da decisão [controvertida].

66 Essas afirmações só podem, no entanto, ser confirmadas depois de ser tomada a decisão no procedimento fechos. A Comissão confirmou, durante o procedimento oral, que o procedimento administrativo no procedimento fechos não estava concluído e que não tinha sido ainda tomada qualquer decisão. Consequentemente, todas as considerações relativas ao seu teor e a pretensa ausência de razões objectivas para a separação dos procedimentos (v., quanto a esta exigência, n.ºs 119 a 124 do acórdão Tokai II, n.º 64 *supra*) têm carácter especulativo e não podem por em causa a legalidade da decisão [controvertida].»

2. Argumentação das partes

18. No presente fundamento do recurso, as recorrentes defendem que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao julgar, no n.º 61 do acórdão recorrido, que elas sabiam, pelo menos desde a comunicação das acusações de 15 de Março de 2004, que a Comissão instauraria um procedimento diferente relativamente ao mercado das agulhas, e que estas estavam, a partir desse momento, em condições de se defenderem contra a separação dos procedimentos. Segundo as recorrentes, o simples conhecimento da separação dos procedimentos não é suficiente para lhes permitir exercer eficazmente o seu direito de defesa. Segundo aquelas, a Comissão deveria ter indicado os factos e as razões com base nos quais procedeu à separação dos procedimentos, sendo que a comunicação das acusações de 15 de Março de 2004 apenas dava a entender que a Comissão considerava que a conduta das recorrentes no domínio dos «artigos de retrosaria: agulhas» constituía uma infracção autónoma relativamente aos comportamentos na área dos «artigos de retrosaria: fechos». De acordo com as recorrentes, o erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância teve como consequência que elas ficaram impedidas de

argumentar que existia um número considerável de elementos, expostos no seu recurso, indicando que as condutas dos procedimentos «agulhas» e «fechos» deviam ser consideradas, pelo menos parcialmente, como uma infracção única e contínua, na acepção do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Na audiência, as recorrentes sublinharam que tinham interposto, perante o Tribunal de Primeira Instância, um recurso de anulação da decisão C(2007) 4257 final da Comissão, de 19 de Setembro de 2007, no procedimento COMP/E-1/39.168 — artigos de retrosaria metálicos e plásticos, fechos [7] (a seguir «decisão «fechos»).

19. Na sua contestação a Comissão considera, por um lado, que esse argumento não deve merecer provimento, na medida em que as recorrentes invocam pela primeira vez que a quarta infracção identificada na decisão «fechos» constitui uma infracção única e contínua juntamente com a decisão controvertida. De facto, segundo a Comissão, as recorrentes nunca invocaram tal pretensão, ainda que mais genericamente, perante o Tribunal de Primeira Instância. A Comissão remete, a este respeito, para os n.os 12 a 23 da petição inicial do recurso para o Tribunal de Primeira Instância, nos termos dos quais as recorrentes teriam alegado que, se tivessem tido conhecimento da separação dos dois procedimentos, teriam alegado que a coima não poderia ultrapassar o valor máximo de 10% do volume de negócios nos dois procedimentos. Por outro lado, a Comissão considera igualmente como inadmissível e, a título subsidiário, como improcedente, a alegação das recorrentes de que a Comissão violou o seu dever de fundamentação ao proceder à separação dos procedimentos.

3. Análise

a) Quanto ao âmbito do fundamento de recurso e sua admissibilidade

20. Recorde-se, a título liminar, que, no âmbito de um recurso, a competência do Tribunal de Justiça se é em princípio limitada à apreciação da decisão de direito dada aos fundamentos debatidos em primeira instância [8]. Assim, as partes não podem, em princípio, suscitar pela primeira vez no Tribunal de Justiça um fundamento que não invocaram no Tribunal de Primeira Instância, uma vez que tal equivaleria a permitir ao Tribunal de Justiça sindicar a legalidade da decisão tomada pelo Tribunal de Primeira Instância relativamente a fundamentos que não foram trazidos ao seu conhecimento [9].

21. No presente processo, é dado assente que as recorrentes invocaram, perante o Tribunal de Primeira Instância, no âmbito de um fundamento relativo à violação de formalidades essenciais, a violação do seu direito de serem ouvidas e que não terão podido

7 — Este recurso, actualmente pendente no Tribunal de Primeira Instância, foi inscrito com o número T-454/07.

8 — V., nesse sentido, acórdão 1 de Fevereiro de 2007, Sison/Conselho (C-266/05 P, Colect., p. I-1233, n.º 95 e jurisprudência aí referida).

9 — V., nesse sentido, acórdão Sison/Conselho, já referido.

apresentar as suas observações quanto à separação do procedimento «agulhas» do procedimento «fechos» antes de ter sido tomada a decisão controvertida.

22. As recorrentes retomam esta argumentação no recurso, criticando mais especificamente o n.º 61 do acórdão recorrido, parecendo, no entanto, alargar o seu fundamento à «violação dos direitos de defesa, nomeadamente o direito de serem ouvidas», mas não alegando que o próprio Tribunal de Primeira Instância tenha, no âmbito do processo que conduziu ao acórdão recorrido, violado esse direito. Ora, o direito de ser ouvido é apenas uma modalidade do exercício dos direitos de defesa. Consequentemente, parece-me que a apreciação do primeiro fundamento do recurso deve limitar-se a verificar se o Tribunal de Primeira Instância julgou correctamente que argumento invocado pelas recorrentes relativamente à violação do direito de serem ouvidas era improcedente.

23. Antes de proceder a essa análise, há que responder aos dois fundamentos de inadmissibilidade invocados pela Comissão. Adianto desde já que eles devem ser, em minha opinião, julgados improcedentes.

24. Em primeiro lugar, quanto ao primeiro fundamento de inadmissibilidade, note-se que o fundamento de recurso, tal como acabei de o enquadrar, relativo ao direito de ser ouvido, não constitui de modo algum um fundamento novo que não tenha sido objecto de debate perante os juízes de primeira instância, e que o Tribunal de Justiça, nos termos da jurisprudência, não poderia em princípio apreciar em sede de recurso [10].

25. Em seguida, na sua contestação, a Comissão demonstra uma certa hesitação quanto à qualificação do alegado novo fundamento, apresentado pelas recorrentes, no que se refere à existência de uma infracção única e contínua no âmbito dos dois procedimentos «agulhas» e «fechos», e falando tanto num «argumento» como num «fundamento» novo [11].

26. É verdade que embora essa qualificação pareça essencial para se acolher ou não ao fundamento de inadmissibilidade decorrente da alegação de um novo fundamento perante o Tribunal de Justiça em sede de recurso, o Tribunal de Justiça raramente aprecia esta questão, limitando-se por vezes a qualificar este ou aquele fundamento como «argumento» e a admitir a sua admissibilidade sem examinar previamente se se trata, na realidade, de um fundamento [12] ou, de maneira mais criticável e, em minha opinião, errada, a assimilar o regime da inadmissibilidade da invocação de novos fundamentos com todos os novos argumentos invocados

10 — V. jurisprudência referida na nota de rodapé da página 8.

11 — V., a esse respeito, n.º 3 da contestação.

12 — V., a esse respeito, quanto à admissibilidade dos argumentos relativos à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, acórdão de 18 de Janeiro de 2007, PKK e KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect., p. I-439, n.º 66), no qual o Tribunal de Justiça precisou que «[...] no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, é permitido ao recorrente invocar qualquer argumento pertinente, com a única reserva de que o recurso não modifique o objecto do litígio no Tribunal de Primeira Instância. Contrariamente ao que sustenta o Conselho, não é obrigatório que cada argumento no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância tenha previamente sido objecto de uma discussão em primeira instância. Uma restrição neste sentido não pode ser aceite, dado que teria como efeito privar o processo de recurso de uma parte importante do seu sentido».

pelos recorrentes no recurso em apoio de um fundamento e concluir pela inadmissibilidade do referido argumento [13].

27. Pela minha parte, considero que se deve verificar no presente processo se a invocação de um fundamento relativo à existência de uma infracção única se baseia num fundamento jurídico diferente do fundamento relativo à violação do direito de ser ouvido, caso em que este primeiro fundamento deve ser considerado como um fundamento de direito distinto e novo, devendo ser declarado inadmissível, por ser invocado pela primeira vez perante o Tribunal de Justiça, ou, se esse fundamento apenas foi invocado em apoio do fundamento relativo à violação do direito de ser ouvido, caso em que se trata de um argumento que deve ser declarado admissível [14].

28. Ora, no caso em apreço, resulta do requerimento de recurso e da contestação da Comissão, que o fundamento relativo à existência de uma infracção única e contínua, que está assente que não foi alegado nesses termos perante o Tribunal de Primeira Instância, apenas parece ter sido formulado como consequência da alegado desrespeito, por parte da Comissão, do direito de ser ouvido. De facto, as recorrentes mencionam expressamente, nomeadamente nos n.os 12 e 13 da sua petição de recurso, os efeitos que esse alegado vício de procedimento terá tido, que desenvolvem na secção da sua petição de recurso intitulada «efeitos do erro de procedimento na situação material dos recorrentes», referindo a jurisprudência segundo a qual a violação do direito de ser ouvido só pode conduzir à anulação de um acto se o procedimento pudesse ter tido um resultado diferente caso essa irregularidade não se tivesse verificado [15]. Assim, é apenas sob o ângulo da demonstração dos efeitos que a pretensa violação do direito de ser ouvido teve sobre a sua situação e sobre a decisão controvertida que as recorrentes expõem, na sua petição de recurso, a argumentação segundo a qual existiam inúmeros elementos que indicavam no sentido de que as condutas dos procedimentos «agulhas» e «fechos» deveriam ser consideradas como uma infracção única e contínua. Assim sendo, trata-se de uma alegação formulada apenas em apoio do fundamento de direito baseado na violação do direito de ser ouvido. Consequentemente, essa alegação deve ser considerada como um argumento que deve ser julgado admissível.

29. Por último, decorre dos n.os 63 a 66 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância tomou efectivamente posição, no âmbito do fundamento relacionado com a violação do direito de ser ouvido, quanto à questão da eventual divisão pela Comissão de uma infracção única e contínua. É certo, atenta a argumentação das recorrentes, referida nos n.os 15 e 28 das presentes conclusões, relativa aos efeitos da violação do direito de ser ouvido pela Comissão sobre o dispositivo da decisão controvertida, que essas apreciações do Tribunal de Primeira Instância só

13 — V., nomeadamente, acórdão de 21 de Setembro de 2006, JCB Service/Comissão (C-167/04 P, Colect., p. I-8935), que precisou, no n.º 114, que «[n]o âmbito de um recurso em segunda instância, a competência do Tribunal de Justiça encontra-se limitada à apreciação da solução legal dada aos fundamentos e argumentos debatidos em primeira instância». V. igualmente acórdão de 2 de Abril de 2009, France Télécom/Comissão (C-202/07 P, Colect., p. I-2369, n.os 59 e 60)

14 — Com base na distinção entre argumento jurídico e fundamento feita pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 25 de Outubro de 2007, Komninou e o./Comissão (C-167/06 P, n.º 24).

15 — V., a esse respeito, nomeadamente, acórdão de 14 de Fevereiro de 1990, França/Comissão (C-301/87, Colect., p. I-307, n.º 31). V. igualmente, neste sentido, acórdão de 29 de Junho de 2006, SGL Carbon/Comissão (C-308/04 P, Colect., p. I-5977, n.º 98 e jurisprudência referida).

podem, certamente, apesar da sua formulação algo confusa, ter sido formuladas a título subsidiário, atendendo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter rejeitado a pretensão das recorrentes relativamente à violação do direito de ser ouvido.

30. Apesar disso, no âmbito de um fundamento admissível, cabe em princípio ao recorrente desenvolver os argumentos em seu apoio, como entender, seja baseando-se nos argumentos já utilizados perante o Tribunal de Primeira Instância, seja desenvolvendo novos argumentos, nomeadamente em relação às posições adoptadas pelo Tribunal de Primeira Instância. Se assim não fosse, o recurso seria desprovido de uma parte do seu sentido [16].

31. De todo o modo, atentas as apreciações que precedem, é evidente que as alegações apresentadas pelas recorrentes nos n.os 13 a 29 da sua petição de recurso, relativas à existência de uma infracção única e contínua comum aos procedimentos «agulhas» e «fechos», não devem ser interpretadas como visando invocar, perante o Tribunal de Justiça, um fundamento relativo a um erro de direito ou de apreciação quanto às constatações expostas nos n.os 250 a 260 da fundamentação da decisão controvertida, nos termos dos quais existia uma infracção única e contínua nos mercados identificados nessa decisão. De facto, de acordo com a jurisprudência, se assim fosse, tal argumento, baseado na fundamentação da decisão controvertida, seria inadmissível na medida em que é pacífico que o mesmo não foi apresentado perante o Tribunal de Primeira Instância.

32. Em segundo lugar, no que se refere à excepção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão relativamente à alegação das recorrentes baseada na falta de fundamentação que terá viciado a separação dos procedimentos, essa excepção também não pode, em minha opinião, ser considerada procedente.

33. Admito, é certo, que essa alegação deveria ser qualificada de fundamento distinto do fundamento relativo à violação do direito de ser ouvido e é pacífico que essa alegação não foi invocada perante o Tribunal de Primeira Instância.

34. Esta dupla constatação poderia conduzir à improcedência desse fundamento, pelo facto de ter o carácter de fundamento novo. Além disso, realço que o Tribunal de Justiça concluiu, no acórdão O'Hannrachain/Parlamento, pela inadmissibilidade de uma alegação de uma violação do dever de fundamentação de uma instituição comunitária, fundamento que não tenha sido invocado no órgão jurisdicional que conheceu do mérito da causa, com o fundamento de que o litígio que é submetido ao Tribunal de Justiça no âmbito do recurso não pode ser mais amplo do que o apreciado pelo Tribunal de Primeira Instância [17]

16 — V. acórdão PKK e KNK/Conselho, já referido (n.º 64 e jurisprudência referida).

17 — Acórdão de 5 de Junho de 2003, O'Hannrachain/Parlamento (C-121/01 P, Colect., p. I-5539, n.º 39).

35. No entanto, a abordagem adoptada no referido acórdão O'Hannrachain/Parlamento parece-me demasiado rígida, na medida em que não toma em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual a violação do dever de fundamentação constitui um fundamento de ordem pública que deve ser conhecido oficiosamente pelo juiz comunitário [18]. Ora, como o Tribunal de Justiça referiu recentemente nos n.os 49 e 50 do acórdão Chronopost e La Poste/UFEX e o., proferido em sede de recurso, o fundamento de ordem pública pode ser conhecido em qualquer fase do processo, mesmo que a parte que o invoca não o tenha invocado perante o Tribunal de Primeira Instância [19]. A este respeito, importa notar que no n.º 49 do acórdão Chronopost e La Poste/UFEX e o., o Tribunal de Justiça se referiu ao n.º 25 do seu acórdão Comissão/Daffix [20], no qual se invocava a violação do dever de fundamentação. Esta referência leva-me a pensar que o Tribunal de Justiça reconheceu, implícita mas necessariamente, que um fundamento relativo à violação do dever de fundamentação, em especial à falta de fundamentação, pode ser invocado no quadro do recurso, embora não tenha sido suscitado no tribunal recorrido.

36. Em todo o caso, as recorrentes parecem criticar o Tribunal de Primeira Instância por não ter suscitado oficiosamente a falta de fundamentação que alegadamente vicia a separação do procedimento de inquérito em dois procedimentos diferentes.

37. Assim sendo, considero que o Tribunal de Justiça deveria julgar improcedentes os dois argumentos com os quais a Comissão pretendia a declaração de inadmissibilidade do primeiro fundamento de recurso.

b) Quanto ao mérito

38. Quanto ao mérito, considero que o fundamento de recurso ora em apreço deve ser julgado improcedente.

39. Em primeiro lugar, as recorrentes não podem, a meu ver, criticar o Tribunal de Primeira Instância por ter entendido, no n.º 61 do acórdão recorrido, que deviam ter tido a possibilidade de se pronunciarem sobre a separação do procedimento no quadro da sua resposta à comunicação das acusações que lhes foi dirigida em 15 de Março de 2004, que se intitulava, inequivocamente «Comuni-

18 — V., nomeadamente, acórdãos de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 67), e de 30 de Março de 2000, VBA/Florimex e o. (C-265/97 P, Colect., p. I-2061, n.º 114). V. igualmente, sobre a noção de fundamento de ordem pública, os n.os 102 a 104 das minhas conclusões apresentadas no processo que deu origem ao acórdão de 13 de Setembro de 2007, Common Market Fertilizers/Comissão (C-443/05 P, Colect., p. I-7209). Quanto à questão da fundamentação de um acto enquanto questão de ordem pública que deve ser conhecida oficiosamente pelo juiz, a jurisprudência não parece estabelecer uma distinção segundo a dupla função das normas relativas à fundamentação, a saber, por um lado, permitir a fiscalização da legalidade por um juiz (finalidade objectiva) e, por outro lado, assegurar que o interessado conhece a fundamentação da decisão tomada para poder defender os seus direitos (finalidade subjectiva) (v., quanto a esta dupla função, v., acórdãos de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, n.º 22; de 17 de Janeiro de 1995, Publishers Association/Comissão, C-360/92 P, Colect., p. I-23, n.º 39, e de 18 de Setembro de 2003, Volkswagen/ /Comissão, C-338/00 P, Colect., p. I-9189, n.º 124. A inadmissibilidade declarada no acórdão O'Hannrachain/ /Parlamento, já referida, não parece basear-se numa distinção deste tipo. De todo o modo, tendo em conta a finalidade exclusivamente subjectiva do respeito dos direitos da defesa, um fundamento relativo à violação desses direitos (ou do direito de ser ouvido) não poderia, em minha opinião, ser qualificado como fundamento de ordem pública. O juiz comunitário não deveria assim conhecer oficiosamente esse fundamento.

19 — Acórdão de 1 de Julho de 2008 (C-341/06 P e C-342/06 P, Colect., p I-4777).

20 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1997 (C-166/95 P, Colect., p. I-983, n.º 25).

cação das acusações no processo PO/artigos de retrosaria: agulhas».

40. A este respeito, importa recordar que a comunicação das acusações prevista no Regulamento n.º 17 (e no Regulamento n.º 1/2003) é um documento processual preparatório relativamente à decisão que põe fim ao procedimento. Este documento delimita o objecto do procedimento administrativo instaurado, impedindo assim a Comissão de imputar outras acusações na sua decisão. Este documento deve especificar, de maneira clara, todos os elementos essenciais em que a Comissão se baseia nessa fase do procedimento. As apreciações de facto ou de direito que a Comissão inclui na comunicação das acusações têm, por isso, carácter puramente provisório [21].

41. Por outro lado, o respeito dos direitos de defesa exige que as empresas interessadas tenham podido, durante o procedimento administrativo, dar a conhecer utilmente os seus pontos de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados, bem como sobre os documentos usados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infracção ao Tratado CE [22]. A Comissão deve atender a elementos que resultam do procedimento administrativo, seja para abandonar acusações que se tenham revelado infundadas ou para organizar e completar a sua argumentação de facto e de direito em defesa das acusações que faz [23].

42. Por outras palavras, é pela comunicação das acusações que a empresa em causa é informada de todos os elementos essenciais sobre os quais a Comissão se baseia nessa fase do procedimento e é apenas após o envio da referida comunicação que a empresa pode, de forma plena, fazer valer os seus direitos de defesa [24].

43. Ora, no caso em apreço, a comunicação das acusações de 15 de Março de 2004 delimitou, de forma inequívoca, o objecto do procedimento administrativo que terminou na aplicação da decisão controvertida aos «artigos de retrosaria: agulhas».

44. Esta indicação era suficiente para permitir às recorrentes exporem o seu ponto de vista quanto à separação do processo e, na medida em que consideravam que essa separação as prejudicava, a impugnar.

21 — V., nesse sentido, despacho de 18 de Junho de 1986, British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão (142/84 e 156/84, Colect., p. 1899, n.º 13), bem como acórdãos de 17 de Novembro de 1987, British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão (142/84 e 156/84 Colect., p. 4487, n.º 70), e de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 67, bem como jurisprudência referida).

22 — Acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido (n.º 66 e jurisprudência referida).

23 — V. acórdãos de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão (41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.º 92), e Aalborg Portland e o./Comissão, já referido (n.º 67), bem como despacho British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão, já referido (n.º 13).

24 — V. acórdão de 25 de Janeiro de 2007, Dalmine/Comissão (C-407/04 P, Colect., p. I-829, n.º 59 e jurisprudência referida).

45. Realço, além disso, sem ser necessário tomar posição sobre a procedência dessa alegação, que as recorrentes admitem expressamente, no n.º 10 da sua petição de recurso transparecer da comunicação das acusações de 15 de Março de 2004 que a Comissão considerava a sua conduta no procedimento «agulhas» como constituindo uma infracção autónoma em relação à sua conduta no domínio dos fechos.

46. Esta confissão demonstra que as recorrentes podiam perfeitamente ter exposto de forma útil o seu ponto de vista relativamente à separação do procedimento no momento da comunicação das acusações. Ora, as recorrentes não explicam as razões pelas quais, embora estivessem informadas e conscientes dessa tomada de posição, pelo menos provisória, da Comissão, não lhes foi possível formular observações, ainda que sumárias, sobre a referida posição no âmbito da sua resposta à comunicação das acusações, para a qual dispuseram de um prazo superior a dois meses a contar da notificação dessa comunicação.

47. Acrescento que a formulação dessas observações naquele momento do procedimento não teria levado as recorrentes a admitir a existência de uma infracção no procedimento «fechos» [25], o que, aliás nem sequer é alegado pelas recorrentes.

48. Em segundo lugar, a pretensão segundo a qual a separação do procedimento no momento da comunicação das acusações está viciada por falta de fundamentação também não merece provimento.

49. Importa recordar que o procedimento administrativo que conduziu à decisão que constata uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, se divide, geralmente, em duas fases, respondendo, cada uma, a uma *lógica interna própria*. A primeira dessas fases, isto é, a fase anterior à comunicação das acusações, deve permitir à Comissão tomar uma posição sobre a orientação do procedimento. A segunda das referidas fases, que vai desde a comunicação das acusações até à decisão final, deve permitir à Comissão pronunciar-se definitivamente sobre a infracção imputada [26].

25 — Segundo a jurisprudência, a Comissão tem o direito de obrigar, sendo caso disso através de uma decisão, uma empresa a fornecer-lhe todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento, mas não pode impor-lhe a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção, cuja prova cabe à Comissão [v. acórdão Dalmine/Comissão, já referido (n.º 34 e jurisprudência referida)].

26 — V., a este respeito, acórdão de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colect., p. I-8375, n.os 182 a 184), bem como acórdão de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (C-105/04 P, Colect., p. I-8725, n.º 38).

50. Tal como admitido pelas recorrentes na sua petição de recurso, resultava da comunicação das acusações de 15 de Março de 2004 que a Comissão considerava que a infracção visada nesse documento, isto é, aquela que se referia aos «artigos de retrosaria: agulhas», *constituía uma infracção única e continuada.* Assim sendo, as recorrentes compreenderam efectivamente, pelo menos na data da notificação da comunicação das acusações de 15 de Março de 2004, o motivo que presidia à separação do procedimento, a partir da referida comunicação, em dois procedimentos distintos, sendo que um deles conduziu à decisão controvertida.

51. A esse respeito, e contrariamente ao que sugerem as recorrentes, não me parece que possamos fazer recair sobre a Comissão o ónus de explicar mais detalhadamente os motivos que a levaram a delimitar o objecto de um documento, como uma comunicação das acusações, que tem precisamente como função delimitar o objecto da fase do procedimento administrativo que deve conduzir a Comissão a pronunciar-se definitivamente sobre a infracção imputada [27]. De facto, a abordagem proposta pelas recorrentes teria como consequência exigir da Comissão que explicasse a sua tomada de posição provisória, tal como se encontra delimitada na comunicação das acusações, em relação aos elementos resultantes das medidas prévias de inquérito que essa instituição julga não ser necessário incluir na referida fase do procedimento administrativo. A Comissão seria assim não só obrigada, nos termos da jurisprudência, a enunciar, na comunicação das acusações, todos os elementos essenciais sobre os quais baseia, nessa fase do procedimento, a sua alegação de existência de uma infracção, mas igualmente uma motivação articulada relativa aos elementos (por natureza, não essenciais), sobre os quais ela entende, no âmbito desse mesmo procedimento administrativo, não se basear.

52. Impor, nesta fase do procedimento administrativo, uma tal exigência, seria, em meu entender, excessivo.

53. No presente processo importa realçar, como fizeram aliás as recorrentes nas suas peças processuais, que no momento em que foi feita a comunicação das acusações de 15 de Março de 2004 a Comissão ainda não tinha terminado o procedimento de inquérito relativo aos fechos e que, assim sendo, a Comissão não lhes tinha endereçado uma comunicação das acusações nesse procedimento, o que só foi feito em 16 de Setembro de 2004. Nessas circunstâncias, compreende-se ainda menos como poderia exigir-se da Comissão uma fundamentação específica sobre a separação do procedimento no momento em que elaborou a sua primeira comunicação das acusações no domínio dos «artigos de retrosaria: agulhas», se nessa fase nenhum outro documento visava constatar a existência de outra infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE.

54. Além disso, realço que, no acórdão van Landewyck e o./Comissão, o Tribunal de Justiça rejeitou um argumento relativo à apensação ilegal e não fundamentada, no momento da decisão que constatou uma infracção do artigo 81.º CE, de três procedimentos inicialmente distintos pelo facto de ter

27 — V., a este respeito, acórdão Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido (n.º 183).

sido dada às empresas e associações em causa a possibilidade de exporem os seus pontos de vista sobre as acusações formuladas no âmbito do procedimento administrativo que tinha como origem diferentes queixas que foram sucessivamente apresentadas ao longo do procedimento [28]. Ora, apesar da falta de fundamentação da decisão que foi objecto de recurso nesse processo relativamente à «apensação» dos três procedimentos, o Tribunal de Justiça referiu que nada impede que a Comissão tome uma decisão única sobre uma mesma infracção que foi objecto de diversas queixas sucessivamente apresentadas ao longo de um mesmo procedimento [29].

55. Não vejo porque deveria recair sobre a Comissão uma exigência de fundamentação mais intensa no caso de essa instituição proceder à separação dos procedimentos, sobretudo se a comunicação das acusações permitiu aos recorrentes expôr o seu ponto de vista sobre a referida separação no âmbito do procedimento administrativo que terminou com a decisão controvertida. A esse respeito, recordo que as recorrentes nunca invocaram perante o Tribunal de Primeira Instância um erro de direito ou um erro de apreciação que tivesse sido cometido pela Comissão na decisão controvertida relativamente às constatações, expostas nos n.os 250 a 260 dessa decisão, segundo as quais existia uma «infracção única e continuada» ao artigo 81.º, n.º 1, CE, em relação aos mercados referidos na decisão.

28 — V. acórdão de 29 de Outubro de 1980, van Landewyck e o./Comissão (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.os 29 a 32).

29 — *Ibidem* (n.º 32).

56. Assim, sou, de opinião que o Tribunal de Primeira Instância não era obrigado a suscitar oficiosamente a alegada falta de fundamentação relativamente à separação do procedimento administrativo.

57. Nestes termos, o primeiro fundamento do recurso deverá ser julgado improcedente.

C — *Quanto ao segundo fundamento de recurso, relativo à denegação de justiça e à violação do direito a uma protecção jurisdicional efectiva*

1. Argumentação das partes

58. As recorrentes acusam o Tribunal de Primeira Instância de se ter recusado a apreciar a legalidade da separação dos procedimentos, apesar de, por um lado, ter reconhecido que o presente processo se distinguia do processo que esteve na origem do acórdão Tokai II, já referido, e, por outro lado, estar na posse de indícios, isto é, as comunicações das acusações de 16 de Setembro de 2004 e de 8 de Março de 2006 relativas ao procedimento «fechos», nos termos dos quais a Comissão teria procedido a uma separação arbitrária duma infracção única e continuada. Contrariamente ao que o Tribunal de Primeira Instância terá decidido no n.º 66 do acórdão recorrido, o resultado desse procedimento já não tinha uma natureza especulativa. O Tribunal de Primeira Instância terá igualmente ignorado o facto de a legalidade da decisão controvertida depender da questão de saber se a infracção que aí foi constatada e sancionada constituía uma infracção distinta

em relação à quarta infracção sancionada no âmbito da decisão «fechos».

59. A Comissão recorda, em substância, que a decisão «fechos» ainda não tinha sido tomada no momento em que o Tribunal de Primeira Instância decidiu o processo que esteve na origem do acórdão recorrido e que as comunicações das acusações são documentos de natureza preparatória. A Comissão propõe que seja negado provimento a este fundamento.

2. Análise

60. Como já referi no âmbito da apreciação do primeiro fundamento do recurso, as análises do Tribunal de Primeira Instância que constam nos n.os 63 a 66 do acórdão recorrido, e reproduzidas no n.º 17 das presentes conclusões, foram, implícita mas necessariamente, expostas no âmbito da apreciação do impacto que pretensamente terá tido a violação do direito de ser ouvido sobre a legalidade da decisão controvertida.

61. Ora, atendendo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância já ter julgado, correctamente, em minha opinião, que as recorrentes tiveram a possibilidade de se defenderem contra a separação dos procedimentos, as apreciações expostas nos n.os 63 a 66 do acórdão recorrido foram assim produzidas superfluamente.

62. Nos termos da jurisprudência, as censuras dirigidas contra fundamentos supérfluos de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância devem ser liminarmente rejeitadas [30].

63. O segundo fundamento de recurso deve assim, em minha opinião, ser declarado inoperante.

64. De todo o modo, em minha opinião, deve ser negado provimento a esse fundamento.

65. Em primeiro lugar, de acordo com as alegações das recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não considerou no n.º 65 do acórdão recorrido que o presente processo se distinguia do que deu origem ao acórdão Tokai II, tendo-se antes limitado a resumir os argumentos das recorrentes em apoio da sua opinião segundo a qual os procedimentos «agulhas» e «fechos» se sobrepunham de modo que a situação em causa não era totalmente comparável à do referido processo Tokai II. De facto, no n.º 66 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância constatou no entanto, que as «afirmações [das recorrentes] só podem ser confirmadas após a decisão do processo fechos».

30 — V., acórdãos de 28 de Outubro de 2004, van den Berg/Conselho e Comissão, (C-164/01 P, Colect., p. I-10225, n.º 60) e 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 148).

66. Em seguida, no que se refere precisamente à apreciação constante do n.º 66 do acórdão recorrido, é pacífico que, no momento da interposição do recurso no Tribunal de Primeira Instância e da conclusão do processo para deliberação na sequência da fase oral do processo, não tinha sido tomada qualquer decisão no procedimento administrativo «fechos». O facto de, como referem as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância dispor, no momento da audiência no processo que deu origem ao acórdão recorrido, das duas comunicações das acusações endereçadas às recorrentes no procedimento «fechos», não lhe permitia de modo algum, devido ao carácter necessariamente provisório das apreciações que constam dos referidos documentos [31], considerar esses documentos com constituindo um indício de uma pretensa falta de razões objectivas que justificassem a separação dos procedimentos. Se o Tribunal de Primeira Instância tivesse seguido a abordagem sugerida pelas recorrentes em apoio do presente fundamento e tivesse tomado em consideração os elementos que constam das referidas comunicações das acusações, teria, em minha opinião, sido conduzido a viciar a fundamentação do acórdão recorrido com um erro de direito, na medida em que teria tomado em consideração apreciações provisórias, sem considerar as eventuais observações das empresas destinatárias das referidas comunicações, antecipando de forma inapropriada a decisão «fechos» [32].

67. Além disso, importa recordar que as recorrentes nunca alegaram, perante o Tribunal de Primeira Instância, que a Comissão tinha cometido erros de direito ou de apreciação ao aceitar, na decisão controvertida, a existência de uma infracção única e continuada ao artigo 81.º, n.º 1, CE.

68. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não podia limitar-se a constatar que as afirmações das recorrentes, baseadas nos actos preparatórios da decisão «fechos», que ainda não tina sido tomada no momento da conclusão do processo para deliberação, nem mesmo no momento em que foi proferido o acórdão recorrido, tinham carácter meramente especulativo e não podiam por em causa a legalidade da decisão controvertida.

69. Ao indicar, na primeira frase do n.º 66 do acórdão recorrido, que as suas afirmações só podiam ser confirmadas após a decisão do processo «fechos», o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito. Pelo contrário, respondeu aos argumentos das recorrentes ao limitar, correctamente, o seu controlo ao controlo da legalidade da decisão controvertida à luz dos fundamentos invocados pelas recorrentes. Não se pode assim sustentar, em minha opinião, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu uma denegação de justiça ou uma violação do direito a uma protecção jurisdicional efectiva.

70. Quanto ao mais, a apreciação constante da primeira frase do n.º 66 do acórdão recorrido, bem como a precisão constante do n.º 232 *in fine* do mesmo acórdão, referente à proporcionalidade da coima aplicada na decisão controvertida em relação àquela que lhes podia ser aplicada na decisão «fechos», segundo a qual o argumento apresentado pelas recorrentes poderia ser invocado no âmbito de um eventual procedimento posterior dirigido contra a decisão no procedimento «fechos», demonstra, em minha opinião, o cuidado que o Tribunal de Primeira Instância teve em indicar às recorrentes que

31 — V., a esse respeito, a jurisprudência referida na nota de rodapé n.º 21 das presentes conclusões.

32 — V., a propósito do montante das coimas, acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido (n.º 434).

essas acusações deviam, de forma mais pertinente, ser dirigidas contra a decisão que viesse eventualmente a ser tomada no processo «fechos» [33].

71. Atentas estas razões no seu conjunto, considero que o segundo fundamento, relativo à denegação de justiça e à violação do direito a uma protecção jurisdicional efectiva, deve ser rejeitado, a título principal, como inoperante, ou, a título subsidiário, por improcedente.

D — *Quanto ao terceiro fundamento do recurso, referente à insuficiente tomada em consideração pelo Tribunal de Primeira Instância da constatação da violação pela Comissão do dever de fundamentação no que diz respeito à gravidade da infracção*

72. O terceiro fundamento divide-se em duas partes, a primeira referente, a uma insuficiente consideração pelo Tribunal de Primeira Instância da constatação da violação pela Comissão do dever de fundamentação no que diz respeito à dimensão dos mercados relevantes e a segunda relativa à insuficiente consideração pelo Tribunal de Primeira Instância da constatação da violação pela Comissão do dever de fundamentação no que diz respeito ao impacto concreto da infracção no mercado.

33 — Tal como indicaram na audiência no presente processo, as recorrentes interpuseram um recurso contra a decisão «fechos» (v. n.º 18 das presentes conclusões).

1. Quanto à primeira parte do terceiro fundamento, referente a uma insuficiente consideração pelo Tribunal de Primeira Instância da constatação da violação pela Comissão do dever de fundamentação no que diz respeito à dimensão dos mercados relevantes

a) Considerações do Tribunal de Primeira Instância

73. Nos recursos que interpuseram no Tribunal de Primeira Instância as recorrentes acusam a Comissão de não ter fundamentado de forma suficiente as suas apreciações referentes à dimensão dos mercados relevantes que constavam da decisão controvertida.

74. O Tribunal de Primeira Instância realçou, em primeiro lugar, no n.º 87 do acórdão recorrido, que a Comissão não tinha a obrigação de efectuar, no caso em apreço, uma delimitação do mercado com o objectivo de aplicar o artigo 81.º, n.º 1, CE, atento o objecto anticoncorrencial dos acordos.

75. No entanto, o Tribunal de Primeira Instância precisou, no n.º 88 do acórdão recorrido, que, atendendo ao facto de o dispositivo da decisão controvertida aplicar uma coima nos termos do Regulamento n.º 1/2003, as constatações factuais relativas ao mercado relevante eram pertinentes, embora a sua insuficiência não fosse susceptível de conduzir à anulação total da decisão.

76. No n.º 89 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância sublinhou o seguinte:

«89 De facto, nos termos das orientações, a avaliação da gravidade da infracção 'deve ter em consideração' não apenas o carácter da própria infracção, como também 'o seu impacto concreto no mercado quando este for quantificável' (ponto 1, A, primeira alínea). Ora, para avaliar o impacto concreto da decisão no mercado, é necessário delimitar esse mercado. As orientações prescrevem igualmente que é 'necessário', para determinar a gravidade de uma infracção, 'tomar em consideração a capacidade económica efectiva de os autores da infracção causarem um prejuízo importante aos outros operadores' (ponto 1, A, quarta alínea), o que implica a necessidade de determinar a dimensão dos mercados e as partes do mercado detidas pelas empresas em causa».

77. Depois de ter considerado que não existia qualquer vício de fundamentação em relação à delimitação dos mercados (n.º 95 do acórdão recorrido), o Tribunal de Primeira Instância analisou as constatações da Comissão referentes à dimensão do mercado constante dos n.os 45 e 46 da fundamentação da decisão controvertida.

78. No n.º 98 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância realçou que as apreciações da Comissão sobre as dimensões dos três mercados de produtos que ela tinha identificado eram insuficientes e que não permitiam verificar a dimensão de todos os mercados envolvidos. O Tribunal de Primeira Instância constatou, no n.º 99 do acórdão recorrido, que a decisão controvertida «estava viciada por insuficiente fundamentação, o que podia conduzir à anulação parcial da [referida] decisão […], a menos que as constatações da Comissão relativas à capacidade económica efectiva de as empresas em causa causarem um prejuízo importante se baseiem noutros fundamentos da decisão [controvertida]».

79. Nos n.os 100 e 101 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância fez as seguintes constatações:

«100 Ora, nas circunstâncias do caso em apreço, as recorrentes nunca contestaram as constatações da Comissão expostas na [fundamentação da] decisão [controvertida] que permitam afirmar a existência de uma tal capacidade mesmo na ausência dos dados supra-referidos. De facto, a Comissão constatou, no [n.º] 325 da [fundamentação] da [d]ecisão [controvertida] que no período da infracção, a Prym e a Entaco eram líderes do mercado europeu da fabricação de agulhas e que a concorrência era muito limitada [exercida, no essencial, pela Needle Industries (India) Ltd]; que Prym era o número um europeu nos outros sectores dos artigos de retrosaria duros, tais como os sistemas de fecho e os alfinetes, e um dos principais concorrentes no mercado dos fechos

de correr, e que a Coats e a Prym eram as principais concorrentes em termos da venda a retalho com as suas marcas de agulhas de coser à mão, a saber, Milward e Newey.

101 Essas observações, ainda que intituladas «Tratamento diferenciado», encontram-se na parte «Gravidade da infracção» da decisão [controvertida] e contêm referências aos critérios pertinentes para avaliar a capacidade económica efectiva dos autores de uma infracção para provocar um prejuízo importante. Por outro lado, as recorrentes nunca contestaram que elas se contavam entre os operadores mais poderosos do mercado pertinente.»

b) Argumentação das partes

80. Segundo as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância terá ignorado o facto de a violação do dever de fundamentação no que diz respeito à dimensão dos mercados do produto ter tido um impacto na determinação da gravidade concreta da infracção, sobretudo porque a determinação desta implica o recurso cumulativo a diversos critérios. A esse respeito, as recorrentes precisam que a própria Comissão indicou, no n.º 333 da fundamentação da decisão controvertida, que determinou a gravidade concreta da infracção com base na dimensão do mercado em causa e da capacidade económica de os autores da infracção causarem um prejuízo importante.

81. O Tribunal de Primeira Instância terá igualmente cometido um erro de direito ao aceitar que a Comissão descreveu de forma suficiente o impacto concreto da infracção no mercado ao referir-se, no n.º 101 do acórdão recorrido, à posição de líder das empresas em causa. O Tribunal de Primeira Instância teria assim ignorado a diferença entre a determinação da capacidade económica efectiva de uma empresa causar um prejuízo importante e a determinação do impacto concreto no mercado quando este é quantificável. Ainda que as recorrentes admitam, em bom rigor, que a referência a uma posição de líder pode ser suficiente para constatar a capacidade económica de uma empresa causar um prejuízo importante, ela não seria suficiente para medir o impacto concreto no mercado, o qual requer a verificação da dimensão dos mercados. Além disso, as recorrentes estimam que existe uma contradição entre a fundamentação constante do n.º 89 e a dos n.os 99 e 100 do acórdão recorrido. As recorrentes consideram assim que os erros que viciaram o acórdão recorrido deveriam conduzir à anulação da decisão controvertida.

82. A Comissão responde que, de acordo com uma leitura correcta do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância apenas aprovou a obrigação de determinar a dimensão dos mercados do produto em relação à capacidade de as empresas causarem um prejuízo importante. No entanto, se essa capacidade pudesse ser constatada, como o foi no caso em apreço, por outros meios, a Comissão estaria dispensada da obrigação de determinar a dimensão dos mercados (n.os 89, 90, 99 e 101 do acórdão recorrido). Além disso, resultaria da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância que o método de cálculo das coimas, descrito nas orientações, não impõe de forma alguma a tomada em consideração, na determinação do momento de partida da coima, da dimensão dos mercados do produto.

83. Segundo a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância não confundiu a questão da avaliação da capacidade efectiva de uma empresa causar um prejuízo importante com a avaliação do impacto concreto da infracção, uma vez que, no n.º 115 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância constatou um vício de fundamentação no que diz respeito ao impacto concreto.

84. A Comissão acrescenta que ao decidir, no n.º 89 do acórdão recorrido, que a Comissão deveria delimitar o mercado em causa e, desse modo, determinar a sua dimensão, o Tribunal de Primeira Instância não teria certamente podido pensar que essa delimitação corresponderia àquela que deve ser efectuada no âmbito de aplicação do artigo 82.º CE, caso contrário a jurisprudência, em virtude da qual a Comissão não é obrigada, na aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, a delimitar o mercado, seria completamente esvaziada de sentido. De todo modo, eventuais erros referentes às constatações relativas à dimensão dos mercados não conduziriam à anulação total da decisão controvertida.

c) Análise

85. A titulo liminar, importa precisar que, através desta parte do terceiro fundamento, as críticas dirigidas pelas recorrentes ao acórdão recorrido dizem apenas respeito à apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância da fundamentação da decisão controvertida quanto à dimensão dos mercados em causa com a finalidade de determinar a gravidade da infracção. Sendo a gravidade da infracção, como já foi referido, um dos critérios adoptados pelo artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento 1/2003 para cálculo da coima, esta parte só pode conduzir, admitindo que é julgada procedente, além da anulação do acórdão recorrido, à anulação parcial da decisão controvertida, como constatou o Tribunal de Primeira Instância nos n.os 88 e 89 do acórdão recorrido, e, se for esse o caso, à substituição desse acórdão.

86. No entanto, não creio que esta parte do fundamento possa proceder.

87. Em primeiro lugar, como referiu correctamente a Comissão na sua contestação, as recorrentes fazem, a diversos títulos, uma leitura errada da fundamentação do acórdão recorrido, na medida em que confundem as apreciações feitas pelo Tribunal de Primeira Instância que dizem respeito à dimensão do mercado e aquelas — que são aliás objecto da segunda parte do presente fundamento e que foram expostas noutros pontos da fundamentação do acórdão recorrido — que dizem respeito ao impacto concreto da infracção no mercado. De facto, contrariamente ao que defendem as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não constatou em nenhum momento que a Comissão tenha descrito de forma suficiente o impacto da infracção no mercado, referindo-se, no n.º 101 do acórdão recorrido, à posição de líder das empresas em causa. As apreciações do n.º 101 do acórdão recorrido referem-se unicamente à capacidade económica efectiva de as empresas em apreço causarem um prejuízo importante aos outros operadores, na acepção do ponto 1, A, quarta aliena, das orientações, e não ao impacto da infracção no mercado,

previsto no ponto 1, A, primeira alínea, das orientações.

88. Em segundo lugar, as recorrentes parecem considerar, ainda que a sua argumentação não seja particularmente clara a esse respeito, que os critérios relativos à apreciação da gravidade de uma infracção com o fim de calcular uma coima são cumulativos e que, referindo-se a Comissão, como na decisão controvertida, à dimensão dos mercados entre esses critérios, o Tribunal de Primeira Instância não poderia julgar que a insuficiente fundamentação a respeito desse critério pode ser completada por uma remissão para as constatações, efectuadas na decisão controvertida, relativas à capacidade económica efectiva de as empresas em causa causarem um prejuízo importante.

89. Importa recordar, a esse respeito, que segundo a jurisprudência, a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos como as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das coimas, e isto sem se fixar uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração [34].

90. O Tribunal de Justiça decidiu que entre os elementos que podem entrar na apreciação da gravidade das infracções figuram o comportamento de cada uma das empresas, o papel desempenhado por cada uma delas na determinação das práticas concertadas, o benefício que conseguiram retirar dessas práticas, a sua dimensão e o valor das mercadorias em causa, bem como o risco que infracções deste tipo representam para os objectivos da Comunidade europeia [35].

91. Por conseguinte, a Comissão não tem, em princípio, qualquer obrigação de tomar em consideração a dimensão dos mercados do produto como critério para apreciar a gravidade da infracção, sendo este apenas um critério entre outros [36].

92. Contrariamente ao que sustentam as recorrentes referindo-se ao n.º 91 do acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, não se pode retirar do referido número uma conclusão diferente. De facto, esse número limita-se a indicar que a «dimensão do mercado afectado» deve ser tomada em consideração, o que visa seguramente a dimensão do mercado geográfico de referência, como o confirma o ponto 1, A, das orientações, e não a dimensão económica (ou o volume de negócios) dos mercados afectados.

34 — V. acórdãos de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.º 33); de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido (n.º 465); Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido (n.º 241), e Dalmine/Comissão, já referido (n.º 129).

35 — V., acórdãos de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Colect., p. 1825, n.º 129); Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido (n.º 242), e Dalmine/Comissão, já referido (n.º 130).

36 — V., nesse sentido, acórdão Dalmine/Comissão, já referido (n.º 132).

93. Convém recordar que, na decisão controvertida, a Comissão afirmou ter-se baseado em diversos elementos para determinar a gravidade da infracção, entre os quais a dimensão dos mercados e a capacidade económica efectiva das empresas de causarem um prejuízo importante aos outros operadores, estando este último elemento expressamente mencionado no ponto 1, A, quarta alínea, das orientações.

94. A esse respeito, convém realçar que as recorrentes não criticam a constatação do Tribunal de Primeira Instância, exposta no n.º 89 do acórdão recorrido, segundo a qual, para efeitos de apreciação da gravidade da infracção, a determinação da dimensão dos mercados é necessária (e, na realidade, funcional) para determinar a capacidade económica efectiva de as empresas causarem um prejuízo importante aos outros operadores, na acepção das orientações.

95. As recorrentes estimam que o Tribunal de Primeira Instância se contradisse ao impor, em primeiro lugar, essa exigência e aceitando, em seguida, nos n.os 99 e 100 do acórdão recorrido, que a insuficiência de fundamentação que constatou relativamente à determinação da dimensão dos mercados possa ser suprida pela referência feita pela Comissão à posição de líder dos mercados no n.º 325 dos motivos da decisão controvertida e que não foi contestada pelas recorrentes.

96. Ainda que me pareça que seja pertinente o realce que é dado pelas recorrentes à contradição que ressalta da leitura da fundamentação expostas nos n.os 89, 99 e 100 do acórdão recorrido [37], essa acusação não deverá proceder, pelas seguintes razões.

97. Como decidiu o Tribunal de Justiça, e como recordou o Tribunal de Primeira Instância no n.º 90 do acórdão recorrido, para determinar a influência que uma empresa exerceu no mercado, as quotas de mercado que ela detém podem ser pertinentes [38].

98. No entanto, não podemos extrair dessa jurisprudência que, para avaliar a influência de uma empresa no mercado ou, para retomar a terminologia das orientações, a capacidade económica efectiva para causar um prejuízo importante aos operadores, deve medir-se essa capacidade obrigando a Comissão a proceder a uma delimitação prévia do mercado bem como a uma apreciação da sua dimensão, em termos de volume de negócios [39].

37 — Recordo que, segundo uma jurisprudência constante, a questão se saber se a fundamentação de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância é contraditória é uma questão de direito que pode, enquanto tal, ser invocada no âmbito de um recurso. V., nomeadamente, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, já referido (n.º 71 e jurisprudência referida).

38 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe GmbH/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 139).

39 — Recorde-se que, no n.º 95 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou que a Comissão tinha cumprido o dever de fundamentação no que respeita à delimitação dos mercados em causa, constatação que não foi criticada pelas recorrentes.

99. Como observou, correctamente, a Comissão, interpretar o n.º 89 do acórdão recorrido no sentido de este lhe colocar uma tal exigência conduziria a impor-lhe um ónus de prova à qual ela não está obrigada no âmbito da constatação de uma infracção do artigo 81.º, n.º 1, CE, quando essa infracção é, por natureza, contrária ao referido artigo, como constatou o Tribunal de Primeira Instância nos n.os 86 e 87 do acórdão recorrido, referindo-se a uma jurisprudência constante (fundamentos que não são, aliás, contestados pelas recorrentes) [40].

100. Tal abordagem equivaleria a interpretar as orientações de forma particularmente restritiva.

101. Assim, embora eu considere, desde logo, que o Tribunal de Primeira Instância considerou correctamente que a Comissão deve, tendo em vista a determinação da gravidade da infracção e do cálculo da coima, tomar em consideração a capacidade económica efectiva de os autores da infracção causarem um prejuízo importante aos outros operadores, nos termos do ponto 1, A, quarta alínea, das orientações, em minha opinião essa tomada em consideração não deve obrigatoriamente, «implicar a necessidade de determinar a dimensão dos mercados», contrariamente ao que entendeu o Tribunal de Primeira Instância no n.º 89 do acórdão recorrido.

102. Em contrapartida, em minha opinião, é mais correcto, considerar que tal capacidade dos autores da infracção pode ser demonstrada por todos os meios adequados, entre os quais figura a determinação da dimensão dos mercados em termos de volume de negócios.

103. Ora, foi exactamente esse o critério aplicado pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.os 99 a 101 do acórdão recorrido. De facto, o Tribunal de Primeira Instância considerou, após ter constatado que a decisão controvertida não estava suficientemente fundamentada no que respeita à determinação da dimensão dos mercados em termos de volume de negócios, que esta lacuna na fundamentação podia ser preenchida por outros fundamentos expostos na decisão controvertida, no caso em apreço, as constatações efectuadas no n.º 325 dos motivos desta decisão, relativas, no essencial, ao que as partes no presente processo descreveram como a posição de líder das recorrentes no mercado.

104. A este respeito, convém salientar que, nos n.os 63 a 66 da sua petição de recurso, as

40 — O Tribunal de Justiça afirmou que « [a] definição do mercado em causa, no âmbito da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado (actual artigo 81.º, n.º 1, CE), tem o único objectivo de determinar se o acordo em apreço pode prejudicar o comércio entre os Estados-Membros e tem por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum» [despacho de 16 de Fevereiro de 2006, Adriatica di Navigazione/Comissão (C-111/04 P, não publicado na Colectânea, n.º 31)]. O Tribunal de Primeira Instância deduz logicamente desse acórdão, como no n.º 86 do acórdão recorrido, que a obrigação de efectuar uma delimitação do mercado em causa numa decisão tomada nos termos do artigo 81.º CE, não é absoluta, apenas se impondo à Comissão quando, sem essa delimitação, não seja possível determinar se o acordo em causa era susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros e tem como objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear o livre jogo da concorrência no interior do mercado comum. V. igualmente, entre outros, acórdãos de 19 de Março de 2003, CMA CGM/Comissão (T-213/00, Colect., p. II-913, n.º 206); de 6 de Julho de 2000, Volkswagen/Comissão (T-62/98, Colect., p. II-2707, n.º 230), e de 8 de Julho de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comissão (T-44/00, Colect., p. II-2223, n.º 132).

recorrentes admitiram expressamente a pertinência desse critério para apreciar a capacidade económica efectiva de uma empresa causar um prejuízo importante. As recorrentes limitam-se, nesse contexto, a acusar a Comissão de não ter demonstrado suficientemente a existência dessa posição de líder de mercado, atendendo às circunstâncias do caso. Ora, essa crítica, que está ligada à constatação dos factos e à sua apreciação, não seria examinada pelo Tribunal de Justiça no âmbito do recurso, excepto em caso de desvirtuação desses factos pelo Tribunal de Primeira Instância [41], o que, no caso em apreço, não foi invocado pelas recorrentes.

105. Assim sendo, apesar do erro de direito e da contradição de fundamentação que afectaram o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância exposto nos n.os 89, 99 e 100 do acórdão recorrido, estes vícios não tiveram um impacto no dispositivo do referido acórdão que deva conduzir à sua anulação.

106. Sugiro assim que a primeira parte do terceiro fundamento seja julgada improcedente.

41 — V., a esse respeito, nomeadamente, acórdão de 19 de Março de 2009, Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, Colect., p. I-1843, n.º 105 e jurisprudência referida).

2. Quanto à segunda parte do terceiro fundamento, relativo a uma insuficiente tomada em consideração pelo Tribunal de Primeira Instância da constatação da violação da obrigação de fundamentação pela Comissão no que diz respeito ao impacto concreto da infracção sobre o mercado.

a) Considerações do Tribunal de Primeira Instância

107. No n.º 108 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância recordou que, de acordo com o ponto 1, A, primeira alínea, das orientações, a Comissão só é obrigada, para determinar a gravidade da infracção, a proceder a um exame do impacto concreto no mercado de uma infracção nos casos em que esse impacto é quantificável.

108. O Tribunal de Primeira Instância realçou, em seguida, no n.º 109 do acórdão recorrido, que a Comissão nunca defendeu que, no caso em apreço, o impacto não era quantificável e que tinha mesmo indicado, no decurso do processo contencioso, que a infracção tinha sido realizada, o que implica que ela tinha tido necessariamente impacto real sobre as condições da concorrência nos mercados em causa.

109. O Tribunal de Primeira Instância rejeitou essa tese como não sendo «convincente», pelo facto de a aplicação de um acordo não implicar necessariamente que ele produza efeitos reais, apoiando-se a esse respeito na prática decisória da Comissão e

sobre um dos seus próprios acórdãos. O Tribunal de Primeira Instância acusou igualmente a Comissão de não ter respondido ao argumento das recorrentes segundo o qual os acordos em causa não tinham conduzido a um aumento dos preços de venda das agulhas com buraco (n.º 110 do acórdão recorrido). O Tribunal de Primeira Instância constatou finalmente que a Comissão se tinha baseado exclusivamente numa relação de causa-efeito entre a aplicação do acordo e o seu impacto concreto, o que não era suficiente para calcular a coima (n.º 111 do acórdão recorrido). O Tribunal de Primeira Instância concluiu assim, no n.º 112 do acórdão recorrido, que a Comissão não cumpriu de forma suficiente o dever de fundamentação que lhe incumbia.

110. O Tribunal de Primeira Instância examinou as consequências jurídicas dessa violação do dever de fundamentação no n.º 190 do acórdão recorrido. Nesse ponto, o Tribunal de Primeira Instância sublinhou que, em particular, a exposição da Comissão relativa à determinação do montante da coima não continha elementos que explicassem por que razão a diminuição do impacto da infracção depois de 13 de Março de 1997, que ela tinha aliás expressamente reconhecido no n.º 320 da fundamentação da decisão controvertida, não se repercutiu no cálculo da coima. O Tribunal de Primeira Instância concluiu, no entanto, que «[e]ssa falta de fundamentação não era susceptível de conduzir, no entanto, nas circunstâncias em apreço, à supressão ou à redução do montante da coima aplicada, atendendo ao facto de a qualificação da infracção como «muito grave» ser fundamentada [pelas razões que ela expôs nos n.os 188 e 189 do acórdão recorrido] e que a Comissão fixou o montante mínimo de partida previsto nas orientações para essa infracção (ver, mais precisamente, o montante máximo para uma infracção «grave»), ou seja, 20 milhões de euros. De facto, a Comissão realça correctamente que a escolha do montante mínimo é suficiente, no caso em apreço, para tomar em consideração a diminuição do impacto da infracção durante o período da infracção».

b) Argumentação das partes

111. Segundo as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao julgar, no n.º 190 do acórdão recorrido, que a falta de fundamentação relativa à apreciação do impacto concreto da infracção não devia, nas circunstâncias em apreço, conduzir à supressão ou à redução da coima, atendendo ao facto de a qualificação da infracção como «muito grave» ser fundamentada. O Tribunal de Primeira Instância confundiu assim as questões relativas à legalidade material da decisão com as questões relativas às consequências jurídicas de uma violação do dever de fundamentação formal. Dispondo a Comissão, desde logo, em matéria de práticas concertadas, de um amplo poder de apreciação, o respeito das disposições processuais e o dever de fundamentação revestem-se de uma importância primordial para os direitos da defesa.

112. A Comissão rejeita a tese das recorrentes. A Comissão considera, no entanto, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu erros de direito nos n.os 109 a 112 do acórdão recorrido. Por um lado, o Tribunal de

Primeira Instância terá exigido à Comissão que provasse a ausência de um impacto concreto quantificável, quando ele próprio não tinha constatado que esse impacto era quantificável. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância entrou em contradição com uma jurisprudência constante segundo a qual a aplicação de um acordo cujo objecto é anticoncorrencial é suficiente para afastar a possibilidade de concluir pela ausência de impacto no mercado. Assim sendo, a Comissão convidou o Tribunal de Justiça a proceder a uma modificação da fundamentação afastando as constatações contidas nos n.os 109 a 112 do acórdão recorrido quanto à prova e quanto à quantificação do impacto no mercado.

c) Análise

113. Antes de examinar a segunda parte do apoio ao fundamento invocado pelas recorrentes relativo ao n.º 190 do acórdão recorrido, há que decidir, sobre o pedido de modificação da fundamentação formulado pela Comissão, podendo esse pedido permitir ao Tribunal de Justiça identificar um erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância e rectificá-lo, sem no entanto afectar o dispositivo do acórdão recorrido baseado noutros fundamentos [42].

42 — V., nomeadamente, acórdãos de 9 de Junho de 1992, Lestelle/Comissão (C-30/91 P, Colect., p. I-3755, n.º 28); de 12 de Novembro de 1996, Ojha/Comissão (C-294/95 P, Colect., p. I-5863, n.º 52); de 13 de Julho de 2000, Salzgitter/Comissão (C-210/98 P, Colect., p. I-5843, n.º 58), bem como de 9 de Setembro de 2008, FIAMM e o./Conselho e Comissão (C-120/06 P e C-121/06 P, Colect., p. I-6513, n.º 187).

i) Quanto ao pedido de modificação da fundamentação apresentado pela Comissão

114. No centro das acusações dirigidas pela Comissão relativamente à fundamentação do Tribunal de Primeira Instância exposta nos n.os 109 a 112 do acórdão recorrido encontram-se duas questões de direito.

115. Em primeiro lugar, a Comissão considera que o Tribunal de Primeira Instância declarou erradamente que ela tinha o ónus de provar a ausência de um impacto concreto da infracção no mercado, quando essa obrigação, por um lado, só lhe é imposta quando esse impacto é quantificável, o que, no caso em apreço, não se verificava, à luz da natureza dos acordos que tinham como objecto a neutralização da concorrência potencial nos mercados em causa, e, por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância não teria finalmente constatado que o impacto no mercado era, no caso em apreço, quantificável.

116. Em segundo lugar, a Comissão defende que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar que ela tinha fundamentado suficientemente a decisão controvertida, limitando-se a indicar que os efeitos reais da infracção no mercado podiam ser deduzidos da aplicação do acordo.

117. Essas críticas não podem ser, em minha opinião, totalmente aceites.

118. No que diz respeito à primeira série de críticas, é certamente verdade que, nos termos do ponto 1, A, primeira alínea, das orientações, apenas incumbe à Comissão provar o impacto concreto de uma infracção no mercado quando este é quantificável. No que diz respeito aos cartéis horizontais de preços ou de repartição dos mercados, decorre igualmente das orientações que esses cartéis podem ser qualificados como infracções muito graves apenas com base na sua própria natureza, sem que a Comissão tenha de provar o impacto concreto da infracção no mercado. Nesse caso, o impacto concreto da infracção no mercado constitui um elemento entre outros.

119. Todavia, como referiu o Tribunal de Primeira Instância no n.º 111 do acórdão recorrido, a Comissão consagrou uma secção da decisão controvertida ao «impacto real da infracção», na qual indicou, nomeadamente, que a infracção tinha tido um impacto no mercado e que esse impacto tinha diminuído entre 13 de Março de 1997 e 31 de Dezembro de 1999. Ora, das duas uma, ou a Comissão não pretende basear-se no critério do impacto concreto da infracção no mercado, caso em que a decisão através da qual aplica uma coima às empresas participantes no acordo só tomará em consideração, para efeitos de determinação da gravidade da infracção, a própria natureza da infracção e, eventualmente, a dimensão geográfica do mercado, nos termos do ponto 1, A., das orientações, ou entende basear a sua decisão sobre esse impacto, como na decisão controvertida, no caso de existir, em minha opinião, uma presunção segundo a qual ela considera que esse impacto é quantificável. De facto, na medida em que o recurso a esse critério *pode* permitir à Comissão aumentar o montante da coima que ela pretende aplicar acima do limite mínimo de 20 milhões de euros previsto nas orientações para as infracções muito graves, não se pode razoavelmente pensar que, quando essa instituição decide consagrar, na fundamentação duma decisão que aplica uma coima, três pontos sobre o «impacto concreto da infracção», ela não tem a intenção de basear a referida decisão no critério do impacto concreto da infracção. Nessas circunstâncias, em minha opinião, é juridicamente correcto deduzir-se, como fez, no essencial, o Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido, que a Comissão considera que o impacto que ela descreve na sua decisão é efectivamente, em princípio, quantificável, a menos que a referida decisão exponha uma fundamentação específica em sentido contrário sobre esse ponto.

120. É assim nesse contexto e com base nessa presunção do carácter quantificável do impacto concreto sobre o mercado que o Tribunal de Primeira Instância realçou, no n.º 109 do acórdão recorrido, que durante o procedimento contencioso a Comissão não tinha indicado, no processo em apreço, que o impacto concreto da infracção não era quantificável. O Tribunal de Primeira Instância não colocou assim sobre a Comissão o ónus de carrear uma prova negativa, tendo-se simplesmente limitado a constatar que, atendendo à presunção que acabei de precisar, a Comissão não tinha negado, durante o procedimento contencioso, a existência de uma tal presunção que pudesse ser deduzida da leitura da decisão controvertida.

121. Por outro lado, a explicação, apresentada pela Comissão na sua contestação perante o Tribunal de Justiça, segundo a qual, devido à natureza dos acordos — os quais, recordo, tinham como objecto uma repartição dos mercados do produto e

geográfico, neutralizando a entrada no mercado de um concorrente potencial — o seu impacto não era quantificável, não pode ser aceite; de facto, essa fundamentação não consta da decisão controvertida e, de qualquer forma, não foi invocada em primeira instância.

122. Finalmente, não cumpria ao Tribunal de Primeira Instância, no âmbito do seu exame sobre a suficiência da fundamentação da decisão controvertida, tal como essa acusação tinha sido formulada pelas recorrentes, afirmar se o impacto era efectivamente quantificável, relevando essa apreciação da legalidade substancial da decisão controvertida.

123. Proponho assim que a primeira série de críticas feitas pela Comissão em relação à fundamentação do n.º 109 do acórdão recorrido seja julgada improcedente.

124. A segunda série de críticas, relacionada com as apreciações do Tribunal de Primeira Instância efectuadas nos n.os 110 a 112 do acórdão recorrido, relativas ao carácter insuficiente da demonstração do impacto concreto da infracção no mercado, merece uma atenção mais particular.

125. Deve observar-se, a título liminar, o carácter confuso do raciocínio que foi desenvolvido pelo Tribunal de Primeira Instância nos referidos números, no âmbito do sub-título «Quanto à fundamentação relativa ao cálculo da coima». De facto, o Tribunal de Primeira Instância expõe de forma incoerente quer as considerações de forma relacionadas com a insuficiente fundamentação da decisão controvertida (acusando a Comissão, por exemplo, no n.º 110 do acórdão recorrido, de não ter respondido à argumentação das recorrentes relativa à ausência de subida de preços de venta das agulhas com buraco), quer as considerações de fundo, que são aliás sensivelmente mais substanciais, relativa ao carácter não «convincente» ou inexacto da fundamentação prevista nos n.os 318 a 320 da fundamentação da referida decisão [43].

126. Ora, parece-me que a Comissão critica correctamente o Tribunal de Primeira Instância por ter considerado que a fundamentação da decisão controvertida relativa ao impacto concreto da infracção sobre o mercado era insuficiente.

127. De facto, por um lado, a jurisprudência relativa ao alcance do dever de fundamentação relativa ao cálculo de uma coima aplicada por violação das regras comunitárias da concorrência, as exigências de formalismo substancial que constitui essa obrigação, são preenchidas se a Comissão indicar, na sua decisão, os elementos de apreciação que lhe

43 — V., nomeadamente, a este respeito, acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido (n.os 67 e 72), bem como n.º 92 do acórdão recorrido.

permitiram medir a gravidade e a duração da infracção [44]. Ora, no caso em apreço, no que diz respeito à gravidade da infracção, a única aqui em causa, esses elementos foram seguramente expostos nos n.os 316 a 325 da fundamentação da decisão controvertida, tendo o critério do impacto concreto sido apreciado nos n.os 318 a 320 da fundamentação da referida decisão.

128. Por outro lado, resulta indiscutivelmente das afirmações feitas no n.º 110, primeira e segunda frases, do acórdão recorrido, bem como das expostas no n.º 111, última frase, do referido acórdão, que o Tribunal de Primeira Instância examinou a correcção da fundamentação da decisão controvertida, ao invalidar a apreciação que aí era feita, ao invés de se limitar a verificar se a Comissão tinha exposto, de forma clara e inequívoca, o raciocínio que a levara a concluir pela existência de um impacto concreto da infracção no mercado.

129. Considero assim que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao qualificar, no n.º 112 do acórdão recorrido, os vícios que afectam a decisão controvertida, que constatou nos n.os 110 e 112 do referido acórdão, como relevando de uma fundamentação insuficiente relacionada com o critério de impacto concreto no mercado [45].

130. Apesar de tudo, não penso que o pedido de alteração de fundamentação apresentado pela Comissão possa ser deferido, a menos que se entenda por esse pedido (do que duvido fortemente) que o Tribunal de Primeira Instância deveria ter constatado um erro de apreciação jurídica.

131. De facto, considero, pelas razões expostas a seguir, que o Tribunal de Primeira Instância decidiu correctamente, do ponto de vista substancial, que a Comissão não podia basear-se exclusivamente numa relação de causa-efeito entre a aplicação do acordo e o impacto concreto deste no mercado para efeitos de cálculo da coima.

132. Contrariamente ao que a Comissão defendeu tanto na sua contestação, como na audiência, a questão de saber se a aplicação efectiva dum acordo chega para provar o impacto concreto da infracção no mercado está longe de ter sido objecto de uma

44 — V. acórdãos de 16 de Novembro de 2000, KNP BT/Comissão (C-248/98 P, Colect., p. I-9641, n.º 42); Sarrió/Comissão (C-291/98 P, Colect., p. I-9991, n.º 73), bem como Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido (n.º 463).

45 — Importa realçar, a esse respeito, que, enquanto na versão francesa do n.º 115 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância emprega a expressão «défaut de motivation» (falta de motivação), decorre claramente da língua de processo (a língua alemã), única língua que faz fé, que utiliza a expressão «unzureichende Begründung», que o que é aqui visado por esta expressão não é a falta de motivação («Begründungsmangel»), mas a existência de uma fundamentação insuficiente ou defeituosa («unzureichende Begründung»). Esta interpretação é confirmada pelo facto de esta expressão ser idêntica à utilizada no n.º 99 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal de Primeira Instância constatou uma «fundamentação insuficiente» no que diz respeito à dimensão dos mercados.

«jurisprudência constante» do Tribunal de Primeira Instância. De qualquer forma, essa problemática não foi até ao momento decidida pelo Tribunal de Justiça, sobre a qual foi solicitado a decidir pela primeira vez, não apenas no presente processo, mas igualmente nos processos conhecidos como dos «bancos austríacos» [46].

133. Como realçou o advogado-geral Y. Bot nas suas conclusões, apresentadas a 26 de Março de 2009 nos referidos processos, subsistem inúmeras incertezas quanto ao que abrange o termo «quantificável», na acepção das orientações [47].

134. Estas incertezas decorrem, em parte, da jurisprudência contraditória do Tribunal de Primeira Instância quanto à questão de saber se a constatação da aplicação efectiva do acordo é suficiente para provar a existência de um impacto concreto da infracção no mercado.

135. Como realçou de forma correcta o advogado-geral Y. Bot nas referidas conclusões [48], podem distinguir-se a este respeito duas correntes jurisprudenciais.

136. Nos termos da primeira corrente jurisprudencial, o Tribunal de Primeira Instância entende que a Comissão podia legitimamente basear-se apenas na aplicação do acordo para concluir pela existência de um impacto concreto no mercado. Fazem parte desta corrente os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância nos processos dos bancos austríacos [49], Groupe Danone/Comissão [50], bem como, mais recentemente, Hoeschst/ /Comissão [51] e Carbone Lorraine/Comissão [52].

137. Pelo contrário, como já referi, o Tribunal de Primeira Instância considera, no acórdão recorrido, que a Comissão não podia limitar-se a constatar que o acordo já tinha sido aplicado para demonstrar o impacto concreto da infracção no mercado. Esta abordagem inscreve-se na segunda corrente jurisprudencial, contemporânea da primeira, a qual, no essencial, exige que Comissão forneça indícios concretos e credíveis indicando, com uma razoável probabilidade, que o acordo tem um impacto no mercado, constituindo a aplicação efectiva do acordo, nessa abordagem, apenas

46 — Processos apensos Erste Bank der österreichischen Sparkassen/Comissão (C-125/07 P), Raiffeisen Zentralbank Österreich/Comissão (C-133/07 P), Bank Austria Creditanstalt/Comissão (C-135/07 P) e Österreichische Volksbanken/ /Comissão (C-137/07 P), pendentes no Tribunal de Justiça.

47 — N.º 275 das referidas conclusões.

48 — V. n.os 279 a 300 das mesmas conclusões.

49 — Acórdão de 14 de Dezembro de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão (T-259/02 a T-264/02 e 271/02, Colect., p. II-5169, n.º 288). De realçar que esse acórdão foi pronunciado pela mesma Secção, com a mesma composição, que pronunciou o acórdão recorrido.

50 — Acórdão de 25 de Outubro de 2005 (T-38/02, Colect., p. II-4407). Nos termos do n.º 148 desse acórdão, «a aplicação, ainda que parcial, de um acordo cujo objectivo é anticoncorrencial basta para afastar a possibilidade de se concluir por uma ausência de impacto do referido acordo no mercado». De referir que, no âmbito do recurso interposto perante o Tribunal de Justiça e que deu origem ao acórdão de 8 de Fevereiro de 2007, Groupe Danone/Comissão (C-3/06 P, Colect., p. I-1331), o Tribunal de Justiça não foi solicitado a pronunciar-se sobre esse ponto.

51 — Acórdão de 18 de Junho de 2008 (T-410/03, Colect., p. II-881, n.os 345 e 348).

52 — Acórdão de 8 de Outubro de 2008 (T-73/04, Colect., p. II-2661, n.º 84). De realçar que foi interposto recurso desse acórdão para o Tribunal de Justiça, inscrito sob a referência C-554/08 P (processo Carbone Lorraine/ /Comissão, pendente no Tribunal de Justiça).

um indício forte, não podendo a Comissão limitar a sua análise a esse indício [53].

138. De acordo com esta abordagem, a execução da infracção apenas constitui uma condição prévia para demonstrar o impacto concreto de um acordo no mercado [54].

139. À semelhança da posição adoptada pelo advogado-geral Y. Bot nas referidas conclusões [55], partilho o raciocínio seguido por esta segunda corrente jurisprudencial.

140. Considero de facto que a partir do momento em que a Comissão decide basear a decisão em que aplica uma coima a uma empresa por infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, na existência de um impacto concreto da infracção no mercado, deve estar em condições de fornecer indícios concretos, credíveis e suficientes que lhe permitam apreciar qual a influência efectiva que a infracção teve sobre o jogo da concorrência no mercado. Em particular, na medida em que a existência de um impacto concreto da infracção permite à Comissão, no caso de uma infracção muito grave por natureza, reforçar a gravidade desta e aumentar o montante de partida além do limite mínimo possível de 20 milhões de euros, esta instituição não podia limitar-se simplesmente a constatar que o acordo foi efectivamente aplicado e, assim, limitar-se a supor, sem qualquer outra prova suplementar, que esse acordo causou provavelmente um efeito no mercado.

141. Essa exigência parece-me ainda mais apropriada à luz do objectivo, referido na jurisprudência, nos termos do qual as coimas aplicadas às empresas que infringem o artigo 81.º, n.º 1, CE, têm nomeadamente como objectivo sancionar o seu comportamento ilícito [56].

142. Ora, em minha opinião, neste contexto, não se pode admitir, que, tratando-se de acordos com um objectivo anticoncorrencial, como os relativos à repartição de mercados do produto e/ou de mercados geográficos ou os relativos à fixação de preços, a Comissão seja não só exonerada do ónus de provar os efeitos dos referidos acordos para constatar a *existência* de uma infracção, mas igualmente de

53 — V. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2006, Roquette Frères/Comissão, (T-322/01, Colect., p. II-3137, n.os 77 e 78); Archer Daniels Midland/Comissão (T-329/01, Colect., p. II-3255, n.os 178 a 181); Jungbunzlauer/Comissão (T-43/02, Colect., p. II-3435, n.os 155 a 159) e Archer Daniels Midland/Comissão (T-59/02, Colect., p. II-3627, n.os 161 a 165). V. igualmente, nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008, Knauf Gips/Comissão (T-52/03, n.os 392 a 395); BPB/Comissão (T-53/03, Colect., p. II-1333, n.os 301 a 304), e Lafarge/Comissão (T-54/03, n.os 584 a 587). De realçar que os acórdãos proferidos nos processos T-52/03 e T-54/03 foram objecto de recurso, registados, respectivamente, com as referências C-407/08 P e C-413/08 P (processos Knauf Gips/Comissão e Lafarge/Comissão, pendentes no Tribunal de Justiça).

54 — V. acórdãos referidos Roquette Frères/Comissão (n.º 77) e Archer Daniels Midland/Comissão (T-329/01, n.º 180)

55 — V. n.os 303 a 314 das referidas conclusões.

56 — V., nomeadamente, acórdãos ACF Chemiefarma/Comissão, já referido (n.º 173); SGL Carbon/Comissão, já referido (n.º 37), e de 7 de Junho de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comissão (C-76/06 P, Colect., p. I-4405, n.º 22).

carrear indícios concretos e credíveis do impacto real da infracção no mercado, mesmo que entenda necessário basear-se nesse critério para determinar a *gravidade* da infracção e, finalmente, calcular a coima que decide aplicar às empresas em causa.

143. Daí decorre, em minha opinião, que o Tribunal de Primeira Instância julgou legitimamente, nos n.os 110 e 111 do acórdão recorrido, que a Comissão não podia, sem mais explicações, limitar-se a deduzir da aplicação do acordo a existência de efeitos reais no mercado e limitar-se a basear a sua decisão numa relação de causa-efeito entre a aplicação do acordo e o seu impacto concreto no mercado.

144. Proponho assim que não seja deferido o pedido de modificação da fundamentação apresentado pela Comissão.

ii) Quanto aos fundamentos invocados pelas recorrentes em apoio da segunda parte do terceiro fundamento de recurso

145. As recorrentes acusam o Tribunal de Primeira Instância de se ter recusado a anular a decisão controvertida, apesar de ter constatado que a Comissão tinha violado o dever de fundamentação relativamente ao critério do impacto concreto da infracção no mercado [57]. Assim, segundo as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não podia, a não ser por erro de direito, considerar no n.º 190 do acórdão recorrido, que o montante de base da coima era adequado.

146. Mesmo admitindo que o Tribunal de Primeira Instância constatou legitimamente uma fundamentação insuficiente da decisão controvertida no que diz respeito ao impacto concreto da infracção no mercado, ao invés de considerar um erro (manifesto) de apreciação desse critério, não me parece que a argumentação exposta pelas recorrentes deva proceder.

147. Importa sublinhar que, no que toca a recursos de decisões da Comissão que aplicam coimas a empresas por infracção às regras da concorrência, o Tribunal de Primeira Instância tem uma dupla competência. Por um lado, no quadro da fiscalização da respectiva legalidade, nos termos do artigo 230.º CE, deve fiscalizar o cumprimento do dever de fundamentação, cuja violação torna a decisão *anulável*. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância tem competência para apreciar, no âmbito do poder de plena jurisdição que lhe é reconhecido pelo

57 — As considerações expostas na nota de rodapé da página 45 das presentes conclusões a propósito da versão francesa da expressão «falta de fundamentação», utilizada no n.º 115 do acórdão recorrido, são igualmente válidas no que diz respeito à utilização dessa expressão no n.º 190 do mesmo acórdão. Esta expressão tem assim que ser lida no sentido de uma fundamentação viciada ou defeituosa e não uma falta de fundamentação, em conformidade com a versão em língua alemã do acórdão recorrido.

artigo 229.º CE e pelo Regulamento n.º 1/2003, a adequação do montante das coimas [58].

148. Daí resulta que a constatação de falta de fundamentação relativamente a um dos critérios de cálculo do montante da coima aplicada a uma empresa por violação do artigo 81.º, n.º 1, CE, não pode conduzir à anulação, *ipso facto*, mesmo parcial, da decisão que aplicou a coima. Essa conclusão é compreensível dado o número de critérios que podem ser utilizados pela Comissão para determinar a gravidade e a duração de uma determinada infracção. De facto, o dispositivo da decisão em causa (incluindo o montante da coima que ela aplica) pode legitimamente basear-se noutros fundamentos que não os que foram afectados pelo erro ou pelo vício constatados pelo juiz do processo principal.

149. Na decisão controvertida a Comissão concluiu, atenta a gravidade da infracção, pelo montante de partida de 20 milhões de euros. Esse montante foi determinado tomando em conta a natureza da infracção, o seu impacto real no mercado e a dimensão geográfica do referido mercado.

58 — V., nesse sentido, acórdãos, já referidos, KNP BT/Comissão (n.os 38 a 40) e Sarrió/Comissão (n.os 69 a 71).

150. No acórdão recorrido o Tribunal de Primeira Instância verificou, após ter descriminado os vícios que afectavam a apreciação da Comissão relativamente ao impacto concreto no mercado no âmbito da avaliação da gravidade da infracção, se esses vícios também podiam ter um impacto sobre o cálculo da coima, isto é, sobre o montante de partida de 20 milhões de euros aplicado às recorrentes pela decisão controvertida.

151. Ora, é no âmbito da fiscalização que o Tribunal de Primeira Instância exerce no quadro da sua competência de plena jurisdição, que este, após ter constatado, nos n.os 188 e 189 do acórdão recorrido, que a qualificação como infracção muito grave na decisão controvertida era justificada em razão da natureza dos acordos em causa, julgou, legitimamente, no n.º 190 do referido acórdão, que os vícios verificados não podiam, nas circunstâncias em apreço, *conduzir à supressão ou à redução do montante da coima aplicada*, atendendo ao facto de a qualificação da infracção como «muito grave» ser fundamentada e de a Comissão ter escolhido o montante de partida mínimo previsto pelas orientações para essa infracção (v., mais precisamente, o montante máximo previsto para uma infracção «grave»), ou seja, 20 milhões de euros.

152. Por outras palavras, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, ainda que o impacto concreto da infracção no mercado possa permitir à Comissão aumentar o montante de partida da coima, se isso eventualmente tivesse no caso em apreço, os vícios que afectaram esse critério não tiveram, de todo o modo, qualquer influência no montante fixado (e. portanto, no dispositivo da decisão controvertida), pois tal montante

correspondia ao montante máximo da categoria das infracções graves, no sentido das orientações, ao passo que, em razão da própria natureza da infracção em causa, esta podia ter sido qualificada como infracção «muito grave». Nessas condições, o Tribunal de Primeira Instância considerou, no quadro da sua competência de plena jurisdição, que não era necessário accionar o seu poder de alteração da decisão controvertida, atendendo ao facto de o montante de partida ser já atenuado em relação à qualificação da infracção como «muito grave», sendo assim adequado.

153. Essa apreciação e essa abordagem parecem-me isentas de erro de direito.

154. Nestes termos, proponho que os fundamentos expostos pelas recorrentes em apoio da segunda parte do terceiro fundamento do recurso sejam julgados improcedentes. Consequentemente, este fundamento deve, em minha opinião, ser julgado improcedente na íntegra.

E — *Quanto ao quarto fundamento do recurso, relativo à violação das orientações e à apreciação errada da gravidade da infracção*

155. Este fundamento assenta em duas partes. A primeira parte diz respeito ao facto de não ter sido tomado em consideração o carácter erróneo da determinação do impacto concreto da infracção no mercado. A segunda parte diz respeito ao facto de não ter sido tomado em consideração, a título de atenuante, o facto de as recorrentes terem cessado voluntariamente a infracção.

1. Quanto à primeira parte do quarto fundamento, relativo ao facto de não ter sido tomado em consideração o carácter erróneo da determinação do impacto concreto da infracção no mercado

a) Argumentação das partes

156. As recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância terá cometido, nos n.os 188 a 190 do acórdão recorrido, um erro de direito em duas vertentes. Por um lado, o Tribunal de Primeira Instância terá determinado a gravidade da infracção tomando apenas em consideração a sua forma abstracta. O facto de não ter tomado em consideração as circunstâncias concretas da infracção seria contrário tanto às orientações, como à jurisprudência do Tribunal de Justiça e à prática decisória da Comissão. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância terá considerado erradamente que o montante de partida previsto pelas orientações para uma infracção muito grave constituía um montante mínimo do qual não se podia afastar. Essa abordagem seria contrária à prática decisória da Comissão e constitui uma violação do princípio da proporcionalidade.

157. A Comissão remete em parte para a argumentação que exposta no quadro do terceiro fundamento sobre o impacto concreto da infracção no mercado. Acrescenta que o Tribunal de Primeira Instância não considerou o montante de partida previsto nas orientações como um limite intransponível, mas, pelo contrário, examinou a sua proporcionalidade nos n.os 206 e 223 do acórdão recorrido. Em relação aos argumentos das recorrentes relativos à prática decisória da Comissão, os exemplos citados são destituídos de pertinência, novos ou incorrectos.

b) Análise

158. Convém recordar que, no âmbito de um recurso interposto contra um acórdão do Tribunal de Primeira Instância que fixou o montante de uma coima aplicada a uma empresa por infracção as regras comunitárias da concorrência, o controlo do Tribunal de Justiça tem por objecto, por um lado, verificar em que medida o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração, de modo juridicamente correcto, todos os factores essenciais para apreciar a gravidade de uma determinada conduta à luz dos artigos 81.º e 82.º CE, bem como do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 (ou do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003) e, por outro lado, apreciar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu suficientemente a todos os argumentos invocados pela recorrente no sentido da supressão ou da redução da coima [59].

159. No caso em apreço, recordo que o Tribunal de Primeira Instância considerou, no n.º 188 do acórdão recorrido, que, devido à sua própria natureza, a infracção em causa, que tinha como objecto a repartição do mercado do produto e geográfico, constituía uma violação flagrante do direito da concorrência e, consequentemente, era particularmente grave. Atento o exposto, o Tribunal de Primeira Instância deduziu, no n.º 189 do acórdão recorrido, que, face à definição dada pelas orientações, se justificava a qualificação da infracção na decisão controvertida como «muito grave».

160. Ora, em minha opinião, enquanto tal, esta apreciação não enferma qualquer erro de direito.

161. De facto, no acórdão Thyssen Stahl/Comissão [60], o Tribunal de Justiça teve a ocasião de confirmar a posição do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a gravidade da infracção pode ser estabelecida em função da natureza e do objecto dos comportamentos ilícitos e que elementos resultantes do objecto de um comportamento podem ter mais importância para fixar o montante da coima do que os relativos aos seus efeitos. O Tribunal de Justiça decidiu assim que o efeito de uma prática anticoncorrencial não constitui, portanto, um critério determinante para a apreciação do montante adequado da coima [61].

59 — V., nomeadamente, acórdãos, já referidos, Baustahlgewebe GmbH/Comissão (n.º 128), Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (n.º 217) e Groupe Danone/Comissão (n.º 69).

60 — Acórdão de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão (C-194/99 P, Colect., p. I-10821).

61 — *Ibidem* (n.º 118).

162. Por outro lado, como o Tribunal de Primeira Instância referiu legitimamente no n.º 189 do acórdão recorrido, nas orientações, a Comissão indicou, a propósito das infracções muito graves, que se tratava «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, tais como as destinadas a compartimentar os mercados nacionais» (ponto 1, A, segunda alínea, terceiro travessão).

163. Resulta dessa descrição indicativa que os acordos ou as práticas concertadas visando, como no caso em apreço, por um lado, a repartição dos mercados do produto, segmentando o mercado europeu das agulhas de coser à mão, das agulhas artesanais, das agulhas de tricotar e das agulhas de *crochet*, podem conduzir, apenas com base na sua própria natureza, à qualificação de «muito grave», sem que seja necessário que essas condutas se caracterizem por um impacto particular.

164. Considero assim que as recorrentes não podem acusar o Tribunal de Primeira Instância de ter julgado, em concreto, que os critérios enumerados no ponto 1, A, primeira alínea, das orientações, não têm a mesma importância para determinar a gravidade da infracção.

165. Além disso, tal como referi nos n.os 151 e 152 das presentes conclusões, após ter enunciado os vícios que afectam o exame do impacto concreto da infracção pela Comissão, o Tribunal de Primeira Instância recusou-se, no entanto, a accionar o seu poder de alteração do montante de partida da coima fixada na decisão controvertida, considerando, essencialmente, que, nas circunstâncias subjacentes, o montante que aí tinha sido determinado foi atenuado em relação à qualificação da infracção como «muito grave» resultante da própria natureza desta última. Contrariamente ao que é alegado pelas recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não estimou assim que o montante de partida de 20 milhões de euros, fixado na decisão controvertida, constituía um limite inultrapassável, mas, pelo contrário, examinou, no quadro da sua competência de plena jurisdição, se havia ou não lugar à alteração desse montante, como resulta do n.º 190 do acórdão recorrido [62]. O facto de, à luz das circunstâncias do processo em apreço, o Tribunal de Primeira Instância ter julgado oportuno não proceder à alteração do montante de partida da coima aplicada na decisão controvertida, explicando as razões em apoio desta apreciação, não podia configurar, em si, uma violação do princípio da proporcionalidade. Por outro lado, o eventual facto de a Comissão ter apreciado diferentemente outros comportamentos ilícitos noutros processos não apresenta qualquer pertinência, atendendo ao facto de a prática decisória da Comissão não servir de quadro jurídico para a determinação das coimas em matéria de concorrência [63].

62 — V., nomeadamente, para uma iniciativa semelhante, acórdão de 9 de Julho de 2003, Kyowa Hakko Kogyo e Kyowa Hakko Europe/Comissão (T-223/00, Colect., p. II-2553, n.os 77 a 89).

63 — V., nomeadamente, acórdãos, já referidos, Dansk Rørindustri e o./Comissão (n.os 209 a 213), JCB Service/Comissão (n.º 205) e Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, n.º 82).

166. A primeira parte do quarto fundamento do recurso deve, assim, ser julgada improcedente.

2. Quanto à segunda parte do quarto fundamento, relativa ao facto de não ter sido tomado em consideração, a título de atenuante, o facto de as recorrentes terem cessado voluntariamente a infracção

a) Argumentos das partes

167. Nesta parte as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância terá cometido um erro de direito, nos n.os 211 e 213 do acórdão recorrido, ao julgar que só podia conceder uma circunstância atenuante se as empresas em causa fossem incitadas a cessar os seus comportamentos anticoncorrenciais pela intervenção da Comissão. Segundo as recorrentes, a cessação voluntária da infracção ocorrida antes mesmo do primeiro acto de instrução da Comissão deveria, logicamente, ser tomada em consideração no quadro das circunstâncias atenuantes, uma vez que ela não é tomada em consideração na apreciação da duração da infracção.

168. Para a Comissão, a análise do Tribunal de Primeira Instância é conforme à sua jurisprudência e não deve ser colocada em questão.

b) Análise

169. É pacífico que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a argumentação das recorrentes que lhe pediam para sancionar a Comissão por se ter recusado a conceder-lhes uma circunstância atenuante, nos termos do ponto 3 das orientações, pelo facto, de a infracção ter cessado antes da data das primeiras intervenções desta.

170. No n.º 211 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância julgou que a cessação antecipada do acordo ilícito não podia dar lugar ao benefício de uma circunstância atenuante, na acepção do ponto 3 das orientações. De facto, a aplicação de uma redução nessas circunstâncias sobrepor-se-ia à tomada em consideração da duração das infracções para calcular as coimas. No caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância constatou, no n.º 212 do acórdão recorrido, que a cessação antecipada do acordo não resultou nem de uma intervenção da Comissão, nem de uma decisão das recorrentes de por termo à infracção, mas resultou essencialmente do aumento da capacidade de produção das recorrentes na República Checa, como referiram as recorrentes na sua resposta à comunicação das acusações. O Tribunal de Primeira Instância realçou, no n.º 213 do acórdão recorrido, que a cessação antecipada do acordo já tinha sido tomada em consideração na apreciação da duração da infracção e não podia, assim, constituir uma circunstância atenuante.

171. Independentemente da questão (de facto) de saber se foi de forma realmente

voluntária ou se foi em função de imperativos económicos que as recorrentes cessaram a infracção antecipadamente, a interpretação das orientações adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância não estará, em minha opinião, viciada por erro de direito.

172. De facto, recordo que o ponto 3 das orientações refere, essencialmente, que o montante de base da coima é diminuído, nomeadamente, se a empresa visada puser termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão.

173. Ora, no acórdão Dalmine/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de confirmar a apreciação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual só pode ser concedida uma circunstância atenuante, nos termos do ponto 3 das orientações, se a infracção constatada já tivesse cessado ou estivesse em vias de cessar na data das primeiras verificações da Comissão [64].

174. Esta abordagem, ainda que em circunstâncias ligeiramente diferentes, foi recentemente confirmada no acórdão Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P), já referido, no qual o Tribunal de Justiça considerou que foi com razão que essa empresa não pode exigir o benefício de uma diminuição do montante de base da coima que lhe foi aplicada pelo facto de ter posto termo ao seu comportamento ilegal desde as primeiras intervenções das autoridades americanas da concorrência, as quais, nesse processo, de tinham desenrolado antas das intervenções da Comissão [65]. O Tribunal de Justiça baseou a sua apreciação na necessidade de preservar o efeito dissuasor da coima aplicada pela Comissão e no efeito útil do artigo 81.º, n.º 1, CE [66].

175. Daí decorre que, no caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao confirmar o facto de a Comissão se ter recusado, na decisão controvertida, a conceder uma circunstância atenuante às recorrentes por terem cessado de forma antecipada a infracção do artigo 81.º, n.º 1, CE, infracção cuja existência elas não contestaram.

176. Assim sendo, considero que a segunda parte do quarto fundamento do recurso não pode proceder. Este argumento deve assim ser julgado improcedente na íntegra.

64 — N.ºs 158 e 160.

65 — N.º 150.

66 — *Ibidem* (n.º 149).

F — *Quanto ao quinto fundamento do recurso, relativo à violação do princípio da proporcionalidade no quadro da fixação do montante da coima*

1. Argumentos das partes

177. As recorrentes defendem que, ao determinar a gravidade da infracção no quadro da fixação das coimas, o Tribunal de Primeira Instância ignorou o princípio da proporcionalidade em duas vertentes. Por um lado, o Tribunal de Primeira Instância procedeu a uma aplicação formalista das orientações, sem tomar em consideração as circunstâncias concretas da infracção. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância apenas terá verificado o carácter proporcional da infracção em relação a critérios isolados, sem tomar em consideração de forma global as circunstâncias do processo em apreço. As recorrentes criticam, a esse respeito, particularmente os n.os 228 a 232 do acórdão recorrido.

178. Para a Comissão, esse fundamento seria inadmissível, porquanto convidaria o Tribunal de Justiça a proceder a um reexame do montante da coima. A título subsidiário, realça que o Tribunal de Primeira Instância examinou detalhadamente o carácter proporcional da coima e que os argumentos das recorrentes são improcedentes.

2. Análise

179. O primeiro fundamento das recorrentes, relativo à aplicação formalista das orientações, deve ser rejeitado pelos mesmos motivos que foram expostos no n.º 165 das presentes conclusões. De facto, em apoio deste fundamento, as recorrentes limitaram-se a reiterar as suas críticas segundo as quais o Tribunal de Primeira Instância teria considerado o montante de partida de 20 milhões como sendo um limite inultrapassável. Ora, como já o afirmei acima, essas críticas são improcedentes.

180. Quanto ao segundo fundamento, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia no âmbito de um recurso, substituir-se, por razões de

equidade, à apreciação do Tribunal de Primeira Instância, e, no exercício da sua competência de plena jurisdição, decidir sobre o montante da coima aplicada a uma empresa por violação do direito comunitário [67].

181. Daí decorre que o Tribunal de Justiça não é competente, no quadro de um recurso, para efectuar o reexame geral das coimas [68].

182. Ora, no caso em apreço, na sua petição de recurso, as recorrentes convidaram o Tribunal de Justiça, na realidade, a proceder ao reexame do montante da coima que foi aplicada pelo Tribunal de Primeira Instância. De facto, aquelas defendem, nos n.os 103 a 108 da sua petição de recurso, que a pretensa ausência de impacto no mercado, a duração e o impacto variável da infracção, a sua cessação antecipada, a pretensa desproporção entre a coima e o volume de negócios global, a dimensão pretensamente reduzida dos mercados em causa, bem como a percentagem que representa a coima que foi aplicada pela Comissão em relação ao volume anual do primeiro nível dos mercados em causa deveria ter conduzido o Tribunal de Primeira Instância a diminuir o montante da coima aplicada na decisão controvertida.

183. Em contrapartida, no quadro do recurso, o Tribunal de Justiça deve apreciar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu correctamente a todos os argumentos invocados pela recorrente no sentido da supressão ou à redução da coima [69].

184. A esse respeito, tal como foi alegado pela Comissão na sua contestação e tal como resulta da análise do terceiro e quarto fundamentos do recurso efectuada nas presentes conclusões, o Tribunal de Primeira Instância examinou minuciosamente os argumentos das recorrentes que foram reiterados nos n.os 103 a 108 da sua petição de recurso, acima referidos.

185. Além disso, tratando-se das críticas mais circunstanciadas relativas à pretensa desproporção entre a coima e o volume de negócios global das recorrentes, bem como ao nível dos mercados em causa e que não podem ser examinados no quadro da resposta a dar aos fundamentos de recurso anteriores, o Tribunal de Primeira Instância verificou, legitimamente, nos n.os 228 a 232 do acórdão recorrido, se o montante adoptado pela decisão controvertida era, à luz da argumentação das recorrentes e à sua competência de plena jurisdição, proporcional aos referidos elementos. A esse respeito, importa realçar que o Tribunal de Primeira Instância realizou

67 — V., nomeadamente, acórdãos de 15 de Dezembro de 1994, Finsider/Comissão (C-320/92 P, Colect., p. 5697, n.º 46); de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.º 109); Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido (n.º 614), bem como Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido (n.º 245).

68 — V., nesse sentido, acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido (n.º 246 e jurisprudência referida).

69 — V., em particular, acórdãos, já referidos, Baustahlgewebe/Comissão (n.º 128) e Groupe Danone/Comissão (n.º 69).

essa apreciação sem se limitar ao máximo de 10% do volume de negócios previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, cujo respeito não garantiria automaticamente, como julgou correctamente no n.º 226 do acórdão recorrido, a proporcionalidade da coima.

186. Atendendo a estas considerações, sugiro que o quinto fundamento do recurso seja julgado improcedente e, consequentemente, que o recurso seja julgado improcedente na íntegra.

III — Quanto às despesas

187. Nos termos do artigo 122.º, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas. Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do mesmo regulamento, aplicável aos processos de recurso por força do disposto no artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação das recorrentes nas despesas, e devendo estas ficar vencidas, deverão as recorrentes ser condenadas a suportar as despesas relativas ao processo de recurso.

IV — Conclusão

188. Perante as considerações que antecedem, proponho que o Tribunal de Justiça decida o seguinte:

«1) É negado provimento ao recurso.

2) William Prym GmbH & Co. KG e Prym Consumer GmbH & Co. KG são condenadas nas despesas.»