CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GEORGES COSMAS

apresentadas em 15 de Julho de 1997 *

Índice

I — Matéria de facto e tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância I-4545
II — Admissibilidade da intervenção I-4548
III — Fundamentos de anulação I-4548
A — Fundamentos relativos aos vícios de forma da decisão polipropileno I-4548
1. Argumentos das partes I-4548
2. Resposta aos referidos argumentos I-4550
B — Fundamentos relativos à aplicação das disposições atinentes à concorrência I-4551
1. Quanto à inexistência de avaliação de certos elementos que excluem a aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado I-4551
a) Quanto à alínea c) do segundo fundamento de anulação I-4551
b) Quanto às alíneas d), e), h), l) e m) do segundo fundamento de anulação I-4552
c) Quanto às alíneas a), b), f) e g) do segundo fundamento de anulação I-4556
d) Quanto à alínea i) do segundo fundamento de anulação I-4563
2. Quanto à repartição do ónus da prova I-4563
3. Quanto à prescrição I-4568
4. Quanto ao montante da multa I-4570
IV — Conclusão I-4574

No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a decidir do recurso que a sociedade Montecatini SpA (inicialmente Montedison, depois Montepolimeri SpA, depois Montedipe SpA; a seguir «Monte») interpôs, nos termos do artigo 49.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992 [1]. O acórdão recorrido negou provimento ao recurso de anulação, apresentado pela recorrente nos termos do artigo 173.° do Tratado CEE (a seguir «Tratado»), da decisão da Comissão de 23 de Abril de 1986 [2] (a seguir «decisão

1 — Acórdão Montedipe SpA/Comissão (T-14/89, Colect., p. II-1155).

2 — Decisão relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/31.149 — Polipropileno) (JO L 230, p. 1).

* Língua original: grego.

polipropileno»). Esta decisão respeitava à aplicação do artigo 85.° do Tratado no sector da produção de polipropileno.

I — Matéria de facto e tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância

1. No que respeita aos factos do litígio e à tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância, o acórdão recorrido revela os seguintes elementos: o mercado da Europa Ocidental do polipropileno era abastecido, antes de 1977, quase exclusivamente por dez produtores, sendo o mais importante a ora recorrente, cuja quota de mercado oscilava entre os 14,2% e os 15%. A Monte detinha, além disso, o controlo das respectivas patentes, que caíram no domínio público na maioria dos países europeus entre 1976 e 1978. Na sequência da caducidade destas patentes, surgiram no mercado sete novos produtores, com grande capacidade de produção. Este facto não foi acompanhado de um correspondente aumento da procura, pelo que não houve equilíbrio entre a oferta e a procura, pelo menos até 1982. De um modo geral, o mercado do polipropileno caracterizava-se, ao longo da maior parte do período 1977-1983, por uma fraca rentabilidade e por prejuízos importantes.

2. Em 13 e 14 de Outubro de 1983, funcionários da Comissão, agindo ao abrigo dos poderes que lhes são conferidos pelo artigo 14.°, n.° 3, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado[3] (a seguir «Regulamento n.° 17»), procederam a diligências de instrução simultâneas nas instalações de uma série de empresas activas no sector da produção de polipropileno. Na sequência destas diligências de instrução, a Comissão apresentou pedidos de informações, nos termos do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, às empresas acima referidas bem como a outras empresas com um objecto conexo. As informações recolhidas no âmbito destas diligências de instrução e dos pedidos de informações levaram a Comissão a concluir que, entre 1977 e 1983, certos produtores, entre os quais a recorrente, tinham agido em violação do artigo 85.° do Tratado. Em 30 de Abril de 1984, a Comissão decidiu instaurar o processo previsto no artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17.° e comunicou por escrito as acusações às empresas infractoras.

3. No termo deste processo, a Comissão adoptou, em 23 de Abril de 1986, a decisão já referida, cuja parte decisória é formulada nos seguintes termos:

«Artigo 1.°

[As empresas]... Montepolimeri SpA (actualmente Montedipe)... infringiram o

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

disposto no n.º 1 do artigo 85.º, do Tratado CEE, ao participarem:

...

— no caso da Hoechst, ICI, Montepolimeri e Shell, desde meados de 1977 até, pelo menos, Novembro de 1983,

...

num acordo e prática concertada criados em meados de 1977 pelo qual os produtores fornecedores de polipropileno do território do mercado comum:

a) se contactaram e se encontraram regularmente (desde o início de 1981, duas vezes por mês) no âmbito de reuniões secretas, a fim de examinar e definir a sua política comercial;

b) fixaram periodicamente preços de objectivo (ou mínimos) para a venda do produto em cada Estado-Membro da Comunidade;

c) acordaram diversas medidas destinadas a facilitar a aplicação de tais objectivos em matéria de preços, incluindo (principalmente) limitações temporárias da produção, troca de informações pormenorizadas sobre as suas entregas, efectivação de reuniões locais e, a partir do final de 1982, um sistema de 'account management' que visava aplicar subidas de preços a clientes específicos;

d) aplicaram aumentos de preços simultâneos, executando os ditos objectivos;

e) repartiram o mercado, atribuindo a cada produtor um objectivo ou 'quota' anual de vendas (1979, 1980 e durante parte, pelo menos, de 1983) ou, na falta de acordo definitivo quanto a todo o ano, obrigando os produtores a limitarem as suas vendas mensais por referência a um período anterior (1981, 1982).

...

Artigo 3.°

Às empresas referidas na presente decisão são aplicadas, em relação com a infracção verificada no artigo 1.°, as seguintes multas:

...

x) Montedipe, uma multa de 11 000 000 ecus, ou seja, 16 187 490 000 LIT...».

4. Das quinze empresas destinatárias da decisão em questão, catorze — entre as quais a ora recorrente — apresentaram um recurso de anulação da referida decisão da Comissão. Aquando da audiência no Tribunal de Primeira Instância, que decorreu entre 10 e 15 de Dezembro de 1990, as partes expuseram os seus argumentos e responderam às questões que este lhes colocou.

5. Por carta apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 6 de Março de 1992, depois do encerramento tanto da fase oral como da fase escrita, mas antes de o acórdão ser proferido, a Monte pediu ao Tribunal de Primeira Instância a reabertura da fase oral. Para sustentar o seu pedido, invocou certos elementos de facto de que, segundo afirma, só teve conhecimento após o termo da fase oral, mais concretamente, depois de ter sido proferido o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Fevereiro de 1992, BASF e o./ /Comissão (a seguir «processos PVC») [4]. A recorrente deduziu destes elementos que a decisão da Comissão impugnada enfermava de graves vícios de forma, cujo exame exigia novas diligências de instrução. Depois de ouvir novamente o advogado-geral sobre a questão levantada, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou, através do seu acórdão de 10 de Março de 1992, já referido, tanto o pedido de reabertura da fase oral como o recurso no seu conjunto.

6. Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 11 de Junho de 1992, a Monte interpôs um recurso desse acórdão, que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou por despacho de 4 de Novembro de 1992 [5].

7. A Monte interpôs então recurso para o Tribunal de Justiça, pelo qual pede a anulação integral ou, subsidiariamente, parcial do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992 e a remessa do processo a esse órgão jurisdicional. A Monte pede também que a recorrida seja condenada nas despesas.

4 — T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, Colect., p. II-315.

5 — Despacho Montecatini SpA/Comissão (T-14/89 Rev., Colect., p. II-2409).

A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que rejeite o recurso e condene a recorrente nas despesas.

A sociedade DSM NV interveio no processo pendente em apoio dos pedidos da Monte.

II — Admissibilidade da intervenção

8. No que respeita à admissibilidade da intervenção da sociedade DSM, as considerações expostas nos números pertinentes das conclusões que apresentei no processo conexo Hüls/Comissão são, em princípio, igualmente válidas [6]. Decorre dessa análise que a intervenção da sociedade DSM no processo em apreço não é admissível, salvo na parte em que apoia a recorrente quando esta pede ao Tribunal de Justiça que, depois da anulação do acórdão proferido em primeira instância, declare a inexistência da decisão polipropileno. Os outros pedidos da interveniente ou os argumentos que invoca em apoio dos outros pedidos da recorrente não podem, de qualquer modo, ser examinados em sede de mérito, por não serem admissíveis.

6 — N.os 10 a 15 das conclusões hoje apresentadas no processo Hüls/Comissão (C-199/92 P).

III — Fundamentos de anulação

A — *Fundamentos relativos aos vícios de forma da decisão polipropileno*

1. Argumentos das partes

9. Pelo primeiro fundamento de anulação, a Monte contesta o n.º 391 do acórdão recorrido e sustenta que a decisão polipropileno da Comissão enferma de vícios de forma substanciais que conduzem à sua inexistência ou, pelo menos, à sua nulidade. A recorrente considera, com efeito, que o Tribunal de Primeira Instância infringiu as regras relativas ao ónus da prova, que impõem ao Tribunal o dever de verificar oficiosamente, em cada caso, a existência do acto que se impugna. A este respeito, a recorrente salienta que, antes de ser proferido o acórdão recorrido, a imprensa tinha tornado público o acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância nos processos conexos PVC, no qual declarava que, por um lado, a prática constante seguida pela Comissão para adopção das suas decisões era contrária às normas comunitárias e que, por outro, os actos adoptados segundo tal procedimento eram inexistentes. Além disso, nos processos PVC, os agentes da Comissão tinham expressamente admitido no Tribunal de Primeira Instância que as infracções observadas no âmbito destes processos não afectavam apenas estes, antes caracterizando a totalidade da acção da Comissão durante um determinado período. A recorrente considera que os elementos acima referidos constituíam indícios substanciais que deveriam ter levado o Tribunal de Primeira Instância a proceder a investiga-

ções mais aprofundadas sobre a existência da decisão polipropileno da Comissão. Segundo a Monte, o Tribunal de Primeira Instância devia verificar oficiosamente se a decisão da Comissão perante si impugnada não enfermava eventualmente dos mesmos vícios de forma que tinham sido identificados pela primeira vez aquando do exame dos processos PVC. A obrigação que cabe ao tribunal que decide de um recurso de anulação de verificar oficiosamente a existência dos actos cuja legalidade é chamado a controlar constitui, segundo a requerente, um princípio comum a todos os regimes jurídicos nacionais, válido, igualmente, na ordem jurídica comunitária. A Monte sustenta que, por conseguinte, não era a si que cabia provar a existência dos vícios de forma invocados no seu memorando de 6 de Março de 1992. A recorrente indica, por outro lado, que não está em condições de apresentar provas completas das infracções cometidas pela Comissão. Só o Tribunal de Primeira Instância podia — e devia — pedir à Comissão que apresentasse o original da decisão impugnada, para determinar em que medida as infracções em questão tinham realmente sido cometidas. Segundo a recorrente, a obrigação de proceder a um controlo oficioso incumbe igualmente ao Tribunal de Justiça na fase do recurso.

10. Na sua réplica, a Monte completa o seu primeiro fundamento invocando, além da inexistência, a nulidade da decisão impugnada da Comissão. A recorrente sustenta, a este respeito, que a decisão polipropileno é nula na parte que lhe diz respeito, porque, em primeiro lugar, a versão italiana não existia no momento da ua adopção [7] e porque, em segundo lugar, o seu conteúdo sofreu alterações entre a data da adopção e a da notificação. Segundo as alegações da recorrente, a existência destes vícios está provada.

11. A Comissão, por seu lado, entende que o primeiro fundamento de anulação é infundado, em especial depois de ter sido proferido o acórdão PVC do Tribunal de Justiça [8]. Segundo a recorrida, resulta deste último acórdão que os vícios invocados pela Monte no seu memorando de 6 de Março de 1992 não implicavam a inexistência da decisão, como a recorrente erradamente sustentou, mas simplesmente a sua nulidade. Foi pois correctamente que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o fundamento baseado na inexistência devia ser rejeitado. No que respeita aos fundamentos da Monte baseados na nulidade da decisão impugnada, a Comissão declara que, ainda que tivessem sido validamente invocados na réplica, devem ser julgados improcedentes. Em nenhuma fase do processo administrativo e judicial organizado no âmbito dos processos polipropileno se verificaram violações de formalidades essenciais idênticas às observadas nos processos PVC. Segundo a Comissão, as alegações da requerente a este respeito não ficaram provadas.

7 — Em violação das regras do artigo 3.º do Regulamento n.º 1, de 15 de Abril de 1958, que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia (JO 1958, 17, p. 385, EE 01 F1 p. 8).

8 — Acórdão de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, Colect., p. I-2555).

2. Resposta aos referidos argumentos

12. Há que notar, desde já, que as alegações da recorrente contidas no seu primeiro fundamento de anulação contêm uma contradição. Enquanto a Monte alega não dispor dos elementos necessários para provar a existência dos vícios de forma decisivos em que baseia os seus fundamentos relativos à inexistência, considera, em contrapartida, que existem provas suficientes a este respeito quando invoca os mesmos vícios de forma para qualificar o acto já não como inexistente, mas como nulo.

13. De qualquer modo, é correcta a parte do acórdão recorrido em que o Tribunal de Primeira Instância considera que os pretensos vícios de forma da decisão polipropileno, a existirem, não implicavam a sua inexistência. Quanto a este aspecto, remeto para as considerações que teci nas conclusões que apresentei no processo Hüls/Comissão [9], a propósito das posições tomadas pelo Tribunal de Justiça no acórdão PVC, considerações que, na minha opinião, se aplicam igualmente ao caso em apreço. Consequentemente, os fundamentos relativos à inexistência que a Monte ora apresenta são infundados e devem ser rejeitados. Parece-me, no entanto, que o tribunal *a quo* deveria examinar se, independentemente da qualificação jurídica que lhes é dada pelas partes, os pretensos vícios de forma da decisão polipropileno eram, eventualmente, susceptíveis de constituir uma violação de formalidade essencial [10]. No entanto, mesmo sob esta perspectiva, o acórdão recorrido não pode ser anulado. Por um lado, os elementos que a Monte invocou no seu memorando de 6 de Março de 1992 não se baseiam em provas completas quanto à existência dos vícios em questão [11] e só foram apresentados tardiamente, depois do encerramento da fase oral do processo [12]. Por outro lado, as normas comunitárias relativas ao controlo oficioso do tribunal não impunham ao Tribunal de Primeira Instância — a partir do momento em que este tinha aceite examinar o conteúdo do memorando, apesar de apresentado fora de prazo — que examinasse a questão de modo mais aprofundado, para determinar em que medida o acto impugnado enfermava efectivamente de vícios de forma substanciais. Não sendo as provas relativas a uma questão examinada oficiosamente completas, o tribunal comunitário não é obrigado a proceder, por sua própria iniciativa, a um exame mais minucioso de tal questão, ordenando diligências de instrução complementares, uma vez que tem a

9 — N.os 20 a 24.

10 — Quando uma parte invoca legitimamente uma série de elementos de facto, dos quais resulta, na sua opinião, a inexistência do acto impugnado no Tribunal de Primeira Instância, este não fica vinculado pela qualificação jurídica que a parte em questão faz de tais elementos. Se esses elementos são susceptíveis de constituir uma violação de uma formalidade essencial, que está sujeita ao controlo oficioso do tribunal e conduz à anulação do acto impugnado, o Tribunal de Primeira Instância deve examinar esses elementos, não estando dispensado da obrigação de constatar a infracção em causa e dela retirar as consequências. Por outro lado, o pedido principal da recorrente visa, de qualquer modo, obter a eliminação do acto impugnado, por este ser contrário às normas do direito comunitário, independentemente da forma jurídica que tal eliminação revista. É portanto essencial que, no âmbito da correcta interpretação dos pedidos apresentados, o tribunal determine em que medida o acto impugnado enferma efectivamente dos vícios que a recorrente lhe atribui, independentemente da questão de saber se esta deles deduz a inexistência do acto impugnado ou a sua nulidade.

11 — É aliás por este motivo que a recorrente tinha pedido, no seu memorando, a reabertura da fase oral.

12 — V. a análise a que procedi nos n.os 57 a 76 das conclusões que apresentei no processo Hüls/Comissão, de onde resulta que estes elementos eram, juridicamente falando, «conhecidos» das recorrentes, uma vez que podiam ter sido deles informadas se tivessem examinado atentamente os autos do processo.

possibilidade, e não a obrigação, de proceder a uma análise mais completa [13].

À luz das considerações anteriores, o primeiro fundamento de anulação da Monte deve ser julgado improcedente.

B — *Fundamentos relativos à aplicação das disposições atinentes à concorrência*

1. *Quanto à inexistência de avaliação de certos elementos que excluem a aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado*

14. No seu segundo fundamento de anulação, a Monte afirma que o Tribunal de Primeira Instância interpretou e aplicou erradamente o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. Segundo a recorrente, nem a Comissão nem o Tribunal de Primeira Instância apreciaram correctamente certos factores que ou excluíam que se explicasse o comportamento da Monte pela existência de um acordo ou de uma prática concertada ou, pelo menos, afastavam o carácter ilícito desse comportamento. Por coerência, as onze acusações, muitas vezes formuladas de forma imprecisa, serão examinadas por grupos, sendo o respectivo critério o da correlação jurídica dos argumentos invocados.

a) Quanto à alínea c) do segundo fundamento de anulação

15. É logicamente anterior aos outros argumentos a afirmação da Monte, relativa aos n.os 82 e 91 do acórdão recorrido, segundo a qual foi arbitrariamente que o Tribunal de Primeira Instância retirou uma presunção de ilegalidade da sua mera participação em reuniões com produtores de polipropileno.

Segundo a Comissão, este fundamento é não só inadmissível [14], mas também infundado, porquanto o Tribunal de Primeira Instância não baseou a sua constatação da infracção às regras da concorrência apenas na participação da recorrente nas reuniões dos produtores de polipropileno, mas também no objecto das mesmas, que era o de fixar os objectivos de preços e de volumes de vendas desejáveis.

16. Com efeito, conforme resulta do n.° 91 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua apreciação relativa ao carácter ilegal das reuniões dos produtores de polipropileno não só na

13 — V., a este propósito, os n.os 77 a 79 das conclusões relativas ao processo Hüls/Comissão.

14 — A Comissão considera que este fundamento se baseia numa compreensão incorrecta do acórdão recorrido e é, como tal, inadmissível.

participação da recorrente nas mesmas, mas, sobretudo, no facto de «que (estas reuniões) tinham por objecto, nomeadamente, a fixação de objectivos de preços e de volumes de vendas e que elas se inseriam num sistema». Esta constatação é fruto de uma série de reflexões bem como da apreciação de elementos de facto nos quais o Tribunal de Primeira Instância se baseou e que são expostos nos n.os 83 a 90 do acórdão recorrido [15].

Consequentemente, a alínea c) do segundo fundamento de anulação deve ser rejeitada por inadmissível, por se basear numa condição prévia errónea.

b) Quanto às alíneas d), e), h), l) e m) do segundo fundamento de anulação

17. A Monte afirma que o tribunal *a quo* cometeu um erro ao não constatar, tendo em conta uma série de factores, que o comportamento da recorrente não era resultado de um acordo ilegal ou de uma prática concertada ilegal, mas exclusivamente de uma acção individual ditada pelas condições que então regiam o mercado do polipropileno. Nessas circunstâncias, não se poderia falar, na opinião da Monte, de uma violação do artigo 85.° do Tratado.

18. Mais especificamente, na alínea d) do segundo fundamento de anulação, a recorrente sustenta, referindo-se aos n.os 132 a 134 do acórdão recorrido, que o Tribunal de Primeira Instância aplicou arbitrariamente o princípio «post hoc, ergo propter hoc», considerando que existe uma relação de causalidade entre a política de preços da Monte e as anteriores reuniões dos produtores de polipropileno. Na realidade, estas reuniões não podiam ter por objecto a fixação de preços, uma vez que, de qualquer modo, estas sociedades não tinham outra alternativa que não fosse tentar aumentar os preços, pois durante um longo período tinham vendido com prejuízo devido à conjuntura económica negativa.

19. Na alínea h) do segundo fundamento de anulação é desenvolvida uma argumentação análoga, respeitante às acusações da Comissão relativas à redução artificial da oferta no mercado do polipropileno e à instauração de um sistema de quotas entre produtores. Referindo-se aos n.os 143, 199 e 200 do acórdão recorrido, a recorrente sustenta que, face às condições do mercado, qualquer acordo com tal conteúdo era impossível.

20. Por outro lado, a acusação que a recorrente formula na alínea e) do segundo fundamento de anulação tem a mesma

15 — Tal como resulta dos artigos 168.°-A do Tratado e 51.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, só as questões de direito podem ser examinadas no âmbito do recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância. A insuficiência da fundamentação na qual o Tribunal de Primeira Instância baseou as suas conclusões constitui precisamente uma questão desse tipo, e, além disso, uma «violação do direito comunitário», na acepção do artigo 51.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, já referido.
Através do fundamento ora apreciado, a Monte invoca, essencialmente, a insuficiência da fundamentação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que respeita à constatação da infracção. Consequentemente, este fundamento é admissível.

natureza jurídica. No que respeita às constatações feitas pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.os 232 e 233 do acórdão de 10 de Março de 1992, a Monte considera que o Tribunal de Primeira Instância violou o princípio segundo o qual, face a duas interpretações possíveis de um mesmo comportamento, se deve dar preferência àquela que o pode justificar. Assim, no caso em apreço, como o comportamento da recorrente podia ser tanto o resultado de um acordo ou de uma prática concertada, como a consequência das condições do mercado, era esta última solução que devia ter sido adoptada.

21. A Comissão considera que todas estas três partes do segundo fundamento de anulação são inadmissíveis. Sustenta, em particular, que, pelas alegações constantes das alíneas d) e h), a recorrente procura, no fundo, ao dar uma explicação do seu comportamento diferente da adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância, atribuir um conteúdo diferente às reuniões dos produtores de polipropileno e, em consequência, pôr em causa a constatação do tribunal *a quo*.

22. A título subsidiário, a Comissão defende que as alegações acima referidas eram infundadas. A este respeito, a Comissão faz notar que o Tribunal de Primeira Instância justificou as suas conclusões (sobretudo nos n.os 128 a 137 e 175 a 202, respectivamente) quanto ao objecto ilícito das reuniões dos produtores de polipropileno e à participação da Monte nos acordos.

23. Quanto à alínea e) do segundo fundamento de anulação, a Comissão invoca, para comprovar a sua inadmissibilidade, o artigo 119.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e o facto de esta alínea não conter qualquer argumento de direito dirigido contra o acórdão recorrido, limitando-se a repetir os argumentos já invocados no Tribunal de Primeira Instância com vista ao reexame do recurso inicialmente apresentado. Para sustentar a sua afirmação, a Comissão remete para a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça [16].

24. No que respeita às restantes partes do segundo fundamento de anulação, que serão examinadas de seguida, a recorrente formula também acusações estreitamente ligadas à apreciação que o Tribunal de Primeira Instância fez do comportamento da Monte e dos resultados que dele decorrem. Na alínea l) do segundo fundamento de anulação, referindo-se aos n.os 175 a 177 do acórdão recorrido, a recorrente sustenta que foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância atribuiu carácter secreto aos dados relativos à produção da Monte, uma vez que quase todas as pessoas podiam ter acesso a eles. Segundo a recorrente, para que houvesse violação do artigo 85.°, a Comissão deveria ter provado que a troca dos dados em questão entre as sociedades produtoras de polipropileno tinha ocorrido antes de qualquer divulgação por outra forma e que o conhecimento desses dados tinha tido por efeito entravar o funcionamento da concorrência.

16 — V. o acórdão de 22 de Dezembro de 1993, Eppe/Comissão (C-354/92 P, Colect., p. I-7027), e os despachos de 26 de Abril de 1993, Kupka-Floridi/CES (C-244/92 P, Colect., p. I-2041), e de 7 de Março de 1994, De Hoe/Comissão (C-338/93 P, Colect., p. I-819).

25. A Comissão responde que não consegue compreender a que parte do acórdão recorrido se refere a crítica da Monte, manifestamente porque essa acusação é formulada de modo vago, que, de qualquer modo, o fundamento levanta uma questão relativa à apreciação dos factos e que é formulado pela primeira vez na fase do recurso perante o Tribunal de Justiça, em violação do artigo 113.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Nesses termos, a Comissão considera que a alínea l) do segundo fundamento de anulação é manifestamente inadmissível.

26. A recorrente afirma, por fim, na alínea m) do segundo fundamento de anulação, que o Tribunal de Primeira Instância concluiu erradamente, nos n.os 253 e 254 do acórdão recorrido, que os comportamentos em questão dos produtores de polipropileno tiveram um efeito sensível no comércio entre os Estados-Membros. No que respeita a este fundamento, a Comissão suscita novamente uma questão prévia de inadmissibilidade, invocando a já referida jurisprudência do Tribunal de Justiça [17].

27. A propósito do segundo fundamento de anulação, e à luz dos elementos já referidos, a Comissão recorda que o recurso só pode basear-se em fundamentos decorrentes de uma violação de normas de direito, não podendo o apuramento ou a apreciação dos factos levada a cabo pelo tribunal *a quo* ser validamente contestada [18].

28. Desde que tenham sido respeitadas as normas e os princípios gerais de direito relativos ao ónus da prova [19], só o Tribunal de Primeira Instância tem competência para retirar as consequências jurídicas que decorrem da apreciação da matéria de facto que lhe foi apresentada [20]. O tribunal *ad quem* só se reporta aos autos do processo se uma das partes invocar um fundamento baseado na desnaturação (alteração) dos factos pelo tribunal *a quo*.

29. No caso em apreço, tendo em conta, em primeiro lugar, as alíneas d), e) e h) do fundamento de anulação já referido, verifica-se que a recorrente tenta pôr em causa a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que esta respeita ao conteúdo das reuniões dos produtores de polipropileno, ou seja, as provas. A Monte não alega que o Tribunal de Primeira Instância alterou os elementos de prova que lhe foram apresentados. No entanto, partindo da situação económica dominante no mercado durante o período em que tiveram lugar tais reuniões, a

17 — V. o acórdão Eppe/Comissão (já referido na nota 16) e despachos Kupka-Floridi/CES e De Hoe/Comissão (também já referidos na nota 16).

18 — V. o acórdão de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o., (C-136/92 P, Colect., p. I-1981) e o despacho de 17 de Setembro de 1996, San Marco/Comissão (C-19/95 P, Colect., p. I-4435). Conforme consta dos n.os 48 e 49 do acórdão Comissão/Brazzelli Lualdi e o. «só o Tribunal de Primeira Instância tem competência para a apreciação da matéria de facto, excepto em casos nos quais a inexactidão material das suas conclusões resulte das peças dos autos que lhe foram apresentadas...». V. também o acórdão de 2 de Março de 1994, Hilti/Comissão (C-53/92 P, Colect., p. I-667, n.os 10, 19 e 42).

19 — Quanto à repartição do ónus da prova, v. os n.os 53 e segs. das presentes conclusões.

20 — V. o acórdão Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (já referido na nota 18), n.° 66, e o despacho San Marco/Comissão (também já referido na nota 18), n.° 40.

recorrente tenta dar a sua própria interpretação dos factos, revestindo-os de uma caracterização jurídica diferente. Mais especificamente, o Tribunal de Primeira Instância retirou as seguintes conclusões da apreciação dos factos: em primeiro lugar, as reuniões dos produtores de polipropileno tinham por objecto a fixação de objectivos de preços e de volumes de vendas (n.º 91 do acórdão recorrido); em segundo lugar, a recorrente encontrava-se entre os produtores que participaram nas tentativas de fixação dos preços a atingir e dos preços de objectivo, e de determinação do volume de vendas desejado (respectivamente, n.os 137, 150 e 200 do acórdão recorrido). Por seu lado, a recorrente responde que o seu comportamento em matéria de preços e de volume de vendas só podia ser autónomo, face às condições do mercado. A Monte não acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter aplicado correctamente as normas de direito, mas sim de não ter chegado à mesma conclusão que ela, na apreciação que fez dos factos. Esta argumentação equivale, no entanto, a um pedido de reapreciação da matéria de facto pelo tribunal *ad quem*, e não é portanto da sua competência [21].

30. A alínea m) do segundo fundamento de anulação deveria, na minha opinião, ser entendida do mesmo modo. Evidentemente, a condição colocada pelo artigo 85.º do Tratado, que requer que o comércio entre os Estados-Membros seja afectado, levanta uma questão de direito submetida ao controlo do Tribunal de Justiça [22]. Mas, conforme resulta do artigo 51.º (já referido), do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, bem como do artigo 112.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, há que indicar claramente, na petição, as partes do acórdão que se pretendem impugnar, bem como os argumentos jurídicos em seu apoio [23].

31. No caso em apreço, verifica-se que a contestação da apreciação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a infracção em que a Monte participou era susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros (n.º 253 do acórdão recorrido) baseia-se exclusivamente numa apreciação diferente dos factos feita pela recorrente, e não num vício de direito de que sofre o acórdão recorrido. Pede-se portanto ao Tribunal de Justiça que aprecie novamente os factos e se pronuncie de modo diferente do Tribunal de Primeira Instância. Tal como é formulado, este fundamento deve portanto ser rejeitado por inadmissível.

32. Resta examinar a alínea l) do segundo fundamento de anulação. Em primeiro

21 — V. os n.os 26 e segs. das conclusões que apresentei relativas ao processo Hüls/Comissão, já referido.

22 — V. o acórdão de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.º 69). Este acórdão respeitava, é claro, ao artigo 86.º do Tratado, mas não há qualquer razão para que assim não seja quando se trata da condição, idêntica em todos os aspectos, que exige que o comércio entre os Estados-Membros seja afectado, que se coloca no artigo 85.º Há também que salientar, independentemente do problema de saber se esta questão se coloca no caso em apreço, que não é necessário que o comportamento em causa tenha afectado sensivelmente o comércio. Basta provar, como o Tribunal de Primeira Instância correctamente admitiu no n.º 253 do acórdão recorrido, que o comportamento é susceptível de produzir tal efeito. V. os acórdãos de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 104), e de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 32).

23 — V., recentemente, o despacho de 24 de Abril de 1996, CNPAAP/Conselho (C-87/95 P, Colect., p. I-2003, n.º 29), e o despacho San Marco/Comissão (já referido na nota 18), n.os 36 e 37.

lugar, há que recordar que, nos termos do artigo 113.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o recurso não pode modificar o objecto do litígio perante o Tribunal de Primeira Instância. Quando um recurso é interposto, a competência do Tribunal de Justiça limita-se ao controlo da solução jurídica dada em primeira instância, à luz dos fundamentos invocados e das alegações legitimamente apresentadas perante o Tribunal de Primeira Instância [24]. No caso em apreço, verifica-se que os n.os 175 a 177 do acórdão recorrido, contra os quais se dirige o fundamento da recorrente em causa, respeitam à questão de saber se os dados relativos ao volume de vendas trocados aquando das reuniões dos produtores eram verdadeiros ou falsos, e não à questão de saber se eram secretos ou públicos. Além disso, não resulta dos memorandos apresentados em primeira instância que tal fundamento tenha sido legitimamente apresentado no Tribunal de Primeira Instância. Consequentemente, este fundamento, apresentado pela primeira vez na fase do recurso, deve, por este motivo, ser rejeitado por inadmissível.

c) Quanto às alíneas a), b), f) e g) do segundo fundamento de anulação

33. A recorrente alega que foi sem razão que o Tribunal de Primeira Instância não admitiu que a concertação a que os produtores de polipropileno procederam se justificava pelas circunstâncias, pelo que não se podia colocar a questão da aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado [25].

34. No âmbito da alínea a) do segundo fundamento de anulação, a Monte alega que o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta, como deveria ter tido, a distorção da concorrência provocada por elementos estranhos ao comportamento das empresas produtoras de polipropileno e, em especial, pela triplicação dos preços do petróleo (matéria-prima para o fabrico do polipropileno) no fim dos anos 70, devido ao abuso pelo cartel do petróleo da sua posição dominante no mercado. Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância ter-se-ia assim afastado da jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual se deve sempre apreciar os elementos que, embora estranhos ao comportamento das empresas, o tenham, no entanto, influenciado. A recorrente refere-se às conclusões do advogado-geral Mayras nos processos Suiker Unie e o./Comissão e Van Landewyck e o./Comissão, bem como às conclusões do advogado-geral Verloren Van Themaat no processo Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão [26]. A recorrente deduz destas conclusões e acórdãos, que, para provar de forma definitiva a responsabilidade de uma sociedade nos termos do artigo 85.° do Tratado, é indispensável examinar em que medida as

24 — V. o acórdão Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (já referido na nota 18), n.° 59, e o despacho San Marco/Comissão (também já referido na nota 18), n.° 49.

25 — Pelo menos, é este o elemento principal da argumentação da recorrente nesta matéria. Mas, devido à sua formulação imprecisa, estas alegações são passíveis duma interpretação e duma perspectiva diferentes, conforme explicarei adiante de modo mais pormenorizado.

26 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 1663), de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125), e de 10 de Dezembro de 1985, Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão (240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82, Recueil, p. 3831).

condições de concorrência «efectiva» existiam anteriormente, independentemente do comportamento das sociedades no mercado. Por outras palavras, o princípio segundo o qual é impossível danificar um bem que não existe no momento do alegado dano é igualmente válido no direito comunitário da concorrência. Segundo a recorrente, com base nesta lógica, deveriam ter sido tomadas em conta as seguintes circunstâncias, no âmbito das quais se desenvolveu a sua actuação durante o período em causa: embora, independentemente do aumento dos preços de compra das matérias-primas devido ao abuso de posição dominante já referido levado a cabo pelo cartel do petróleo, o comportamento da Monte tenha sido ditado, por um lado, pelo Governo italiano, que lhe impôs a participação nas reuniões dos produtores de polipropileno, e, por outro lado, pela posição de vantagem em que se encontravam os compradores de polipropileno, o objectivo de diminuição dos prejuízos que as empresas do sector visavam nunca foi, aliás, devido a este último factor, atingido.

35. Na sua resposta, a Comissão observa que o fundamento que a recorrente baseia nas condições excepcionais criadas pela triplicação do preço do petróleo foi apresentado, pela primeira vez, no Tribunal de Justiça. Consequentemente, deve ser rejeitado por inadmissível, uma vez que a recorrente procura, assim, modificar o objecto do litígio em primeira instância, em violação do artigo 113.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Segundo a Comissão, este fundamento é, além disso, infundado. Não há qualquer regra nem qualquer princípio geral de direito que autorize as empresas a violar as regras relativas à concorrência em reacção à actividade anticoncorrencial dos seus concorrentes ou de terceiros. Quanto ao acórdão Suiker Unie e o./Comissão, invocado pela recorrente, a Comissão replica, por um lado, que, nesse processo, o Tribunal de Justiça examinou os efeitos que a legislação de um Estado-Membro tinham sobre a concorrência, elemento inexistente no caso em apreço, e, por outro lado, que esta jurisprudência estava, de qualquer modo, ultrapassada, em virtude dos acórdãos (já referidos) proferidos posteriormente pelo Tribunal de Justiça nos processos Van Landewyck e o./Comissão e Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão. Paralelamente, a Comissão faz notar que nem o facto de o Governo italiano ter dado instruções à Monte quanto à sua participação nas reuniões dos produtores de polipropileno, nem as dificuldades destes produtores em porem em prática as iniciativas de preços acordadas, excluem a aplicação do artigo 85.º

36. Na alínea b) do segundo fundamento de anulação, a Monte invoca um vício de que enfermaria a fundamentação com base na qual o Tribunal de Primeira Instância afastou, nos n.os 257 e 265 do acórdão recorrido, a aplicação do princípio da «rule of reason». A recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de adoptar uma interpretação restritiva deste princípio, verificando apenas quais eram os efeitos do comportamento das empresas e se este favorecia eventualmente a concorrência, em vez de a prejudicar. Ora, na opinião da recorrente, deveria ter sido procurada a *ratio legis* das regras da concorrência para verificar, seguidamente, se um determinado comportamento é ou não contrário a tais normas. No âmbito desse exame, é preciso apreciar também as condições em que as empresas adoptaram o comportamento em causa. No caso em apreço, havia que ter em conta o conjunto das circunstâncias desfa-

voráveis que obrigaram os produtores de polipropileno a vender com prejuízo. Consequentemente, não se podia considerar que as tentativas de diminuição dos prejuízos, que, devido às condições do mercado, se revelaram, aliás, infrutíferas, eram contrárias às normas da concorrência.

37. Por outro lado, a recorrida alega que o Tribunal de Primeira Instância fundamentou correctamente a sua resposta ao argumento da Monte relativo à aplicação do princípio da «rule of reason», ao declarar, no n.º 264 do seu acórdão, que a Comissão tinha feito prova suficiente de que os acordos e práticas concertadas entre os produtores de polipropileno tinham um objecto contrário às regras da concorrência. Além disso, segundo a mesma argumentação, o Tribunal de Primeira Instância considerou com razão que, ainda que se aplicasse o princípio da «rule of reason» na ordem jurídica comunitária, a Comissão tinha agido correctamente ao não proceder a uma análise do efeito que os comportamentos em questão tinham sobre a concorrência, uma vez que os acordos previstos nas alíneas a), b) e c), do artigo 85.º, n.º 1, relativos à fixação de preços, limitação da produção e repartição de mercados, constituem uma violação flagrante das regras da concorrência, pelo que deve considerar-se que comportam, em si, uma violação destas normas. A Comissão acrescenta que, tanto no direito europeu como no direito americano, os acordos horizontais sobre preços são considerados ilícitos, ainda que as empresas produzam com prejuízo.

38. Na alínea f) do segundo fundamento de anulação, a recorrente alega, referindo-se ao n.º 295 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, que este não teve em conta, como deveria ter tido, o «dever de comportamento leal entre as empresas obrigadas a vender com prejuízo». As empresas produtoras de polipropileno queriam evitar vender a um preço ainda mais baixo do que o preço de custo do que seria necessário. Neste contexto, as tentativas de aumento dos preços visavam reduzir os prejuízos e evitar a prática, altamente ilícita, dos preços predatórios.

39. A Comissão considera que esta parte do segundo fundamento de anulação é, em princípio, inadmissível, porque, por um lado, tende ao reexame dos factos e, por outro, ao levantar pela primeira vez a questão da venda a um nível inferior ao que era necessário, modifica o objecto do litígio, em violação do artigo 113.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Segundo a Comissão, este fundamento seria, de qualquer modo, infundado. A Comissão remete, a este respeito, para a conclusão do Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual a única venda a um nível de preço inferior ao preço de custo que se pode qualificar como concorrência desleal é a praticada por uma empresa que visa reforçar a sua posição relativamente à dos seus concorrentes. Em contrapartida, não se pode falar de concorrência desleal quando a venda a um nível de preços inferior ao preço de custo decorre do funcionamento das regras do mercado.

40. Ainda no âmbito do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a recorrente sustenta, na alínea g) do segundo fundamento de anulação, referindo-se aos n.ºs 132 e 237 do acórdão recorrido, que o Tribunal de Primeira Instância aplicou um tratamento discriminatório aos produtores de polipropileno em benefício dos compradores deste produto.

A recorrente indica, a este respeito, que os produtores estavam bloqueados entre os fornecedores de petróleo e os compradores. Consequentemente, o facto de anunciar um ligeiro aumento de preço aos compradores, que podiam perfeitamente recusá-lo, aproveitando-se da sua posição de vantagem, não podia, segundo a Monte, ser considerado uma restrição da concorrência. Tal perspectiva levaria a uma protecção excessiva dos interesses de uma determinada categoria de empresas em detrimento de outra e seria assim contrária ao artigo 2.° do Tratado.

41. A Comissão replica que, se a formulação genérica deste fundamento não for razão suficiente para o declarar inadmissível, ele é, de qualquer modo, infundado. O artigo 85.° aplica-se a empresas que celebrem acordos ou adoptem práticas concertadas restritivas da concorrência e a sua aplicação tem como consequência, nalguns casos, beneficiar os compradores. A Comissão não vê portanto em que possa consistir a discriminação. Acrescenta, por outro lado, que foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a situação de vantagem de que gozavam os compradores no âmbito de uma determinada categoria de transacções comerciais não dispensava os vendedores da obrigação de respeito do artigo 85.°

42. Com as acusações acima referidas, a recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância aplicou erradamente o artigo 85.° do Tratado. Nesta perspectiva, o Tribunal de Primeira Instância não teria de todo tido em conta ou, pelo menos, teria mal interpretado uma série de factores que demonstravam não ter havido restrição ou, pelo menos, restrição significativa da concorrência em resultado do comportamento dos produtores de polipropileno. Consequentemente, o artigo 85.° não se poderia aplicar no caso em apreço. Neste contexto, os fundamentos em questão só são admissíveis se, por um lado, não forem invocados pela primeira vez na fase de recurso para o Tribunal de Justiça e, por outro, exprimirem a ideia de que uma concertação constatada em princípio não cabe, por outras razões, no âmbito de aplicação do artigo 85.° [27]. Esta explicação impõe-se porque a Monte tenta, através do seu segundo fundamento de anulação, apresentar o seu comportamento como resultado de uma acção individual e, paralelamente, justificar qualquer acordo ou prática concertada constatados [28].

43. Tendo em conta as considerações anteriores, entendo que é só na medida em que a recorrente procura, pelas suas afirmações, sustentar um fundamento susceptível de justificar um comportamento que, de outro modo, seria abrangido pelo artigo 85.°, que estas afirmações são admissíveis. Pelo contrário, se se entendesse que, precisa-

27 — No que respeita a esta segunda parte, os fundamentos invocados distinguem-se dos examinados na secção anterior. Com efeito, um fundamento de anulação segundo o qual as reuniões dos produtores de polipropileno não tinham, ou não podiam ter, por objecto a fixação de preços e de volumes de vendas pretendidos é diferente, de um ponto de vista jurídico, de um fundamento que não contesta o facto da concertação como tal, mas invoca circunstâncias excepcionais que justificam, ou mesmo impõem, tais concertações entre empresas. É só no segundo caso que se coloca uma questão de direito susceptível de controlo na fase do recurso para o Tribunal de Justiça.

28 — O caso da alínea f) do segundo fundamento de anulação, onde se faz referência ao dever de comportamento leal entre as empresas obrigadas a vender com prejuízo, é característico. O Tribunal de Primeira Instância examina o conjunto da questão quanto ao problema de saber em que medida existe, eventualmente, uma razão que exclua o carácter ilegal do «acordo» (v. n.° 296 do acórdão), quando o recurso se refere, de modo vago, a «tentativas» de aumento dos preços. Mas, seguidamente, na réplica, a recorrente recusa categoricamente qualquer interpretação de onde decorra ter admitido ter participado nas concertações em causa e indica que, de qualquer modo, fez prova de um comportamento que lhe foi imposto pela conjuntura dominante na altura.

mente através dos mesmos argumentos, a Monte tenta provar que não participou em reuniões ilícitas com outros produtores de polipropileno, tendo determinado o seu comportamento de modo individual, então estaria a contestar a apreciação dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância, pelo que esse fundamento seria inadmissível [29].

44. No fundo, o problema levantado pelos fundamentos de anulação acima referidos é o de saber se a correcta interpretação do direito comunitário impõe a não aplicação das proibições e sanções previstas no artigo 85.° do Tratado, em caso de fixação de preços e de volume de vendas, quando se verifiquem determinadas circunstâncias particulares. Os argumentos essenciais da recorrente consistem em invocar o princípio, de origem americana, da «rule of reason», e em afirmar a necessidade de encontrar a *ratio legis* das regras relativas à concorrência. Em conformidade com estes dois princípios de interpretação, a apreciação do carácter lícito ou ilícito de um comportamento que parece, à primeira vista, contrário às regras da concorrência deve ser feita em concreto, tidos em conta todos os factores que afectam a acção das empresas e, em geral, o comércio. Para apreciar a legitimidade de um comportamento, há, em primeiro lugar, que examinar se, e em que medida, a concorrência foi, na prática, falseada ou se, pelo contrário, não foi afectada ou foi mesmo beneficiada. Por outras palavras, há que analisar todos os elementos que constituem um conjunto económico, ou seja, o mercado, bem como o grau de influência que cada um deles exerce. Segundo este raciocínio, o exame efectuado pela Comissão e o correspondente controlo exercido pelo Tribunal de Primeira Instância devem incidir, em função das particularidades de cada caso, sobre o efeito que o comportamento das empresas produziu, real ou potencialmente, no mercado, a razão pela qual tal comportamento foi adoptado e o objectivo visado [30].

45. Coloca-se então a questão de saber se a interpretação acima referida tem aplicação na ordem jurídica comunitária. Em minha opinião, a resposta deve ser negativa. Limitar-me-ei a um comentário, que considero ser particularmente importante para a compreensão da jurisprudência do Tribunal de Justiça e que realça as diferenças entre o direito americano e o direito europeu da concorrência. Não se podem identificar estes dois sistemas se se ignorarem duas das suas diferenças fundamentais. Por um lado, a legislação americana não contém

29 — No que respeita à alínea f) do segundo fundamento de anulação, há que salientar o seguinte: em primeira instância, a recorrente tinha alegado que a necessidade de um «comportamento leal» entre os produtores de polipropileno justificava comportamentos contrários ao artigo 85.° do Tratado. Esta afirmação é de natureza meramente jurídica e está sujeita ao controlo exercido no âmbito do recurso perante o Tribunal de Justiça. Pelo contrário, o argumento da Monte segundo o qual os produtores de polipropileno recorreram aos comportamentos ilícitos constatados para evitar que o produto fosse vendido a um preço ainda mais baixo do que o preço de custo do que seria necessário não pode ser examinado quanto ao seu mérito porque foi invocado, pela primeira vez, na fase do recurso.

30 — Esta interpretação respeita, em direito americano, à primeira parte do Sherman Act de 1890. Resulta da tomada em conta dos factores aqui referidos que um comportamento só é, afinal, julgado ilícito se afectar a concorrência num «grau inaceitável» («to an unreasonable degree»). Quanto às excepções, v. adiante.

qualquer disposição análoga à do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, que institui, em direito europeu, um procedimento especial que torna lícitos certos comportamentos que, de outro modo, constituiriam uma violação das disposições em matéria de concorrência. Por outro lado, os Estados Unidos constituem um mercado único que utiliza uma moeda única, pelo que a necessidade de introduzir normas jurídicas com o objectivo de assegurar a livre circulação das mercadorias é menos imperiosa do que na Europa.

46. De qualquer modo, e independentemente da perspectiva que se adopte quanto à questão da interpretação das disposições relativas à concorrência, é, na minha opinião, incontestável que certos comportamentos, pelo seu conteúdo, prejudicam a concorrência de modo tão evidente que se torna, em princípio, supérfluo qualquer outro exame dos elementos que levaram à sua adopção ou dos efeitos que deles decorreram. Esta abordagem parece ser comum à Europa e aos Estados Unidos, e abrange, essencialmente, infracções semelhantes. Entre estas, figuram sobretudo os acordos ou práticas concertadas [31] que consistem na fixação dos preços, na limitação da produção e na repartição dos mercados (v. artigo 85.°, n.° 1, alíneas a), b) e c), do Tratado [32]. Na terminologia americana fala-se, nestes casos, de violações *per se* das regras da concorrência [33].

47. Consequentemente, na medida em que as empresas em causa não tentaram nem conseguiram ficar sob a alçada das derrogações previstas no n.° 3 do artigo 85.° do Tratado, os acordos entre elas celebrados com o objectivo de fixar os preços e o volume de vendas, bem como as práticas concertadas com o mesmo conteúdo, são, *ipso facto*, ilícitos, em virtude do artigo 85.°, n.° 1.

48. A jurisprudência do Tribunal de Justiça [34] invocada pela recorrente poderia eventualmente fazer surgir dúvidas quanto à exactidão desta perspectiva. Esta jurisprudência parece aceitar a possibilidade de não aplicar o artigo 85.°, n.° 1, quando a legislação nacional elimina, na prática, a livre concorrência. Por outras palavras, para apreciar a responsabilidade das empresas em causa, tem-se em conta a influência que um factor externo exerce sobre o seu comportamento. Pode assim sustentar-se, pelo menos em teoria, que esta jurisprudência se deve generalizar para todos os factores externos correspondentes. Deveria tomar-se em conta, por exemplo, o facto de a livre concorrência ter deixado de

31 — Sempre segundo a terminologia europeia.

32 — Os acordos de fixação de preços constituem o exemplo mais representativo, mas são também o que antes de mais nos interessa no caso em apreço. O Tribunal de Justiça considerou que estes acordos comportavam «pela sua própria natureza» ou «em si» uma restrição da concorrência. V., por exemplo, os acórdãos de 30 de Janeiro de 1985, BNIC (123/83, Recueil, p. 391, n.° 22), e de 3 de Julho de 1985, Binon (243/83, Recueil, p. 2015, n.° 44).

33 — V., quanto a esta questão, os acórdãos United States/Yrenton Potteries Company (1927) e, sobretudo, United States/Socony-Vacuum Oil Company (1940), que rejeita, em particular, os acordos sobre preços como resposta legítima «aos males da concorrência». Para mais pormenores quanto à jurisprudência americana recente, v. 54 *American Jurisprudence*, 2.ª edição, «Monopolies, Restraints of Trade and Unfair Trade Practices», New York, 1996, e sobretudo os n.os 46 e segs. e 70 e segs.

34 — V. acórdãos Suiker Unie e o./Comissão, Van Landewyck e o./Comissão e Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão (já referidos na nota 26).

ser efectiva devido ao comportamento de terceiros face às empresas em causa. Não creio que esta posição, defendida pela recorrente, possa ser acolhida. Em primeiro lugar, a jurisprudência Suiker Unie e o./Comissão respeita a um caso particularmente excepcional e é interpretada restritivamente pelo Tribunal de Justiça [35]. O fenómeno da existência de legislações nacionais que suprimem a concorrência deve, do ponto de vista do direito comunitário, ser considerado como particularmente excepcional e directamente associado à fase actual da unificação europeia e ao importante papel que as normas nacionais continuam a representar no espaço económico europeu. Aliás, a extensão da jurisprudência Suiker Unie e o./Comissão no sentido sugerido pela recorrente teria por efeito subordinar a apreciação da legitimidade de cada comportamento que fosse, em princípio, contrário às disposições do artigo 85.°, à avaliação das condições do mercado, desnaturando assim toda a filosofia da livre concorrência, pelo menos tal como é entendida pelo direito europeu. Além disso, é às autoridades comunitárias competentes e não aos particulares que incumbe adoptar as medidas adequadas para remediar situações em que a concorrência é prejudicada pelo comportamento de certas empresas [36].

49. Tendo em conta as considerações anteriores, os fundamentos da recorrente devem ser encarados do seguinte modo: em primeiro lugar, os efeitos da livre concorrência em nada se assemelham aos da concorrência desleal, por muito prejudiciais que possam ser, por vezes, para certas empresas. Tais efeitos decorrem das leis da oferta e da procura, não podendo, portanto, ser invocados como razão justificativa dos acordos sobre os preços, ainda que os produtores que participam nesses acordos vendam abaixo do preço de custo; em segundo lugar, a posição de vantagem de que certas empresas gozam no mercado em resultado dessas condições não permite que os seus concorrentes infrinjam o artigo 85.° As eventuais instruções dadas pelo governo de um dos Estados-Membros a uma sociedade quanto à sua participação em reuniões cujo objecto infringe as normas da concorrência são também completamente irrelevantes para efeitos da aplicação do artigo 85.°

50. À luz do que precede, entendo que foi com razão que o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua apreciação apenas no objecto das reuniões dos produtores de polipropileno e admitiu que as condições de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, se encontravam reunidas. Foi também com razão que considerou que o comportamento da recorrente constituía uma infracção *per se* às regras da concorrência (n.os 264 e 265 do acórdão recorrido). Por fim, foi com razão que o tribunal *a quo* rejeitou a afirmação constante da alínea f) do segundo fundamento de anulação (n.os 295 e 296 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância), bem como as restantes afirmações da Monte aqui apreciadas.

35 — Sem nunca ter sido completamente abandonada, a excepção formulada pela primeira vez no acórdão Suiker Unie e o./Comissão é de difícil aplicação na prática, na medida em que o Tribunal de Justiça é particularmente estrito quando é chamado a reconhecer a existência de uma legislação nacional que priva completamente as empresas da possibilidade de agirem livremente e que impõe um comportamento contrário às regras comunitárias da concorrência. O acórdão Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão (já referido na nota 26) é disso o melhor exemplo. Por outro lado, a responsabilidade das empresas não é contestada quando o seu comportamento, contrário aos artigos 85.° e 86.°, é simplesmente favorecido pelas autoridades nacionais (v. acórdãos de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc e o., 229/83, Recueil, p. 1, e de 29 de Janeiro de 1985, Cullet, 231/83, Recueil, p. 305).

36 — Caso contrário, reconhecer-se-ia indirectamente às empresas um direito *sui generis* que lhes permitiria «fazer justiça pelas suas próprias mãos», direito segundo o qual as próprias empresas adoptariam as medidas apropriadas para enfrentar condições de concorrência desleal criadas pelo comportamento dos seus concorrentes.

Em conclusão, as alíneas do segundo fundamento de anulação ora examinadas devem ser rejeitadas, na totalidade, por improcedentes.

d) Quanto à alínea i) do segundo fundamento de anulação

51. Quanto a esta alínea, a recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância instituiu uma nova forma de infracção ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, que acresce ao acordo e à prática concertada previstos explicitamente por este artigo. Esta forma de infracção é designada pela expressão «convergência de vontades» (n.os 105, 201 e 230 do acórdão recorrido) e não encontra fundamento na lei. Além disso, segundo a recorrente, foi sem razão que o Tribunal de Primeira Instância não baseou a sua apreciação relativa à ilicitude das concertações dos produtores de polipropileno na questão de saber em que medida as mesmas tinham «por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência», na acepção do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, e examinou o «objecto» destas concertações, critério que não consta das disposições comunitárias em vigor.

52. Limitar-me-ia a referir, tal como a Comissão, aliás, que o Tribunal de Primeira Instância aplicou correctamente a norma do artigo 85.°: por um lado, invoca a «convergência de vontades» dos produtores de polipropileno como elemento de que resulta a existência entre eles de um «acordo»; por outro, quando se refere ao «objecto» das reuniões entre produtores, refere-se, essencialmente, ao objectivo dessas reuniões, no qual, de resto, baseia expressamente a sua apreciação (v. n.° 91 do acórdão recorrido).

Consequentemente, o fundamento de anulação em questão deve ser rejeitado por infundado.

2. *Quanto à repartição do ónus da prova*

53. Através do seu terceiro fundamento de anulação, a Monte alega, referindo-se aos n.os 82, 86, 89, 129, 144, 146 e 149 do acórdão recorrido, que o Tribunal de Primeira Instância violou os princípios do ónus da prova, da presunção de inocência do acusado e da responsabilidade pessoal. Paralelamente, segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância ter-lhe-ia imputado confissões inexistentes; afirmou, sem provas, que os produtores de polipropileno tinham subscrito um plano comum e afastou, sem razão, a afirmação da Monte segundo a qual o seu comportamento tinha sido ditado por pressões e ameaças provenientes de organizações terroristas. A recorrente sustenta que foi sem razão que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a recorrente tinha reconhecido ter participado no conjunto das reuniões dos

produtores de polipropileno e a convidou a fornecer outra explicação quanto ao conteúdo das reuniões em que participara. O Tribunal de Primeira Instância invoca, a este respeito, notas tomadas pelos representantes da Monte, cuja existência não se pode provar através dos elementos de prova existentes. O Tribunal de Primeira Instância teria assim invertido o ónus da prova e presumido que a Monte era culpada, equiparando a participação numa reunião à participação em todas as infracções que, supostamente, aí terão sido cometidas. Do mesmo modo, segundo a Monte, o Tribunal de Primeira Instância admitiu a sua participação no sistema de «account leadership» por os elementos por ela fornecidos, dos quais resultava que este sistema não tinha funcionado no que à Monte respeitava, não se referirem a todos os clientes relativamente aos quais a Monte tinha sido designada «account leader». Segundo a recorrente, é, no entanto, à Comissão que cabe provar que o sistema de «account leadership» foi efectivamente aplicado. Ao exigir à Monte que faça prova do contrário, o Tribunal de Primeira Instância procedeu a uma repartição errada do ónus da prova. Além do mais, segundo a recorrente, a prática de uma política autónoma em matéria de preços constitui um indício suficiente da sua não participação nas iniciativas que consistiam na fixação de preços de objectivo. O Tribunal de Primeira Instância não retirou portanto deste fundamento as conclusões que se impunham.

54. A Comissão entende que o ónus da prova foi correctamente repartido entre as partes. Como a participação da recorrente nas reuniões dos produtores de polipropileno tinha ficado provada e se dispunha de relatórios das reuniões organizados pela sociedade ICI, igualmente implicada, era à Monte que cabia fornecer uma interpretação diferente do conteúdo dessas reuniões. O Tribunal de Primeira Instância indica, no seu acórdão, que a Monte poderia ter invocado, para esse efeito, os eventuais relatórios dos seus representantes e os seus testemunhos.

55. A Comissão sustenta, além disso, que, aos basear-se numa série de provas, o Tribunal de Primeira Instância admitiu a existência de um acordo entre os produtores de polipropileno, cujo objecto era a adopção de medidas com vista à execução das iniciativas de preços, e não necessitava portanto de provas suplementares da aplicação desse acordo a certos clientes. O facto de, na prática, o acordo ter fracassado é, juridicamente, irrelevante para a determinação da responsabilidade das empresas envolvidas. De acordo com este raciocínio, a diferença entre os preços obtidos no mercado e os preços acordados é inerente à noção de preço de objectivo e não prova que a recorrente não tenha participado nos acordos em questão.

56. Note-se, em primeiro lugar, que a questão colocada por este fundamento de anulação respeita, essencialmente, ao modo

pelo qual são apuradas as infracções ao artigo 85.º e, por consequência, à repartição do ónus da prova. A argumentação da recorrente articula-se também à volta deste eixo, apesar do conteúdo mais vasto sugerido pelo título dado no recurso a este fundamento [37]. A crítica feita ao acórdão proferido em primeira instância decorre do facto de se deduzir da presença da recorrente nas reuniões dos produtores de polipropileno a sua participação no conjunto das infracções. Por consequência, o Tribunal de Primeira Instância é acusado de ter invertido o ónus da prova e a presunção de inocência ao ter convidado a sociedade acusada a provar, por um lado, que o conteúdo das reuniões em questão era diferente e, por outro, que não tinha participado nas diversas infracções.

57. Para começar, há que salientar que, no caso em apreço, as infracções ao artigo 85.º do Tratado resultam apenas do objectivo das reuniões dos produtores de polipropileno, que consistia, principalmente, em fixar preços de objectivo e um volume de vendas desejado. Esta tese baseia-se numa concepção correcta, em minha opinião, da noção de «prática concertada». Segundo esta perspectiva, a prática concertada identifica-se, em certos casos, com a concertação propriamente dita, sem que seja necessária uma actuação no mercado para que a mesma se considere provada [38].

58. Neste contexto, cabia à Comissão provar que as reuniões em questão tinham esse conteúdo. Para o efeito, a Comissão invocou e apresentou sobretudo os relatórios das reuniões organizadas pela sociedade ICI (v. n.os 83 a 85, 128 e 144 do acórdão recorrido); por outras palavras, não foi com base em hipóteses que deduziu o conteúdo dessas reuniões, antes se tendo baseado em elementos de prova concretos. Paralelamente, era à Comissão que cabia provar a participação de cada uma das empresas implicadas nas reuniões (v. a constatação feita pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 82 do acórdão recorrido) [39], o que fez.

59. Por conseguinte, cabia à recorrente refutar os elementos de prova acima referidos, apresentando outros que excluíssem a sua participação nas reuniões em litígio ou lhes conferissem conteúdo diferente. O Tribunal de Primeira Instância menciona como «elementos precisos... as notas tomadas pelos membros do seu pessoal [do pessoal da Monte]... ou o testemunho destas pessoas» (n.º 86). Resulta claramente da formulação deste número do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância sugere a título indicativo um certo número de meios de prova que poderiam ter sido invocados pela Monte, sem no entanto apreciar a sua existência.

60. Consequentemente, o tribunal *a quo* não pediu à recorrente mais do que os

37 — A total inexistência de qualquer argumentação a propósito das ameaças provenientes de organizações terroristas, como fundamento que tinha ditado o comportamento da Montecatini, é disso um exemplo característico. O exame de tal fundamento, associado, evidentemente, aos n.os 304, 309 e, sobretudo, 313 do acórdão recorrido, respeita sistematicamente à eventual existência de circunstâncias que excluem o carácter em princípio ilícito do comportamento em questão (v. n.os 14 e segs. *supra*).

38 — V., para mais pormenores, as conclusões que hoje apresentei no processo C-49/92 P, Comissão/Anic Partecipazioni, n.os 11 e segs.

39 — Quando a Monte contesta o número de reuniões dos produtores de polipropileno em que teria participado, está-se a referir à apreciação dos factos pelo Tribunal de Primeira Instância, não sendo, portanto, admissível no quadro do presente recurso.

recorrentes devem legalmente provar para que se possa verificar o mérito dos fundamentos que invocam.

61. O Tribunal de Primeira Instância segue o mesmo raciocínio no que respeita à verificação da participação de cada uma das sociedades implicadas nas infracções em questão. Da participação nas reuniões de conteúdo ilícito deduz a participação nos acordos e práticas concertadas correspondentes, salvo se a sociedade interessada fornecer indícios susceptíveis de corroborar as suas afirmações em contrário (n.os 129 e 144 do acórdão recorrido).

62. Quanto a este aspecto da questão, há, em primeiro lugar, que admitir que é teoricamente possível participar numa reunião durante a qual certos participantes acordam em algo ilegal sem que, no entanto, todos os presentes participem simultaneamente nessa ilegalidade. Pode, portanto, sustentar-se que a mera participação numa reunião cujo conteúdo é ilícito não basta por si só para conduzir à conclusão de que quem se limita a assistir à mesma comete uma infracção às regras da concorrência [40]. Cabe então à Comissão apresentar provas que permitam demonstrar que da simples participação numa reunião se passou à participação na infracção.

63. Creio, no entanto, que esta problemática não se coloca em casos tais como o do processo em apreço, onde foram apresentadas provas que demonstravam que a empresa em causa tinha participado, durante vários anos, numa série de reuniões cujo objectivo era ilícito. O facto de a Comissão ter feito prova da presença desta empresa em sucessivas reuniões com um mesmo conteúdo ilícito permite, por si só, considerar que a Comissão provou suficientemente a participação na infracção. Passa então a caber à sociedade litigante a apresentação de indícios que levem à conclusão contrária.

64. Resta agora examinar em que medida constituíam tais indícios os que a Monte invocou, afirmando, por um lado, que o sistema de «account leadership» tinha funcionado mal no que lhe dizia respeito, e, por outro, que tinha fixados os seus preços no mercado de modo autónomo, independentemente dos preços de objectivo acordados.

65. Note-se que os elementos apresentados se referem aos resultados das medidas

40 — V. as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Sir Gordon Slynn no processo Musique Diffusion française e o./Comissão (acórdão de 7 de Junho de 1983, 100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825). V. também a jurisprudência americana Hunt/Mobil Oil Corp. (Supreme Court 1977) 465 F Supp. 195, 231.

acordadas aquando das reuniões dos produtores de polipropileno. Segundo a Monte, o facto de a concertação não se ter concretizado prova que ela não participou nessa concertação. A Monte tenta deste modo, no fundo, deslocar a base jurídica da sua argumentação recorrendo a uma interpretação diferente das noções contidas no artigo 85.° do Tratado, em especial da noção de «prática concertada».

66. No entanto, como já referi [41], a prova do conteúdo anticoncorrencial das reuniões basta para demonstrar o seu carácter ilegal. A execução ou não das decisões tomadas no âmbito destas reuniões é outra questão e não pode ser utilizada como indício que demonstre a não participação nas actividades ilícitas em questão.

67. Consequentemente, tendo o Tribunal de Primeira Instância baseado a sua apreciação no facto de, nas reuniões dos produtores de polipropileno, terem sido fixados preços de objectivo e adoptadas medidas destinadas a facilitar a sua aplicação (n.os 137 e 150 do acórdão recorrido), não violou qualquer norma relativa ao ónus da prova ao não tomar em consideração, como indícios demonstrativos da participação ou não participação no objecto das reuniões em questão, os quatro fundamentos extraídos precisamente da fiel execução ou não dos resultados dessas reuniões. Os fundamentos invocados pela recorrente neste sentido são portanto ineficazes. Além disso, o facto de os preços de objectivo serem, pela sua própria natureza, sujeitos a divergências, não tem qualquer relevância. O elemento decisivo continua a ser a questão de saber qual era o objectivo da concertação e quem nela participou.

68. Não creio, por fim, tendo em conta as considerações anteriores, que o Tribunal de Primeira Instância tenha ignorado a presunção de inocência, mesmo admitindo que esta norma se aplica no âmbito do presente processo [42]. A partir do momento em que a

41 — V. n.° 56 das conclusões que apresentei no processo Comissão/Anic Partecipazioni.

42 — A presunção de inocência, consagrada pelo artigo 6.°, n.° 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (v. também o artigo 14.°, n.° 2, do pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos), respeita, em princípio, ao arguido no âmbito de um processo penal. Neste contexto, é particularmente duvidoso que uma eventual referência ao texto da CEDH e à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem possa justificar a aplicação deste princípio, em toda a sua extensão, no âmbito de um procedimento administrativo como o que tem lugar na Comissão nos processos de concorrência. De qualquer modo, a obrigação que incumbe à Comissão de provar a violação das normas da concorrência garante ao administrado um esforço correspondente, pelo menos na fase da apreciação jurídica dos elementos de prova. Assim, a eventualidade da anulação de um acto que aplica uma coima com base na constatação de que, à luz dos elementos apresentados, a Comissão não fundamentou suficientemente a violação das regras da concorrência, impede que se imputem às sociedades comportamentos cuja prova levanta dúvidas.

Comissão apresentou provas relativamente aos elementos constitutivos do carácter ilícito do comportamento da recorrente, a apreciação subsequente do Tribunal de Primeira Instância não se fundou em simples suposições, como a Monte parece sustentar. Por seu lado, aliás, esta não apresentou elementos de valor equivalente susceptíveis de levantar dúvidas razoáveis quanto à exactidão da fundamentação da Comissão. Consequentemente, tendo em conta as considerações anteriores, entendo que o terceiro fundamento de anulação deve ser rejeitado na totalidade por infundado.

3. *Quanto à prescrição*

69. Através do seu quarto fundamento de anulação, a Monte alega, referindo-se aos n.os 236 e 237 do acórdão recorrido, que o Tribunal de Primeira Instância aplicou incorrectamente as disposições relativas à prescrição, tais como constam do Regulamento (CEE) n.° 2988/74 do Conselho [43].

70. A argumentação da recorrente a este respeito resume-se em dois pontos: em primeiro lugar, a Monte alega não ter ficado provado que a infracção foi contínua entre 1977 e 1983, pelo que os actos ilícitos em causa estavam parcialmente prescritos; em segundo lugar, a fundamentação do acórdão recorrido quanto à unicidade da infracção é, segundo a recorrente, insuficiente. Assim, quando o Tribunal de Primeira Instância reconhece que todos os comportamentos em causa têm em comum o facto de prosseguirem «um único fim económico, a saber, falsear a evolução normal dos preços no mercado do polipropileno...» (n.° 237 do acórdão recorrido), a recorrente alega que a situação do mercado não podia de modo algum ser considerada «normal». Além disso, segundo a Monte, o Tribunal de Primeira Instância não fundamentou suficientemente a sua participação na infracção durante toda a duração desta, uma vez que não especificou em quantas reuniões dos produtores de polipropileno a recorrente participou, nem o período durante o qual nelas participou.

71. Pela sua argumentação, a Comissão responde que a recorrente contesta a apreciação dos factos feita pelo Tribunal de Primeira Instância, contestação que não é admissível. Remete, além disso, para as suas observações quanto ao carácter ilícito do comportamento em questão.

72. Há que salientar, em primeiro lugar, que, nos termos do artigo 1.°, n.° 1, alínea b), do Regulamento n.° 2988/74, o poder de a Comissão aplicar sanções ou multas

43 — Regulamento de 26 de Novembro de 1974 relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO L 319, p. 1; EE 08 F2 p. 41).

por infracções às disposições do direito dos transportes ou da concorrência da Comunidade Económica Europeia está sujeito a um prazo de prescrição de cinco anos. Nos termos do artigo 1.°, n.° 2, esta prescrição começa a correr a partir do dia em que a infracção for cometida. No que respeita às infracções continuadas, a prescrição só começa a correr a partir do dia em que a infracção tiver cessado. Além disso, nos termos do artigo 2.°, n.° 1, a prescrição interrompe-se por qualquer acto da Comissão ou de um Estado-Membro, agindo a pedido desta, tendo por fim a instrução ou repressão da infracção. A interrupção da prescrição produz efeitos no dia em que o acto for notificado a, pelo menos, uma das empresas que tenha participado na infracção: nos termos do n.° 2 do mesmo artigo, a interrupção da prescrição tem efeitos relativamente a todas as empresas que tenham participado na infracção [44].

73. No caso em apreço, a recorrente critica a fundamentação sobre a qual o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua apreciação relativa ao carácter «único» da infracção. A qualificação de uma dada infracção como «única» refere-se, evidentemente, aos factos cuja prova e qualificação jurídica a mesma pressupõe, mas não tem relevância jurídica, nomeadamente no que respeita à questão da prescrição [45]. Isto resulta expressamente das já referidas disposições do Regulamento n.° 2988/74. Neste contexto, a fundamentação na qual o Tribunal de Primeira Instância baseou a sua apreciação relativa ao carácter único ou não de uma infracção é objecto do controlo exercido no âmbito de um recurso como o em apreço [46].

74. O Tribunal de Primeira Instância baseou, essencialmente, a sua apreciação deste aspecto no objectivo económico comum prosseguido pelas actividades dos produtores de polipropileno (n.° 237 do acórdão recorrido). Além disso, insistiu no carácter sistemático que as actividades em questão revestiam, bem como no facto de a norma violada ser sempre a mesma (n.° 236 do acórdão recorrido). Tal como o Tribunal de Primeira Instância admitiu, considera-se única a infracção à mesma norma de direito perpetrada por acções sucessivas e repetidas, prosseguindo o mesmo objectivo e inscrevendo-se na mesma conjuntura económica (ou geral). Na minha opinião, esta definição é pertinente [47]. Não creio portanto que o acórdão recorrido enferme de qualquer vício a este respeito.

75. Por outro lado, entendo que as observações da recorrente quanto à questão de

44 — Há que notar que, além da prescrição de cinco anos, que pode, como já indiquei, ser interrompida por uma série de actos processuais, o direito comunitário não prevê outro prazo no termo do qual seja impossível iniciar o procedimento previsto pelo Regulamento n.° 17. Portanto, ao contrário do que a Monte sustentou na fase oral, o facto de certas infracções decisivas remontarem a 1977 não tem a menor das relevâncias jurídicas, no sentido de eliminar ou reduzir a sua responsabilidade por tais infracções.

45 — V. as conclusões que apresentei no processo Comissão/Anic Partecipazioni, n.os 61 e segs.

46 — No âmbito do presente processo, a expressão «infracção única» deve entender-se como sinónima da expressão juridicamente mais exacta de «infracção continuada». O texto do Regulamento n.° 2988/74 utiliza, correctamente, esta última expressão.

47 — V. as conclusões que apresentei no processo Comissão/Anic Partecipazioni, n.os 78 e segs.

saber se a situação do mercado era ou não «normal» não tem qualquer interesse jurídico. Este argumento respeita à questão de saber se, no caso em apreço, houve ou não violação do artigo 85.° do Tratado, e não abrange a interpretação da expressão «infracção única» ou o cálculo do prazo de prescrição. Daqui decorre que este fundamento mais específico da recorrente deve ser rejeitado por ineficaz.

76. Além disso, a fundamentação do acórdão quanto à participação da Monte nas reuniões dos produtores de polipropileno é legítima. A duração e o conteúdo desta participação são analisados em pormenor no acórdão do Tribunal de Primeira Instância. É portanto com razão que no n.° 237 do acórdão recorrido se declara que a recorrente «participou — durante anos —» na infracção única. Consequentemente, o fundamento de anulação deve também ser rejeitado quanto a este aspecto por infundado.

77. Por fim, o fundamento da recorrente segundo o qual a prescrição não se interrompeu, por a ilegalidade do comportamento dos produtores de polipropileno não ter sido provada, é ineficaz. Este fundamento, além de ser inadmissível num recurso como o em apreço, nada tem a ver, no caso em apreço, com a questão da prescrição [48]. Por estas razões, sou de opinião de que o quarto fundamento de anulação deve ser integralmente rejeitado.

4. *Quanto ao montante da multa*

78. Através do seu quinto fundamento de anulação, a Monte critica a fundamentação do acórdão recorrido e sustenta que o Tribunal de Primeira Instância não tomou em consideração, como deveria ter feito, uma série de critérios para o cálculo da multa aplicada. Em particular, segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância não tomou em consideração a falta de efeitos da infracção como circunstância atenuante que devia ter levado à redução da multa. A este propósito, a recorrente critica os n.os 70, 347, 379 e 385 do acórdão recorrido. Segundo a Monte, o Tribunal de Primeira Instância também não teve em conta, com vista à determinação da multa, o efeito individual que a acção da sociedade produziu para além do efeito global causado pela infracção em geral. A recorrente baseia o seu raciocínio no n.° 254 do acórdão recorrido. Além disso, a Monte sustenta que o Tribunal de Primeira Instância devia ter em conta, para determinar o montante da multa, o facto de o comportamento dos produtores de polipropileno ter podido beneficiar da isenção no artigo 85.°, n.° 3, do Tratado. Por fim, segundo a recorrente, foi sem razão que o Tribunal de Primeira Instância não examinou se era justo considerar o carácter «intencional» da infracção como circunstância agravante.

79. Por seu lado, a Comissão sublinha, em primeiro lugar, que teve em consideração,

48 — A questão de saber em que medida há infracção precede, logicamente, a do prazo de prescrição, bem como, *a priori*, a da interrupção desse prazo.

para efeitos da determinação do montante da multa, o facto de as iniciativas de preços não terem atingido o seu objectivo, conforme resulta dos n.os 365 a 374 e 386 do acórdão recorrido. Paralelamente, a Comissão indica que o n.º 70 do acórdão recorrido, no qual a Monte baseia as suas críticas, respeita ao apuramento da infracção e não à apreciação da sua gravidade. Do mesmo modo, o n.º 254 respeita à incidência do comportamento dos produtores de polipropileno sobre o comércio entre Estados-Membros, como elemento no qual se baseia o carácter ilícito do comportamento em questão; a Monte não tem portanto razão quando invoca este aspecto para alegar que a responsabilidade individual de cada empresa não foi correctamente tida em conta para efeitos da determinação da multa aplicada. Por fim, a Comissão suscita uma questão prévia de inadmissibilidade quanto aos argumentos da Monte segundo os quais deviam ter sido tomados em conta certos elementos adicionais para determinar o montante da multa. A este propósito, invoca o artigo 113.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, que proíbe que um fundamento seja invocado pela primeira vez num recurso como o em apreço.

80. No que respeita aos fundamentos acima referidos, há, em primeiro lugar, que assinalar que a possibilidade de aplicar multas por infracções ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado se encontra prevista no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Segundo esta disposição, os critérios a tomar em consideração para a determinação do montante da multa são a gravidade da infracção e a sua duração. Destes dois critérios, é o que respeita à gravidade do comportamento ilícito que deve ser sempre especificado. A este propósito, o Tribunal de Justiça declarou que «a gravidade das infracções deve ser determinada em função de um grande número de elementos tais como, nomeadamente, as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o carácter dissuasivo das multas, e isto sem que tivesse sido fixada uma lista vinculativa ou exaustiva de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em consideração» [49].

81. Neste âmbito, só o Tribunal de Primeira Instância tem competência para controlar o modo pelo qual a Comissão avalia, em cada caso específico, a gravidade do comportamento ilícito. O controlo exercido no âmbito de um recurso como o em apreço visa apenas verificar em que medida o tribunal *a quo* tomou em consideração, no âmbito de cada processo, todos os factores essenciais para apreciar a gravidade de um comportamento na perspectiva do artigo 85.º; este controlo não abrange o modo como o Tribunal de Primeira Instância apreciou os factos apurados.

82. À luz das considerações anteriores e no âmbito do presente processo, a Monte invoca, em princípio validamente, os fundamentos segundo os quais certos factores decisivos para a correcta determinação do montante da multa não terão sido tomados

49 — V. o despacho de 25 de Março de 1996, SPO e o./Comissão (C-137/95 P, Colect., p. I-1611, n.º 54). V. também os acórdãos de 15 de Julho de 1970, Boehringer Mannheim/Comissão (45/69, Recueil, p. 768, Colect. 1969-1970, p. 769); de 8 de Novembro de 1983, IAZ e o./Comissão (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 52), e Musique Diffusion française e o./Comissão (já referido na nota 40), n.º 120.

em conta pelo Tribunal de Primeira Instância, em especial, por um lado, a falta de efeito concreto do comportamento ilícito e, por outro, o papel individual da recorrente na infracção.

83. Quanto à primeira parte desta argumentação, há que notar que a Monte invoca o n.º 70 do acórdão recorrido para sustentar um fundamento que carece de pertinência no que respeita à questão ora em apreço. Com efeito, tal como a Comissão correctamente indica, essa parte do acórdão recorrido refere-se à existência da infracção ao artigo 85.º, n.º 1, devido existência de um acordo sobre os preços mínimos, e não tem relação com a questão — diferente — da tomada em consideração dos efeitos da infracção para efeitos da determinação da multa aplicada a cada sociedade [50].

84. Além disso, a recorrente ignora os n.os 365 a 374 do acórdão recorrido, que se referem precisamente à avaliação dos efeitos da infracção, distinguindo dois tipos de efeitos: é tido em conta o facto de, por um lado, os preços de objectivo terem servido de base de negociação com os clientes e de, por outro, as iniciativas de preços não terem, em geral, atingido plenamente o seu fim. O Tribunal de Primeira Instância declarou, a este propósito, que «a Comissão teve razão ao tomar inteiramente em consideração o primeiro tipo de efeitos e em ter em conta o carácter limitado do segundo tipo de efeitos. A este respeito, há que salientar que a recorrente não indicou em que medida esta tomada em consideração da natureza limitada deste segundo tipo de efeitos para atenuar o montante das multas foi insuficiente» (n.º 372 do acórdão recorrido). Resulta daqui claramente que, após uma análise aprofundada, o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração os efeitos da infracção com vista à determinação da multa. Portanto, o fundamento da recorrente em contrário deve ser rejeitado por infundado.

85. Quanto à argumentação da Monte relativamente ao papel particular que desempenhou na infracção, há que salientar, em primeiro lugar, que o n.º 254 do acórdão recorrido, contra o qual se dirige o fundamento em questão, se refere à questão da afectação do comércio entre os Estados-Membros, ou seja, uma das condições indispensáveis para que se verifique a infracção prevista pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado; é portanto alheia à questão da determinação do montante da multa. Assim, o fundamento invocado pela recorrente é ineficaz. Acresce que o fundamento segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância não teria tomado em consideração o papel de cada empresa na infracção assenta numa base incorrecta. O n.º 354 do acórdão recorrido indica, a este propósito, que «no que diz respeito aos dois primeiros critérios... que são o papel desempenhado por cada uma das empresas nos arranjos

50 — A referência que a Monte faz ao n.º 379 do acórdão recorrido, que respeita à tomada em consideração, para efeitos da determinação do montante da multa, dos prejuízos sofridos pelas empresas activas no sector do polipropileno durante um longo período, não tem qualquer relevância. Esta questão, ainda que mais próxima da lógica das condições do mercado, é, claramente, alheia aos efeitos produzidos pela infracção ao artigo 85.º, pelo que também este fundamento carece de pertinência.

colusórios... deve-se recordar que, devendo os fundamentos relativos à determinação do montante da multa ser interpretados à luz do conjunto dos fundamentos da decisão, a Comissão individualizou suficientemente, em consideração à recorrente, a tomada em consideração destes critérios» [51].

Consequentemente, o fundamento da recorrente baseado na não tomada em consideração do papel individual que desempenhou na infracção deve ser rejeitado por infundado [52].

86. No que respeita aos dois últimos fundamentos da Monte, há que examinar, em primeiro lugar, a questão prévia de inadmissibilidade suscitada pela Comissão. Examinarei primeiro o fundamento segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância deveria ter tomado em consideração, para determinar o montante da multa, o facto de o comportamento dos produtores de polipropileno ter podido ficar isento nos termos do artigo 85.°, n.° 3. Esta disposição foi efectivamente invocada em primeira instância, mas apenas como fundamento que deveria, segundo a Monte, excluir a aplicação do artigo 85.°, n.° 1 (v., a este respeito, os n.ºs 267 a 273 do acórdão recorrido). Não parece, no entanto, que tal fundamento tenha sido invocado para sustentar um pedido de redução do montante da multa aplicada à Monte. Este fundamento é portanto invocado pela primeira vez no âmbito do presente recurso, sendo, por isso, inadmissível, nos termos do artigo 113.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

87. Por fim, o fundamento da recorrente segundo o qual foi sem razão que o Tribunal de Primeira Instância não examinou se era justo considerar o carácter «intencional» da infracção como circunstância agravante é destituído de fundamento. Conforme resulta dos n.ºs 357 a 364 do acórdão recorrido, o tribunal *a quo* começa por aceitar a constatação da Comissão segundo a qual a Monte agiu deliberadamente. Este carácter «intencional» da infracção é importante para determinar o papel da Monte nas ilegalidades apuradas. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, este papel foi correctamente tomado em consideração pela Comissão com vista ao cálculo do montante da multa. Consequentemente, o Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se, ainda que implicitamente, sobre a questão levantada pela recorrente e a sua apreciação é correcta [53].

Daqui decorre que o quinto fundamento de anulação da Monte deve ser rejeitado na totalidade.

51 — V. também o n.° 361 do acórdão recorrido, segundo o qual «o Tribunal verifica que... a Comissão estabeleceu correctamente o papel desempenhado pela recorrente na infracção enquanto participou nesta e que, portanto, a Comissão teve base legal para se basear nessa actuação para calcular a multa a aplicar à recorrente».

52 — De qualquer modo, a recorrente parece sustentar que a individualização do nível da multa está associada aos efeitos do comportamento de cada empresa. Mas para a apreciação da gravidade de uma determinada infracção, são os efeitos que resultam da infracção no seu conjunto, tal como a mesma é descrita no artigo 85.°, n.° 1, que são decisivos. Evidentemente, é necessário apreciar o papel que cada empresa desempenhou no âmbito da infracção — e é precisamente nisso que consiste a individualização da multa. No entanto, trata-se de uma questão diferente da dos efeitos do comportamento ilícito (v. a análise que consta das minhas conclusões relativas ao processo Comissão/Anic Partecipazioni, n.ºs 103 e segs.).

53 — Como indiquei acima, a gravidade da infracção cometida, como critério para a determinação do montante da multa, decorre de um grande número de elementos (v. o despacho SPO e o./Comissão, já referido na nota 49). Em certos casos, a apreciação do carácter «intencional» da infracção pode ser considerada como um dos elementos a ter em consideração.

IV — Conclusão

88. À luz das considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«1) negue provimento, na totalidade, ao recurso da sociedade Montecatini SpA;

2) rejeite a intervenção;

3) condene a interveniente nas suas próprias despesas;

4) condene a recorrente no restante das despesas».