ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção)

27 de Setembro de 2006 *

No processo T-314/01,

Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA, com sede em Veendam (Países Baixos), representada por C. Dekker, advogado,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Bouquet, A. Whelan e W. Wils, na qualidade de agentes, assistidos por M. van der Woude, advogado,

recorrida,

que tem por objecto a anulação do artigo 1.º da Decisão C(2001) 2931 final da Comissão, de 2 de Outubro de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (COMP/E-1/36.756 — Gluconato de sódio), na parte em que visa a recorrente, ou, a título subsidiário, a anulação do artigo 3.º dessa decisão, na parte em que diz respeito à recorrente,

* Língua do processo: neerlandês.

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Terceira Secção),

composto por: J. Azizi, presidente, M. Jaeger e F. Dehousse, juízes,

secretário: J. Plingers, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 17 de Fevereiro de 2004,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do litígio

1 A Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA (a seguir «Avebe») é a sociedade-mãe de um grupo de empresas especializadas na transformação de amido. À época dos factos e até Dezembro de 1995, a Avebe operava no mercado do gluconato de sódio através da sua participação na sociedade Glucona vof, uma empresa controlada por ela e pela sociedade Akzo Nobel Chemicals BV (a seguir «ANC»), uma sociedade controlada pela Akzo Nobel NV (a seguir «Akzo»). Em Dezembro de 1995, a Avebe adquiriu a participação da ANC na Glucona vof (sociedade em nome colectivo), que se

transformou em sociedade por quotas e adoptou o nome Glucona BV (as sociedades Glucona vof e Glucona BV são a seguir indistintamente designadas «Glucona»).

2 O gluconato de sódio faz parte dos agentes quelatantes, produtos que desactivam os iões metálicos nos processos industriais. Estes processos incluem, designadamente, a limpeza industrial (lavagem de garrafas e de utensílios), o tratamento de superfícies (tratamentos contra a ferrugem, desengorduramento, gravura de alumínio) e o tratamento das águas. Assim, os agentes quelatantes são utilizados na indústria alimentar, na indústria cosmética, na indústria farmacêutica, na indústria do papel, na indústria de betão e ainda noutras indústrias. O gluconato de sódio é vendido no mundo inteiro e as empresas concorrentes estão presentes nos mercados mundiais.

3 Em 1995, as vendas totais de gluconato de sódio a nível mundial eram de cerca de 58,7 milhões de euros, sendo as realizadas no Espaço Económico Europeu (EEE) de cerca de 19,6 milhões de euros. À época dos factos, a quase totalidade da produção mundial de gluconato de sódio estava nas mãos de cinco empresas, a saber, em primeiro lugar, a Fujisawa Pharmaceutical Co. Ltd (a seguir «Fujisawa»), em segundo, a Jungbunzlauer AG, em terceiro, a Roquette Frères SA (a seguir «Roquette»), em quarto, a Glucona vof e, em quinto lugar, a Archer Daniels Midland Co. (a seguir «ADM»).

4 Em Março de 1997, o Ministério da Justiça americano informou a Comissão de que, na sequência de um inquérito levado a cabo nos mercados da lisina e do ácido cítrico, tinha também sido aberto um inquérito relativamente ao mercado do gluconato de sódio. Em Outubro e Dezembro de 1997, bem como em Fevereiro de 1998, a Comissão foi informada de que a Akzo, a Avebe, a Glucona, a Roquette e a Fujisawa tinham reconhecido ter participado num acordo que consistiu em fixar os preços do gluconato de sódio e em repartir os volumes de venda desse produto nos Estados Unidos e noutros países. Na sequência de acordos celebrados com o Ministério da Justiça americano, as autoridades americanas aplicaram coimas a essas empresas.

5 Em 18 de Fevereiro de 1998, a Comissão enviou, ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), pedidos de informações aos principais produtores, importadores, exportadores e compradores de gluconato de sódio na Europa.

6 Na sequência do pedido de informações, a Fujisawa estabeleceu contacto com a Comissão para a informar de que tinha cooperado com as autoridades americanas no âmbito do inquérito acima referido e que pretendia fazer o mesmo com a Comissão, com base na Comunicação da Comissão, de 18 de Julho de 1996, sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JO C 207, p. 4, a seguir «comunicação sobre a cooperação»). Em 12 de Maio de 1998, na sequência de uma reunião que teve com a Comissão em 1 de Abril de 1998, a Fujisawa enviou uma declaração escrita e um processo que continha um resumo do historial do acordo e um determinado número de documentos.

7 Em 16 e 17 de Setembro de 1998, a Comissão realizou diligências de instrução, ao abrigo do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17, às instalações da Avebe, da Glucona, da Jungbunzlauer e da Roquette.

8 Em 2 de Março de 1999, a Comissão enviou pedidos de informações detalhadas à Glucona, à Roquette e à Jungbunzlauer. Por cartas de 14, 19 e 20 de Abril de 1999, estas empresas deram a conhecer o seu desejo de cooperar com a Comissão e forneceram-lhe determinadas informações sobre o acordo. Em 25 de Outubro de 1999, a Comissão enviou pedidos de informações complementares à ADM, à Fujisawa, à Glucona, à Roquette e à Jungbunzlauer.

9 Em 17 de Maio de 2000, com base nas informações que lhe tinham sido comunicadas, a Comissão enviou uma comunicação de acusações à Avebe e às

outras empresas em causa, por violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 53.º, n.º 1, do acordo sobre o EEE (a seguir «acordo EEE»). A Avebe e todas as outras empresas em causa transmitiram observações escritas em resposta às acusações feitas pela Comissão. Nenhuma das partes pediu a realização de uma audição ou contestou a materialidade dos factos expostos na comunicação de acusações.

10 Em 11 de Maio de 2001, a Comissão enviou pedidos de informações complementares à Avebe e às outras empresas em causa.

11 Em 2 de Outubro de 2001, a Comissão adoptou a Decisão C(2001) 2931 final, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (COMP/E-1/36.756 — Gluconato de sódio) (a seguir «decisão»). A decisão foi notificada à Avebe por carta de 10 de Outubro de 2001.

12 A decisão compreende, designadamente, as seguintes disposições:

«*Artigo 1.º*

[A Akzo], [a ADM], [a Avebe], [a Fujisawa], [a Jungbunzlauer] e [a Roquette] infringiram o artigo 81.º, n.º 1, [...] CE e — a partir de 1 de Janeiro de 1994 — o artigo 53.º, n.º 1, do acordo EEE ao participarem num acordo e/ou numa prática concertada continuada no sector do gluconato de sódio.

A infracção durou:

— no caso da [Akzo], da [Avebe], da [Fujisawa] e da [Roquette], de Fevereiro de 1987 a Junho de 1995;

— no caso da [Jungbunzlauer], de Maio de 1988 a Junho de 1995;

— no caso da [ADM], de Junho de 1991 a Junho de 1995.

[...]

Artigo 3.º

Aplicam-se as seguintes coimas pela infracção referida no artigo 1.º:

a) [Akzo]	9 milhões de euros
b) [ADM]	10,13 milhões de euros
c) [Avebe]	3,6 milhões de euros
d) [Fujisawa]	3,6 milhões de euros
e) [Jungbunzlauer]	20,4 milhões de euros
f) [Roquette]	10,8 milhões de euros»

13 Nos considerandos 296 a 309 da decisão, a Comissão analisou as relações que existiam durante o período em que durou o acordo, decisão e prática concertada entre a Glucona e as suas sociedades-mãe, a Avebe e a Akzo. Em particular, verificou que, até 15 de Agosto de 1993, a Glucona tinha sido gerida conjuntamente por representantes da Avebe e da Akzo, mas que, a partir dessa data, devido a uma reestruturação da Glucona, esta tinha sido gerida exclusivamente por um representante da Avebe. Todavia, a Comissão considerou que a Avebe e a Akzo deviam ser consideradas responsáveis pelo comportamento anticoncorrencial da sua filial durante todo o período visado e que, por conseguinte, estas deviam ser destinatárias da decisão.

14 Para efeitos do cálculo do montante das coimas, a Comissão usou, na decisão, a metodologia exposta nas Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações»), bem como a comunicação sobre a cooperação.

15 Em primeiro lugar, a Comissão determinou o montante de base da coima em função da gravidade e da duração da infracção.

16 Neste contexto, no que diz respeito à gravidade da infracção, a Comissão considerou, em primeiro lugar, que as empresas em causa tinham cometido uma infracção muito grave, atendendo à sua natureza, ao seu impacto concreto no mercado do gluconato de sódio no EEE e à extensão do mercado geográfico em causa (considerando 371 da decisão).

17 Em segundo lugar, a Comissão entendeu que tinha de ter em conta a capacidade económica efectiva dos autores das infracções para causarem um prejuízo à concorrência e fixar a coima a um nível que garantisse um efeito dissuasor suficiente. Por conseguinte, ao basear-se nos volumes de negócios mundiais realizados pelas empresas envolvidas na venda de gluconato de sódio no decurso do

ano de 1995, último ano do período da infracção, números esses que as partes tinham comunicado à Comissão durante o procedimento administrativo, a Comissão classificou as empresas em causa em duas categorias. Na primeira categoria, classificou as empresas que, segundo os dados de que dispunha, detinham quotas do mercado mundial do gluconato de sódio superiores a 20%, a saber, a Fujisawa (35,54%), a Jungbunzlauer (24,75%) e a Roquette (20,96%). Para estas empresas, a Comissão fixou o montante inicial de 10 milhões de euros. Na segunda categoria, classificou as empresas que, segundo os dados de que dispunha, detinham quotas do mercado mundial do gluconato de sódio inferiores a 10%, a saber, a Glucona (cerca de 9,5%) e a ADM (9,35%). Para estas empresas, a Comissão fixou o montante inicial da coima em 5 milhões de euros, isto é, para a Akzo e a Avebe, que detinham conjuntamente a Glucona, em 2,5 milhões de euros para cada uma (considerando 385 da decisão).

18 Além disso, para garantir que a coima tivesse um efeito suficientemente dissuasor, por um lado, e para ter em conta o facto de que as grandes empresas dispõem de conhecimentos e de infra-estruturas jurídico-económicas que lhes permitem apreciar melhor o carácter ilícito do seu comportamento e as consequências daí resultantes do ponto de vista do direito da concorrência, por outro, a Comissão procedeu a um ajustamento do montante inicial. Por conseguinte, tendo em conta a dimensão e os recursos globais das empresas em questão, a Comissão aplicou um coeficiente multiplicador de 2,5 aos montantes iniciais fixados para a ADM e para a Akzo e, consequentemente, aumentou esse montante, de modo que foi fixado em 12,5 milhões de euros, no caso da ADM, e em 6,25 milhões de euros, no caso da Akzo (considerando 388 da decisão).

19 No que se refere à duração da infracção cometida por cada empresa, o montante inicial foi, além disso, aumentado 10% ao ano, ou seja, um aumento de 80% para a Fujisawa, para a Akzo, para a Avebe e para a Roquette, de 70% para a Jungbunzlauer e de 35% para a ADM (considerandos 389 a 392 da decisão).

20 Assim, a Comissão fixou o montante de base das coimas em 4,5 milhões de euros relativamente à Avebe. No que diz respeito à ADM, à Akzo, à Fujisawa, à Jungbunzlauer e à Roquette, o montante de base foi fixado, respectivamente, em 16,88, em 11,25, em 18, em 17 e em 18 milhões de euros (considerando 396 da decisão).

21 Em segundo lugar, a título de circunstâncias agravantes, o montante de base da coima aplicada à Jungbunzlauer foi aumentado 50%, devido ao facto de esta empresa ter desempenhado um papel de líder no âmbito do acordo (considerando 403 da decisão).

22 Em terceiro lugar, a Comissão apreciou e rejeitou os argumentos de algumas empresas, entre as quais a Avebe, segundo os quais essas empresas deviam beneficiar de circunstâncias atenuantes (considerandos 404 a 410 da decisão).

23 Em quarto lugar, em aplicação do título B da comunicação sobre a cooperação, a Comissão concedeu à Fujisawa uma «redução muito importante» (a saber, 80%) do montante da coima que lhe teria sido aplicada em caso de falta de cooperação. Por último, em conformidade com o título D dessa comunicação, a Comissão concedeu uma «redução significativa» (a saber, 40%) do montante da coima à ADM e à Roquette e de 20% à Akzo, à Avebe e à Jungbunzlauer (considerandos 418, 423, 426 e 427).

Tramitação processual e pedidos das partes

24 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 17 de Dezembro de 2001, a Avebe interpôs o presente recurso.

25 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) decidiu dar início à fase oral do processo e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, colocou algumas questões escritas às partes, a que estas responderam nos prazos fixados.

26 Foram ouvidas as alegações das partes na audiência de 17 de Fevereiro de 2004.

27 A Avebe conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular o artigo 1.º da decisão, na medida em que considera que ela cometeu uma infracção no período compreendido entre o mês de Fevereiro de 1987 e 15 de Agosto de 1993;

— a título subsidiário, anular o artigo 1.º da decisão, na medida em que considera que ela cometeu uma infracção no período anterior a 30 de Abril de 1990;

— a título ainda mais subsidiário, anular o artigo 3.º da decisão, na parte que lhe diz respeito;

— condenar a Comissão nas despesas.

28 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a Avebe nas despesas.

Questão de direito

A — *Introdução*

29 A Avebe não contesta que o acordo, decisão e prática concertada constituiu uma infracção ao artigo 81.º CE. Também não contesta o facto de essa infracção lhe dever ser imputada pelo período compreendido entre 15 de Agosto de 1993, data a partir da qual ela assegurou sozinha a gestão da Glucona (v. n.º 13, *supra*), e o fim do acordo, decisão e prática concertada. Em contrapartida, a Avebe entende que a Comissão não lhe podia validamente imputar a infracção da Glucona pelo período anterior a 15 de Agosto de 1993.

30 Neste contexto, a Avebe alega quatro fundamentos, relativos à violação, em primeiro lugar, do dever de fundamentação, em segundo, dos direitos de defesa, em terceiro, do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e, em quarto lugar, do princípio da proporcionalidade.

31 Antes de se pronunciar sobre a procedência dos diferentes fundamentos invocados a este respeito, o Tribunal considera que há que recordar determinados elementos de apreciação da Comissão, tal como resulta dos considerandos 296 a 309 da decisão.

32 No considerando 296 da decisão, a Comissão começou a sua análise afirmando que «[resultava] dos factos que a Glucona não [tinha] determinado o seu comportamento de forma autónoma, mas t[inha] aplicado as instruções que as suas sociedades-mãe lhe davam [a ANC e a Avebe]: todos os quadros da Glucona assumiam simultaneamente responsabilidades profissionais nas sociedades-mãe».

33 Em seguida, nos considerandos 297 a 299 da decisão, a Comissão descreveu da seguinte forma a organização interna da Glucona:

«(297) De 1 de Abril de 1972 a 15 de Agosto de 1993, dois directores, respectivamente designados pelas sociedades-mãe, formavam o conselho de gestão da parceria e eram conjuntamente responsáveis pelas decisões da política e da gestão da Glucona. O representante da Akzo era responsável pelas vendas e pela política comercial, enquanto o da Avebe era responsável pela produção e pelas actividades de investigação e de desenvolvimento. A Glucona também tinha um conselho geral, constituído por dois representantes de cada sociedade-mãe. O lugar de presidente do conselho geral era ocupado alternadamente por representantes da Akzo e da Avebe.

(298) Em 15 de Agosto de 1993, ocorreu uma mudança estrutural na direcção da Glucona, com a designação de um único director-geral. Foi nomeado um quadro da Avebe para esse lugar.

(299) Resulta das provas documentais que o director designado pela Akzo desempenhou um papel importante na gestão da Glucona até Agosto de 1993. Durante o período considerado, a Glucona partilhava das instalações da Akzo em Amersfoort [Países Baixos]. Em todos os documentos dessa altura na posse da Comissão, os membros do acordo, decisão e prática concertada fazem alusão à Glucona, utilizando o nome da 'Akzo'. Atendendo à natureza do seu domínio de responsabilidade (política comercial e vendas), os representantes da Akzo participaram, com efeito, de uma forma mais directa, nas actividades do acordo e/ou prática concertada, pelo menos, até Agosto de 1993. A partir dessa data, um quadro da Avebe foi nomeado director-geral da Glucona e há elementos que indicam que, em seguida, ele participou activamente nas actividades do acordo, decisão e prática concertada. Para esse efeito, o seu antecessor forneceu-lhe as informações necessárias durante o Verão de 1993.»

34 No considerando 300 da decisão, a Comissão resumiu da forma seguinte a apreciação que fez na comunicação de acusações, no que diz respeito à questão da imputabilidade da infracção às empresas em causa:

«Na sua comunicação de acusações, a Comissão comunicou a sua intenção de considerar a Akzo e a Avebe conjuntamente responsáveis por toda a duração da infracção. Tendo em conta a estrutura da gestão a dois instituída pelas sociedades-mãe, a sua participação em partes iguais na empresa comum e a responsabilidade partilhada dos dois co-directores, a Comissão considerou que havia que presumir que estas tinham exercido uma influência igual no comportamento da empresa comum e que tinham recebido as mesmas informações relativamente à participação da Glucona no acordo, decisão e prática concertada.»

35 Nos considerandos 301 a 305 da decisão, a Comissão resumiu as observações apresentadas a esse respeito pela Akzo e pela Avebe na sua resposta à comunicação de acusações. Em particular, no considerando 301 da decisão, a Comissão indicou o seguinte:

«Na sua resposta à comunicação de acusações, a Akzo não contestou o ponto de vista da Comissão e confirmou que a Avebe esteve sempre informada da participação da Glucona no acordo, decisão e prática concertada sobre o gluconato de sódio: 'se é verdade que o representante da Akzo no conselho de gestão era responsável pela política comercial e pelas vendas e o da Avebe pela produção e pela investigação e desenvolvimento, a Avebe esteve, porém, constantemente informada dos acordos anticoncorrenciais celebrados pela Glucona e partilhava da responsabilidade por eles'. A Akzo acrescenta que 'a Avebe estava inteiramente informada dos acordos anticoncorrenciais feitos pela Glucona, mesmo que ela própria não fosse parte no pacto constitutivo do acordo, decisão e prática concertada, antes de 1993'.»

36 No considerando 306 da decisão, a Comissão admitiu «que, segundo sabia, a Avebe nunca t[inha] tomado pessoalmente parte nas reuniões multilaterais do acordo, decisão e prática concertada, antes de Outubro de 1993», e que «a Akzo [tinha], por outro lado, [admitido] que 'a [Avebe] não tinha feito pessoalmente parte no acordo constitutivo do acordo, decisão e prática concertada, antes de 1993'». No entanto, a Comissão acrescentou «que não [havia] dúvidas de que os membros da Avebe no conselho da Glucona conheciam as práticas anticoncorrenciais desta última».

37 Nos considerandos 307 e 308 da decisão, a Comissão invocou os seguintes elementos em apoio desta última conclusão:

— em primeiro lugar, a Comissão teve em conta que, até ao mês de Agosto de 1993, os dois directores da Glucona, que tinham sido designados, respectivamente, pela Akzo e pela Avebe, tinham a responsabilidade conjunta da gestão da Glucona e que, por intermédio desses dois directores, a Akzo e a Avebe participavam em pé de igualdade no conselho de gestão e no conselho geral da Glucona;

— em segundo lugar, a Comissão invocou uma nota redigida em 1 de Maio de 1990 por um membro da direcção da Avebe, relativamente a uma reunião que se realizara em 30 de Abril de 1990 com representantes da ANC e da ADM (a seguir «nota de 1 de Maio de 1990 »). Esta nota indicava em assunto «Encontro com a ADM a respeito do gluconato de sódio» e era dirigida a vários membros da direcção da Avebe, entre os quais o que, nessa altura, era o director da Glucona designado pela Avebe. A Comissão deduziu do conteúdo dessa nota «que a Avebe não podia ignorar que a Glucona participava em acções destinadas a conter a concorrência no mercado»;

— em terceiro lugar, a Comissão observa que quando, em 15 de Agosto de 1993, a Avebe retomara sozinha a gestão da Glucona, «o representante da Avebe não

t[inha] tomado nenhuma medida para pôr fim ou, pelo menos, para se opor às práticas anticoncorrenciais de que a sociedade estava então totalmente informada», mas que, pelo contrário, «a Avebe [tinha] assegurado a [sua] continuidade e assumido progressivamente a posição da Akzo, pedindo para ser informada, com precisão, da situação do acordo, decisão e prática concertada».

38 Por último, o considerando 309 da decisão tem a seguinte redacção:

«Tendo em conta as considerações que precedem, a Comissão considera que as duas sociedades-mãe devem ser consideradas responsáveis pelo comportamento anti-concorrencial da sua filial durante todo o período visado e são, por isso, destinatárias da presente decisão.»

B — *Quanto à violação do dever de fundamentação*

39 A Avebe observa, por um lado, que, no considerando 306 da decisão, a Comissão afirmou «que não [havia] dúvida de que os membros da Avebe no conselho da Glucona conheciam as práticas anticoncorrenciais desta última». Por outro lado, ela afirma que, no considerando 308 da decisão, a Comissão indicou que, no momento da designação, em 15 de Agosto de 1993, de um dos membros do seu pessoal como director, assumindo a plena responsabilidade pela gestão da Glucona, este tinha sido informado da existência do acordo pelo membro da Akzo que, até esse momento, era responsável pela gestão da Glucona. Segundo a Avebe, daqui resulta que a fundamentação da decisão sobre a questão de saber se ela estava informada do acordo, decisão e prática concertada, antes de 15 de Agosto de 1993, é contraditória ou, pelo menos, incompleta.

40 A Comissão contesta que, no que diz respeito à questão de saber se a Avebe estava informada do acordo, decisão e prática concertada, antes de 15 de Agosto de 1993, a fundamentação contida na decisão seja contraditória ou insuficiente.

41 O Tribunal de Primeira Instância recorda que constitui jurisprudência assente que a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE deve deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da autoridade comunitária autora do acto, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao órgão jurisdicional competente exercer o seu controlo (acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 63, e de 30 de Setembro de 2003, Alemanha/Comissão, C-301/96, Colect., p. I-9919, n.º 87; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Novembro de 2002, Lagardère e Canal+/Comissão, T-251/00, Colect., p. II-4825, n.º 155).

42 Em primeiro lugar, há que considerar que a crítica da Avebe relativa à existência de uma contradição entre os considerandos 306 e 308 da decisão (v., relativamente a estes últimos, n.os 36 e 37, *supra*) assenta numa leitura incompleta da decisão. Com efeito, no considerando 308 da decisão, a Comissão não indicou, a despeito do que a Avebe parece sugerir, que, em 15 de Agosto de 1993, o novo director da Glucona tinha sido informado pela primeira vez da existência do acordo, decisão e prática concertada, o que, com efeito, estaria em contradição com o considerando 306 da decisão, no qual a Comissão afirmou que os membros da Avebe no conselho da Glucona conheciam as práticas anticoncorrenciais desta última. Pelo contrário, resulta do considerando 308 da decisão que, nessa data, o representante da Avebe, na qualidade de novo director da Glucona, pediu para ser informado, «com precisão, da situação do acordo, decisão e prática concertada».

43 Em segundo lugar, na medida em que a Avebe critica a Comissão por ter fundamentado a sua decisão de forma insuficiente quanto à questão de saber se ela tinha sido informada do acordo, decisão e prática concertada, antes de 15 de Agosto de 1993, resulta dos considerandos 296 e seguintes da decisão (v., igualmente, os n.os 32 a 38, *supra*) que a Comissão entendia que a Avebe devia ter conhecimento do comportamento anticoncorrencial da sua filial, dado que, até Agosto de 1993, os dois co-directores da Glucona eram conjuntamente responsáveis pela gestão da mesma e que a Akzo e a Avebe participavam de forma rigorosamente igual no conselho de gestão e no conselho geral da Glucona (considerando 307 da decisão). Por outro lado, a Comissão indicou que considerava que a sua posição era corroborada pelo conteúdo da nota de 1 de Maio de 1990, bem como pelo facto de,

depois de ter assumido a inteira responsabilidade da gestão da Glucona em 15 de Agosto de 1993, o representante da Avebe não ter tomado nenhuma medida para pôr fim ou, pelo menos, para se opor às práticas anticoncorrenciais de que aquela tinha sido informada, mas que, pelo contrário, tinha assegurado a continuidade e assumido progressivamente a posição da Akzo, pedindo para ser informado, com precisão, sobre a situação do acordo, decisão e prática concertada (considerandos 307 e 308 da decisão).

44 Daqui decorre que resulta de forma bastante dos considerandos da decisão que, para concluir que a infracção podia ser imputada à Avebe, a Comissão se apoiou, por um lado, na estrutura jurídica da Glucona e, por outro, em diferentes aspectos factuais relativos às relações entre as sociedades-mãe, a Akzo e a Avebe, e a sua empresa comum, a Glucona.

45 Por conseguinte, o fundamento relativo à violação do dever de fundamentação improcede.

C — *Quanto à violação dos direitos de defesa*

1. *Observações introdutórias*

46 Este fundamento contém duas partes. Por um lado, a Avebe censura a Comissão por ter tido em conta uma declaração que a Akzo tinha feito na sua resposta à comunicação de acusações (a seguir «declaração da Akzo»), sem permitir à Avebe tomar posição sobre essa declaração, violando assim os seus direitos de defesa. Por outro lado, a Avebe critica a Comissão por não ter adoptado as medidas necessárias para obter cópia de uma declaração que um representante da Akzo terá feito perante o Department of Justice dos Estados Unidos (a seguir «alegada declaração da Akzo perante as autoridades americanas»).

2. *Quanto à declaração da Akzo*

47 A Avebe observa que resulta dos considerandos 301 e 309 da decisão (v. n.os 35 e 38, *supra*) que, para concluir que a Avebe tinha conhecimento do acordo, decisão e prática concertada antes de 1993, a Comissão se apoiou na declaração da Akzo. Ora, a Avebe alega que a Comissão, durante o procedimento administrativo, não lhe deu a possibilidade de apresentar as suas observações sobre a declaração da Akzo. Consequentemente, segundo a Avebe, a Comissão não podia, sem violar os seus direitos de defesa, apoiar-se nessa declaração para demonstrar que a Avebe tinha tido conhecimento do acordo, decisão e prática concertada antes de 1993.

48 A Comissão alega que nunca utilizou a declaração da Akzo, reproduzida no considerando 301 da decisão, como prova contra a Avebe, mas que só a reproduziu no âmbito do seu resumo dos argumentos das partes.

49 O Tribunal recorda que o respeito do direito de defesa constitui um princípio fundamental do direito comunitário que deve ser observado em todas as circunstâncias, designadamente, em qualquer procedimento susceptível de conduzir à aplicação de sanções, mesmo que se trate de um procedimento administrativo. Este princípio exige que as empresas e as associações de empresas interessadas sejam colocadas em condições de, logo na fase administrativa do processo, darem utilmente a conhecer o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos, acusações e circunstâncias alegados pela Comissão (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.º 11; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, Shell/Comissão, T-11/89, Colect., p. II-757, n.º 39, confirmado em sede de recurso pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999).

50 Em seguida, há que recordar que se a Comissão entende basear-se numa passagem de uma resposta à comunicação de acusações ou num documento anexo a essa resposta para concluir pela existência de uma infracção num processo de aplicação

do artigo 81.º, n.º 1, CE, deve ser dada às outras partes no processo a possibilidade de se pronunciarem sobre esse elemento de prova. Nestas circunstâncias, a passagem em questão de uma resposta à comunicação de acusações ou o documento anexo a essa resposta constitui, na verdade, um elemento de acusação contra as diferentes partes que participaram na infracção (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Colect., p. II-491, n.º 386 e jurisprudência aí referida).

51 Estes princípios também se aplicam quando a Comissão se baseia numa passagem de uma resposta a uma comunicação de acusações para imputar uma infracção a uma empresa.

52 Incumbe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou na sua decisão teria sido diferente se devesse ser afastado, enquanto meio de prova de acusação, um documento não comunicado no qual a Comissão se baseou para incriminar essa empresa (acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.os 71 a 73).

53 No caso em apreço, resulta dos considerandos 296 a 309 da decisão que a Comissão estruturou a sua análise da seguinte forma: nos considerandos 297 a 299, descreveu a organização da Glucona; no considerando 300, recordou a sua conclusão preliminar, mencionada na comunicação de acusações, quanto à questão da imputabilidade da infracção às empresas em causa; nos considerandos 301 a 305, resumiu as observações formuladas a esse respeito pelas referidas empresas; por último, nos considerandos 306 a 309, realizou a sua própria apreciação jurídica (v., resumidamente, n.os 32 a 38, *supra*).

54 A Comissão referiu a declaração da Akzo, invocada pela Avebe, no considerando 301 da decisão, ou seja, na parte da decisão que contém o resumo das observações formuladas por essas empresas relativamente à sua conclusão preliminar, que consta da comunicação de acusações, quanto à questão da imputabilidade da infracção às empresas em causa.

55 A Avebe nem sequer sustenta que, na parte da análise sobre a apreciação jurídica das relações que existiam entre a Glucona e as suas sociedades-mãe, a Avebe e a Akzo, a Comissão tenha feito referência à declaração da Akzo.

56 Daqui resulta que, contrariamente ao que a Avebe sustenta, a Comissão não se baseou na declaração da Akzo. Pelo contrário, nos considerandos 307 e 308 da decisão (v. n.os 36 e 37, *supra*), a Comissão invocou, por um lado, a estrutura jurídica da Glucona e, por outro, diferentes aspectos factuais relativos às relações entre as sociedades-mãe, a Akzo e a Avebe, e a sua empresa comum, a Glucona. A Avebe não contesta ter tido acesso aos documentos invocados a esse respeito pela Comissão. Ao formular, no considerando 309 da decisão, a conclusão da sua apreciação jurídica, com as palavras «[t]endo em conta as considerações que precedem», a Comissão referiu-se, assim, no que diz respeito à participação da Avebe, unicamente, aos considerandos 307 e 308 da decisão, e não ao considerando 301 da mesma.

57 Para ser exaustivo, o Tribunal de Primeira Instância considera que, mesmo pressupondo que a Comissão se tenha baseado na declaração da Akzo, *quod non*, a Avebe não demonstrou, em conformidade com a jurisprudência referida no n.º 52 *supra*, que o resultado a que a Comissão chegou na decisão teria sido diferente se essa declaração da Akzo devesse ser afastada como elemento de prova para incriminar a Avebe.

58 Por conseguinte, a primeira parte do fundamento relativo à declaração da Akzo baseia-se numa premissa errada e não pode, por isso, ser acolhida.

3. *Quanto à alegada declaração de um representante da Akzo perante as autoridades americanas*

a) Argumentos das partes

59 Na sua réplica, a Avebe alega que, quando interrogado pelo Department of Justice dos Estados Unidos, no âmbito do processo aberto nos Estados Unidos relacionado com o acordo, decisão e prática concertada, um representante da Akzo declarou que a Avebe não tinha sido informada do acordo, decisão e prática concertada, antes de 15 de Agosto de 1993. A Avebe entende que informou a Comissão da existência dessa alegada declaração durante o procedimento administrativo. Ora, segundo a Avebe, tendo em conta que ela própria não podia obter cópia dessa declaração para a poder apresentar à Comissão, e dado que essa declaração podia ter constituído um elemento de defesa para a Avebe, a Comissão devia ter requerido uma cópia da mesma às autoridades competentes dos Estados Unidos. Na sequência de questões escritas do Tribunal, a Avebe explicou que não tinha pedido expressamente à Comissão que obtivesse essa declaração, dado que, nesse momento, ainda não tinha conhecimento de que a Comissão se iria apoiar na declaração da Akzo, analisada nos n.os 49 a 58, *supra*. Com efeito, foi unicamente na decisão que ela se viu confrontada com a declaração da Akzo, com um sentido contrário ao da alegada declaração da Akzo perante as autoridades americanas

60 Segundo a Comissão, esta parte do fundamento não foi suscitada na petição e deve, por este motivo, ser julgada inadmissível. Seja como for, a Comissão considera que esta parte do fundamento não é procedente.

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

Quanto à admissibilidade

61 Por força do artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, é proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de

direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. No entanto, um fundamento que constitua a ampliação de um fundamento apresentado anteriormente, directa ou implicitamente, na petição inicial e que apresente um nexo estreito com este, deve ser declarado admissível. Deve aplicar-se uma solução análoga a uma parte dum fundamento invocada em apoio de um fundamento (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Março de 2002, Joynson/ /Comissão, T-231/99, Colect., p. II-2085, n.º 156).

62 No presente caso, foi unicamente na réplica que a Avebe invocou, como fundamento relativo à violação dos direitos de defesa, a existência da alegada declaração da Akzo perante as autoridades americanas.

63 Pelo contrário, no âmbito de outro fundamento, a Avebe já tinha invocado, no essencial, na sua petição, esta mesma crítica (v. n.º 59, *supra*). Com efeito, já na petição, ela tinha invocado esta argumentação, mesmo que, formalmente, só o tenha feito na parte da sua alegação respeitante ao fundamento extraído da violação do artigo 81.º CE e do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

64 Consequentemente, ao contrário do que a Comissão sustenta, a Avebe não suscitou um fundamento novo na réplica, mas limitou-se a invocar a mesma crítica, desta vez apresentada formalmente, na parte desse articulado consagrada à violação dos direitos de defesa.

65 Por conseguinte, há que apreciar esta parte do fundamento quanto ao mérito.

Quanto ao mérito

66 Deve recordar-se que, relativamente aos documentos de defesa, a jurisprudência salientou que, no âmbito do processo contraditório organizado pelos regulamentos de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, não pode competir apenas à Comissão decidir quais são os documentos úteis à defesa das empresas implicadas num processo de infracção às regras da concorrência (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão, T-30/91, Colect., p. II-1775, n.º 81). Em particular, tendo em conta o princípio geral da igualdade das armas, o Tribunal não pode admitir que a Comissão possa decidir sozinha utilizar ou não certos documentos contra a recorrente, quando esta não teve acesso a esses documentos e não pôde, por conseguinte, tomar a decisão correspondente de os utilizar ou não na sua defesa (acórdão Solvay/Comissão, já referido, n.º 83, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1995, ICI/Comissão, T-36/91, Colect., p. II-1847, n.º 111).

67 Segundo a jurisprudência, quando se verificar que, durante o procedimento administrativo, a Comissão não comunicou ao recorrente documentos que poderiam conter elementos de defesa, só se pode declarar a existência de uma violação dos direitos de defesa se se demonstrar que o procedimento administrativo teria levado a um resultado diferente caso a recorrente tivesse tido acesso aos documentos em causa durante esse procedimento (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão, T-7/89, Colect., p. II-1711, n.º 56, e acórdão Solvay/Comissão, referido no n.º 66, *supra*, n.º 98). Quando esses documentos constem do processo de instrução da Comissão, essa violação do direito de defesa é independente do modo como a empresa em causa se comportou durante o procedimento administrativo (acórdão Solvay/ /Comissão, referido no n.º 66, *supra*, n.º 96). Em contrapartida, quando os elementos de defesa em causa não constem do processo de instrução da Comissão, só se poderá declarar a existência de uma violação do direito de defesa se o recorrente tiver apresentado um pedido expresso à comissão de acesso a esses documentos durante o procedimento administrativo, sob pena de preclusão da possibilidade de invocar essa acusação num recurso de anulação da decisão definitiva (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, Cimenteries CBR e o./Comissão, referido no n.º 50, *supra*, n.º 383, e de 30 de Setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Colect., p. II-3275, n.º 340).

68 No presente caso, é pacífico que, conforme resulta do considerando 300 da decisão (v. n.º 34, *supra*), na comunicação de acusações, a Comissão anunciou a sua intenção de considerar a Akzo e a Avebe conjuntamente responsáveis por toda a duração da infracção.

69 De igual modo, resulta das respostas das partes a determinadas questões escritas do Tribunal de Primeira Instância que, na sua resposta à comunicação de acusações, a Avebe contestou ter tido conhecimento do acordo, decisão e prática concertada antes do mês de Agosto de 1993, salientando que, no âmbito do processo nos Estados Unidos, só tinha reconhecido ser culpada da infracção pelo período ulterior a essa data. Neste contexto, numa nota de pé de página da resposta à comunicação de acusações, a Avebe indicou que, «tanto quanto é do [seu] conhecimento [...], [o representante da Akzo] t[inha] declarado igualmente aquando das audições [que ocorreram] no âmbito desse processo que a Avebe não tinha [tido] conhecimento dos acordos e/ou práticas concertadas antes do mês de Agosto de 1993».

70 Além disso, na sequência de questões escritas do Tribunal de Primeira Instância, a Avebe apresentou uma troca de correspondência entre os seus advogados e os serviços do Department of Justice dos Estados Unidos, donde resulta que, logo em Julho de 2000, a Avebe tentou, por mais de uma vez, obter junto destes uma cópia da alegada declaração da Akzo perante as autoridades americanas. A Avebe desejava apresentá-la à Comissão no âmbito do procedimento administrativo. No entanto, segundo essa troca de correspondência, esses serviços indeferiram esses pedidos, indicando que, se necessário, estavam dispostos a fornecê-la à Comissão caso esta apresentasse um pedido nesse sentido.

71 Nesta situação, sem que seja necessário apreciar se a Comissão devia adoptar medidas apropriadas com vista a obter uma cópia da alegada declaração da Akzo perante as autoridades americanas, e mesmo pressupondo que teve condições para o fazer, não deixa de ser verdade que a Avebe não pode censurar a Comissão por não ter agido dessa forma para dispor de um documento que poderia eventualmente constituir um elemento de defesa para a Avebe.

72 Com efeito, como indicado no n.º 67 *supra*, na sequência das respostas dadas pelas autoridades americanas, a Avebe devia de qualquer forma ter pedido expressamente à Comissão que obtivesse esse documento. Ora, conforme resulta do n.º 69, *supra*, a Avebe limitou-se a fazer uma simples e vaga alusão a essa alegada declaração, numa nota de pé de página, o que não pode ser considerado um pedido expresso na acepção da jurisprudência supra-referida.

73 A Avebe não tem razão quando justifica a falta de pedido expresso no decurso do procedimento administrativo com a alegação de que foi só na decisão que se viu confrontada com a declaração da Akzo no sentido contrário do da alegada declaração da Akzo perante as autoridades americanas. Com efeito, a Avebe não contesta que já resultava claramente da comunicação de acusações que a Comissão tinha a intenção de considerar a Akzo e a Avebe conjuntamente responsáveis por toda a duração da infracção. A Avebe devia, assim, saber que lhe competia, na sua resposta à comunicação de acusações, apresentar todos os elementos úteis para demonstrar que não tinha tido conhecimento do acordo, decisão e prática concertada antes do mês de Agosto de 1993. De igual modo, resulta da troca de correspondência entre os seus advogados e os serviços do Department of Justice dos Estados Unidos, apresentada no Tribunal de Primeira Instância pela Avebe, que os seus advogados estavam perfeitamente conscientes de que, durante o procedimento administrativo perante a Comissão, a Akzo tinha podido sustentar que a Avebe esteve todo o tempo informada do acordo, decisão e prática concertada. Além disso, como o Tribunal já concluiu no n.º 56, *supra*, a Comissão não se baseou na declaração da Akzo, invocando-a unicamente na parte da decisão relativa ao resumo dos argumentos das partes.

74 Atendendo às considerações precedentes, a segunda parte do presente fundamento, relativa à alegada declaração da Akzo perante as autoridades americanas, deve igualmente improceder.

75 Por conseguinte, o fundamento relativo à violação dos direitos de defesa deve ser julgado improcedente.

D — *Quanto à violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17*

1. *Introdução*

76 A Avebe sustenta, a título principal, que a Comissão cometeu erros de direito ao imputar a infracção pelo período anterior a 15 de Agosto de 1993 à Glucona, mas não à Akzo. A título subsidiário, a Avebe alega que, mesmo que a infracção pudesse ser validamente imputada à Glucona durante esse período, ela não podia ser considerada responsável por esse comportamento ilícito da Glucona.

2. *Quanto ao facto de a Comissão não poder imputar à Glucona a infracção cometida antes de 15 de Agosto de 1993*

a) Considerações preliminares

77 Deve apreciar-se se, como a Avebe sustenta, no que diz respeito ao período anterior a 15 de Agosto de 1993, a infracção foi cometida, não pela Glucona, a empresa comum das sociedades-mãe Akzo e Avebe, mas unicamente pela Akzo.

78 A Avebe não contesta que a Glucona constituía uma empresa na acepção do direito comunitário da concorrência, se bem que a sua forma jurídica não lhe conferisse personalidade jurídica própria. Com efeito, segundo jurisprudência assente, no contexto do direito comunitário da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do

seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (acórdãos do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21, e do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Março de 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comissão, T-513/93, Colect., p. II-1807, n.º 36).

79 Em contrapartida, a Avebe considera que, nas circunstâncias específicas do presente caso, a infracção foi cometida, no período anterior a 15 de Agosto de 1993, pela Akzo, e não pela Glucona. A Avebe baseia-se, a esse respeito, por um lado, nas estipulações do contrato de sociedade celebrado em 1972 entre a Akzo e a Avebe, relativo à constituição da Glucona (a seguir «contrato de sociedade de 1972»), e, por outro, nos diferentes aspectos factuais relativos às relações entre ela própria, a Akzo e a Glucona.

b) No que diz respeito ao contrato de sociedade de 1972

Argumentos das partes

80 A título preliminar, a Avebe indica que, por força de um contrato de cooperação celebrado em 1966 com a sociedade Noury & van der Lande, relativo à produção e à venda de diversos produtos, entre os quais o gluconato de sódio, já tinha ficado incumbida, designadamente, do fabrico desse produto, enquanto essa outra sociedade se ocupava, designadamente, da venda desse produto e era, assim, responsável pelo comportamento no mercado.

81 A Avebe salienta que, depois de a sociedade Noury & van der Lande ter sido comprada pela Akzo, a distribuição dos papéis ficou, no essencial, igual, até que, em 15 de Agosto de 1993, a Avebe assumiu a gestão da Glucona. Segundo a Avebe, resulta das disposições relevantes do contrato de sociedade de 1972 que ela estava encarregada da produção, enquanto a Akzo era responsável pela venda do gluconato de sódio.

82 Com efeito, em primeiro lugar, segundo a Avebe, resulta do contrato de sociedade de 1972 que a Glucona era gerida por dois directores, um vindo da Akzo e o outro da Avebe, de forma que esses dois directores tratavam dos assuntos que diziam mais respeito às suas associadas respectivas, mantinham contactos separados com estas e não se interessavam quase nada, ou não se interessavam mesmo nada, pelos assuntos da competência do outro director. Ora, nos termos do contrato de sociedade de 1972, a venda do gluconato de sódio tinha sido confiada à Akzo, que definia e executava a política da Glucona na matéria, de modo que ela própria não tinha influência decisiva no comportamento da Glucona no mercado. Bem pelo contrário, as actividades de venda exercidas pela Akzo em proveito da Glucona estavam integradas na organização de vendas da Akzo, dado que a Glucona não dispunha de uma organização de vendas própria.

83 Em segundo lugar, segundo a Avebe, a circunstância de, em conformidade com o contrato de sociedade de 1972, a Akzo ter recebido uma remuneração pela venda de gluconato de sódio indica que as vendas desse produto eram, na realidade, feitas pela Akzo, sem intervenção da Glucona.

84 Em terceiro lugar, a Avebe considera que, ao contrário do que a Comissão sustenta, com base no contrato de sociedade de 1972, a Akzo não podia ser considerada um simples agente que agiu unicamente por conta da Glucona. Sustenta que o contrato de sociedade de 1972 previa que podia ser introduzida uma repartição das tarefas entre as associadas, o que, de resto, sucedeu no presente caso. Segundo a Avebe, a Akzo assumia — é certo que por conta e risco da Glucona, mas, quanto ao restante, de forma independente e por sua própria conta — as actividades de marketing e de venda de gluconato de sódio e essas actividades situavam-se dentro da organização da Akzo.

85 A Avebe sustenta neste contexto que a circunstância de a Akzo se ter ocupado da venda por conta e risco da Glucona não significa necessariamente que ela deva ser considerada a empresa que cometeu a infracção prevista no artigo 81.º CE. Para determinar quem violou o artigo 81.º CE no presente caso, não há, com efeito, que

determinar aquele por cuja conta e risco as operações foram realizadas, mas — essencialmente — há que identificar aquele que realizou efectivamente as operações através das quais a infracção foi cometida.

86 A posição defendida pela Comissão levaria a que os mandantes de um agente que operasse para várias empresas e que cometesse infracções ao artigo 81.°, n.° 1, CE fossem tidos por responsáveis pela infracção cometida por esse agente no exercício das suas actividades. Segundo a Avebe, é esse o caso quando o mandante tiver incumbido o agente de perpetrar a infracção ou quando o mandante estiver a par do comportamento do seu agente e não o intimar a pôr fim à infracção. Contudo, quando o agente comete a infracção sem o conhecimento do seu mandante, a infracção não pode ser imputada a este último. Ora, segundo a Avebe, a Comissão não demonstrou que a Glucona tenha conferido um mandato à Akzo para tomar parte no acordo, decisão e prática concertada, ou que a Glucona, enquanto tal, estivesse ao corrente da participação da Akzo no acordo, decisão e prática concertada. A Avebe acrescenta que o facto de um dos directores da Glucona, a saber, o que veio da Akzo, estar informado da infracção não é suficiente para a imputar à Glucona, dado que esse director realizava esses actos na sua qualidade de colaborador da Akzo incumbido da venda dos produtos da Glucona.

87 A Avebe admite que não pode ser sustentado, de uma forma geral, que um mandante não possa ser posto em causa pelos comportamentos de um agente que possui igualmente a qualidade de director desse mandante ou que exerce uma outra função de direcção na organização do mesmo. Todavia, no presente caso, existem razões para distinguir a função do agente, por um lado, da de director na organização do mandante, por outro. Com efeito, em primeiro lugar, as razões para designar a Akzo como agente não resultam da preocupação de declinar toda e qualquer eventual responsabilidade pelas infracções ao artigo 81.° CE, mas têm a ver com o facto de que a Akzo já possuía uma organização de venda do gluconato de sódio, conforme resulta do contrato de sociedade de 1972. Em segundo lugar, no presente caso, o agente — a Akzo — é uma grande empresa com um colaborador que desempenhava a tempo parcial funções de director junto da Glucona, mas que exercia, no resto do tempo, actividades no quadro da organização da própria empresa.

88 A Comissão pede que a argumentação da Avebe seja julgada improcedente.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

89 Antes de mais, resulta do artigo 1.º do contrato de sociedade de 1972 que a Avebe e a Akzo constituíram a empresa comum Glucona, tendo por objectivo «o fabrico, a venda e a comercialização por conta comum» («voor gemeenschappelijke rekening vervaardingen en verkopen van en handelen in») de determinados produtos, entre os quais o gluconato de sódio.

90 Além disso, por força do artigo 5.º, n.º 1, do contrato de sociedade de 1972, as «associadas [da Glucona só estavam] habilitadas a agir e a assinar por conta da sociedade, a assumir compromissos da sociedade para com terceiros e de terceiros para com a sociedade e a receber e a despender fundos por conta da sociedade, conjuntamente» («De vennoten zijn alleen gezamenlijk bevoegd voor de vennootschap te handelen en te tekenen, de vennootschap aan derden en derden aan de vennootschap te verbinden, en gelden voor de vennootschap te ontvangen en uit te geven»). Por força do artigo 5.º, n.º 2, do mesmo contrato, as duas associadas, a Akzo e a Avebe, deviam nomear, respectivamente, dois delegados que «deviam exercer em conjunto os poderes referidos no n.º 1 para a associada em causa, sem prejuízo do direito de cada associada exercer ela própria esses poderes» («Elke vennoot zal twee natuurlijke personen aanwijzen die gedelegeerden genoemd zullen worden en die gezamenlijk de in lid 1 genoemde bevoegheid voor de betrokken vennoot zullen uitoefenen, onverminderd het recht van elke vennoot de bevoegdheid zelf uit te oefenen»). Estes delegados deviam manter «contactos regulares entre eles e discutir com os directores [da Glucona] sobre todos os assuntos que interessassem à sociedade» («De gedelegeerden zullen regelmatig kontakt met elkaar onderhouden en alle voor de vennootschap van belang zijnde onderwerpen met elkaar en met de hierna te noemen direkteuren bespreken»). Nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do contrato de sociedade de 1972, a gestão quotidiana incumbia a dois directores, designados, respectivamente, pela Akzo e pela Avebe. Esses directores deviam consagrar uma parte substancial do seu tempo aos negócios da Glucona. Deviam «trabalhar em estreita colaboração e [eram] conjuntamente responsáveis pela política prosseguida» («Zij zullen nauw met elkaar samenwerken en gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het gevoerde beleid») e deviam «fazer regularmente relatórios para os seus delegados quanto à política prosseguida e fornecer-lhes todas as informações relevantes a este respeito» («Zij zullen aan de gedelegeerden regelmatig verantwoording omtrent het gevoerde beleid afleggen en aan de gedelegeerden alle belangrijke inlichtingen daaromtrent verschaffen»).

91 Por último, no artigo 13.º, n.º 2, do contrato, precisava-se que, « [a] menos que as duas associadas prefiram optar por outro regime, [a Glucona] confi[ava] a venda dos

seus produtos à [Akzo]» e reembolsa[ria] à Akzo uma parte proporcional dos custos da estrutura de venda desta última calculada proporcionalmente ao tempo consagrado à venda dos produtos da Glucona.

92 Resulta destas estipulações do contrato de sociedade de 1972 que, mesmo que os negócios correntes relativos à venda de gluconato de sódio por conta da Glucona estivessem «confiados» à Akzo, a Avebe não pode validamente sustentar que, por força das estipulações do contrato de sociedade de 1972, a infracção só podia ser imputada à Akzo por esta ser a única responsável pela política comercial da Glucona.

93 Com efeito, tendo em conta a estrutura jurídica da Glucona, a Akzo e a Avebe definiam em conjunto a política da Glucona. Tal implicava que, por intermédio dos seus delegados e dos directores da Glucona, a Akzo e a Avebe tinham de se concertar regularmente. Logo, deve considerar-se que, de acordo com o contrato de sociedade de 1972, a Avebe não desconhecia nem a definição nem a execução da política comercial do gluconato de sódio.

94 As afirmações da Avebe segundo as quais os dois directores tratavam sobretudo, ou mesmo exclusivamente, dos negócios que diziam, em primeiro lugar, respeito ao domínio atribuído à associada respectiva que os tinha designado, mantinham contactos separados com elas e não se interessavam quase nada, ou mesmo nada, pelos negócios da competência do outro director não encontram reflexo nas estipulações do contrato de sociedade, ou estão até, em parte, em contradição com estas. Com efeito, como acabou de ser salientado, por força do contrato de sociedade de 1972, a Akzo e a Avebe eram conjuntamente responsáveis pela definição da política da Glucona, a propósito da qual, por intermédio dos seus delegados e dos directores da Glucona, tinham de se concertar regularmente.

95 Por outro lado, mesmo que, como a Avebe sustenta, as estipulações do contrato de sociedade de 1972, designadamente o artigo 13.°, n.° 2, e o artigo 14.°, n.° 1, devessem ser interpretadas no sentido de que o director designado pela Akzo procedia à comercialização do gluconato de sódio na sua qualidade de colaborador

da Akzo, encarregado da venda dos produtos da Glucona, não deixa de ser verdade que, tendo em conta a situação jurídica criada pelo contrato de sociedade de 1972, as acções desse director, designado pela Akzo, eram imputáveis à Glucona.

96 Por conseguinte, com base nas estipulações do contrato de sociedade de 1972, para verificar as condições de aplicação do artigo 81.º CE, a Comissão podia considerar, sem cometer um erro manifesto, que todos os membros do conselho da Glucona conheciam as práticas anticoncorrenciais desta última.

97 Nesta situação, competia à Avebe provar, durante o procedimento administrativo, recorrendo a um conjunto de elementos que constituem um feixe de indícios convergentes e convincentes que, apesar dessa situação jurídica, só a Akzo conhecia e determinava o comportamento ilícito da Glucona.

c) Quanto a diferentes elementos factuais

98 A Avebe invoca seis elementos factuais para demonstrar que não estava informada da existência do acordo, decisão e prática concertada.

99 Em primeiro lugar, a Avebe salienta que os seus representantes nunca participaram nas reuniões do acordo, decisão e prática concertada antes de Outubro de 1993.

100 A Comissão não alegou argumentos específicos a este respeito.

101 O Tribunal de Primeira Instância observa que a Comissão não contesta esta circunstância e que ela admitiu, de resto, a sua existência no considerando 306 da decisão. Contudo, tendo em conta a partilha de tarefas prevista no contrato de sociedade de 1972, conjugada com as cláusulas do referido contrato que prevêem uma habilitação conjunta das associadas e garantem a cada associada da Glucona uma participação e uma informação quanto às actividades desenvolvidas pela outra parte (v. n.º 90, *supra*), esta circunstância não permite concluir que os representantes da Avebe na Glucona, e, assim, a própria Avebe, não podiam estar ao corrente do comportamento ilícito.

102 Em segundo lugar, a Avebe considera que a Comissão, no considerando 307 da decisão, não se podia basear validamente na nota de 1 de Maio de 1990. Invoca, com efeito, o facto de que já tinha exposto, na sua resposta à comunicação de acusações, que a reunião referida nessa nota não tinha nada a ver com as reuniões multilaterais do acordo, decisão e prática concertada e que se realizou no âmbito de uma cooperação estrutural que estava prevista com a ADM. Essas conversações não se inseriam no âmbito das actividades de venda regulares da Glucona, mas incidiam sobre uma alteração de natureza estrutural da produção da Glucona nos Estados Unidos. Isso explica, segundo ela, o facto de o director da Glucona designado pela Avebe ter estado presente nessa reunião e de a Avebe se ter informado do estado das discussões com a ADM, na sua qualidade de associada da Glucona.

103 A Comissão considera que resulta da nota de 1 de Maio de 1990 que era a Glucona — e não unicamente a Akzo — que vendia o gluconato de sódio, que adoptava um comportamento no mercado, que participava nas negociações e que era considerada como participante nesse mercado pelos outros membros do acordo, decisão e prática concertada.

104 O Tribunal de Primeira Instância observa que a nota de 1 de Maio de 1990 foi elaborada por um membro da direcção da Avebe, a propósito de uma reunião que se realizou em 30 de Abril de 1990 com os representantes da ANC e da ADM. Resulta dessa nota que, durante essa reunião, os participantes discutiram a renovação de alguns contratos de fornecimento de gluconato de sódio celebrados pela ADM.

105 Mesmo partindo do pressuposto de que essa reunião não teve nada a ver com as reuniões multilaterais do acordo, decisão e prática concertada, mas que foi realizada, como a Avebe salienta, no âmbito de uma cooperação estrutural prevista com a ADM, não deixa de ser verdade que, como a Comissão salienta com razão, essa nota demonstra que a Avebe não desconhecia as questões de comercialização do gluconato de sódio pela Glucona. Esta conclusão é, de resto, confirmada pela existência de um projecto de acordo entre a Akzo, a Avebe e a ADM, que a própria Avebe submeteu ao Tribunal de Primeira Instância, donde resulta que a Avebe e a Akzo deviam assegurar em conjunto a comercialização do gluconato de sódio nos Estados Unidos. Em lado algum desse documento se revela que as actividades da Avebe estavam limitadas à produção de gluconato de sódio e que apenas a Akzo se devia ocupar da comercialização desse produto.

106 Por conseguinte, é sem razão que a Avebe censura a Comissão por ter invocado essa nota como um dos elementos factuais que indicam que a Avebe não podia ignorar que a Glucona participava em acções anticoncorrenciais.

107 Em terceiro lugar, a Avebe considera que a Comissão não teve razão ao invocar, no considerando 308 da decisão, o comportamento da Avebe quando, em 15 de Agosto de 1993, assumiu sozinha a gestão da Glucona, deduzindo desse facto que a Avebe era responsável pela infracção cometida antes dessa data (v. n.º 37, *supra*). Um raciocínio deste tipo foi censurado pelo acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Mayr-Melnhof/Comissão, T-347/94, Colect., p. II-1751, n.^{os} 400 e segs.

108 Segundo a Comissão, a Avebe invoca sem razão o acórdão Mayr-Melnhof/Comissão, referido no n.º 107, *supra*, pois esse acórdão diz respeito a uma situação diferente da do presente caso. No caso aqui em apreço, ela invocou unicamente esse elemento, entre outros, para demonstrar que, já antes do dia 15 de Agosto de 1993, a Avebe devia saber que a Glucona participava no acordo, decisão e prática concertada.

109 O Tribunal de Primeira Instância assinala que, como a Comissão salienta com razão, no acórdão Mayr-Melnhof/Comissão, referido no n.º 107, *supra*, se decidiu que a sociedade Mayr-Melnhof só podia ser declarada responsável pelo comportamento de uma das suas filiais a partir da data em que assumiu o controlo da mesma. Ora, no presente caso, atendendo às relações jurídicas de propriedade e de controlo estabelecidas desde a constituição da Glucona, não se tratava da questão de saber se a Avebe devia ser considerada responsável por actos que uma sociedade tinha cometido num momento em que ela não exercia controlo sobre a mesma. Por conseguinte, a Avebe não pode validamente invocar esse acórdão em apoio da sua tese.

110 Assim sendo, mesmo que, tomado isoladamente, o comportamento da Avebe não seja suficiente para demonstrar que quando, em 15 de Agosto de 1993, assumiu sozinha a gestão da Glucona, sabia, antes dessa data, que a Glucona participava no acordo, decisão e prática concertada, não deixa de ser verdade que não se pode criticar a Comissão por ter tido em conta esse elemento à luz de outros elementos particularmente verosímeis, entre os quais a responsabilidade conjunta de dois co-directores da Glucona (v. considerando 307 da decisão e n.^{os} 90 a 96, *supra*), para corroborar a sua posição.

111 Em quarto lugar, a Avebe sustenta que, nas actas das reuniões realizadas na Glucona, não há nenhuma referência à existência do acordo, decisão e prática concertada. Consequentemente, os órgãos da Glucona não aprovaram os comportamentos da Akzo nem expressa nem tacitamente, visto que não tiveram conhecimento deles.

112 Segundo a Comissão, dessas actas resulta que os assuntos abordados durante as reuniões diziam respeito a toda a gama das actividades da Glucona.

113 O Tribunal de Primeira Instância observa que a circunstância de não ser feita nenhuma referência à existência do acordo, decisão e prática concertada nas actas das reuniões realizadas na Glucona, tendo em conta o carácter secreto do acordo,

decisão e prática concertada, não é um argumento pertinente para demonstrar que a Avebe não estava ou não podia estar informada desse acordo, decisão e prática concertada ou, ainda menos, que os órgãos da Glucona não aprovaram expressa ou tacitamente o comportamento anticoncorrencial.

114 Assim sendo, tal como a Comissão salienta com razão, resulta de diversas actas que a Avebe foi informada, por vezes, detalhadamente, da vertente comercial das actividades da Glucona, conforme resulta dos relatórios sobre as reuniões de 8 de Outubro de 1991, 14 de Abril e 10 de Dezembro de 1992 e de 2 de Setembro de 1993. A título de exemplo, deve referir-se que, na acta da reunião de 10 de Dezembro de 1992, se pode ler no ponto 8:

«O volume do orçamento do gluconato de sódio para 1993 é muito menos elevado que anteriormente, tendo em conta as forças do mercado (ADM). Mesmo que o volume seja menos elevado, esperam-se melhores preços. Além disso, serão pedidas restituições à exportação mais elevadas. Isso tem que ver com o carácter diluído das nossas matérias-primas. Dar-se-á prioridade à exportação para países terceiros fora da CE. Pela primeira vez, desde há vários anos, a margem bruta do gluconato de sódio poderá atingir o seu limite de rentabilidade. Contudo, isso deve-se parcialmente a uma reorganização dos custos fixos [...]».

115 Daqui resulta que os assuntos abordados durante essas reuniões diziam respeito a toda a gama de actividades da Glucona, designadamente, a temas como a estratégia comercial, a evolução do mercado e a política de preços e das quotas de mercado. Ora, tendo em conta o carácter essencial do acordo, decisão e prática concertada para a definição das possibilidades de agir no mercado do gluconato de sódio, há que excluir absolutamente a possibilidade de esses temas poderem ter sido tratados sem mencionar a existência do acordo, decisão e prática concertada e os parâmetros daí resultantes.

116 Por conseguinte, a Avebe também não pode invocar validamente as actas das reuniões da Glucona em apoio da sua tese.

117 Em quinto lugar, a Avebe suscita o facto de os parceiros comerciais e os concorrentes da Glucona identificarem sempre esta com a Akzo, e nunca com a Avebe, o facto de a Akzo ter utilizado, na sua correspondência com os clientes, papel de carta da Akzo, e não da Glucona, e de a facturação e os recebimentos serem efectuados através da Akzo.

118 A Comissão refuta esta argumentação.

119 O Tribunal de Primeira Instância verifica, antes de mais, que a argumentação da Avebe é posta em causa pelo projecto de acordo, referido no n.º 105, *supra*, que indica como parceiros comerciais potenciais da ADM, para a comercialização do gluconato de sódio nos Estados Unidos, não apenas a Akzo mas igualmente a Avebe. De qualquer forma, mesmo pressupondo que se demonstre que os parceiros e concorrentes da Glucona identificavam sempre esta última com a Akzo, não deixa de ser verdade que essa circunstância diz apenas respeito às relações externas da Glucona e à percepção da mesma por terceiros. Em contrapartida, ela não é de forma alguma relevante para a questão de saber se, tendo em conta a estrutura interna da organização da Glucona, a Avebe estava ou devia estar informada do comportamento ilícito da Glucona no mercado do gluconato de sódio.

120 Por conseguinte, a Avebe também não pode invocar essas circunstâncias em apoio da sua tese.

121 Em sexto e último lugar, a Avebe sustenta que o director designado pela Akzo tinha o seu escritório em Amersfoort (Países Baixos), no imóvel da Akzo, enquanto o director designado pela Avebe se ocupava, *in loco*, da gestão das fábricas da Avebe em Ter Apelkanaal (Países Baixos) e que esses locais ficavam a 200 km um do outro. Além disso, alega que a produção e a venda de gluconato de sódio apenas representava uma parte ínfima da totalidade das actividades tanto da Avebe como da Akzo.

122 A Comissão não alegou argumentos específicos a este respeito.

123 O Tribunal de Primeira Instância recorda, neste contexto, que o contrato de sociedade de 1972 previa expressamente uma concertação estreita dos directores sobre todas as questões que interessassem à empresa comum. Além disso, como já foi indicado no n.º 114, *supra*, resulta das actas das reuniões da Glucona que os assuntos abordados durante essas reuniões diziam respeito a toda a gama de actividades da Glucona, designadamente, a temas como a estratégia comercial, a evolução do mercado e a política de preços e das quotas de mercado. Por conseguinte, o afastamento geográfico entre a Akzo e a Avebe não constitui um argumento convincente para sustentar que o director designado pela Avebe não estava ao corrente do comportamento anticoncorrencial.

124 O facto, invocado pela Avebe, de que a produção e a venda de gluconato de sódio só representava uma parte ínfima da totalidade das actividades tanto da Avebe como da Akzo também não é pertinente. Com efeito, a constituição da Glucona devia servir para o fabrico, a venda e a comercialização em comum de determinados produtos, entre os quais o gluconato de sódio, actividades às quais, por força do contrato de sociedade de 1972, os directores da Glucona deviam consagrar uma parte substancial do seu tempo de trabalho.

125 Por conseguinte, é sem razão que a Avebe invoca essas circunstâncias em apoio da sua tese.

126 Atendendo ao exposto anteriormente, foi com razão que a Comissão considerou que os diferentes elementos factuais invocados pela Avebe não permitiam concluir que, apesar da clareza do quadro jurídico que regulava a estrutura da empresa comum e a partilha da responsabilidade das suas associadas, a Avebe desconhecia a definição e a execução da política comercial do gluconato de sódio e, logo, não estava, ou não podia estar, informada das acções anticoncorrenciais da Glucona.

127 Por conseguinte, a Comissão podia validamente considerar que a infracção tinha sido cometida pela Glucona.

3. *Quanto ao facto de a Comissão não poder imputar à Avebe a infracção cometida pela Glucona*

a) Argumentos das partes

128 A Avebe alega, no essencial, que, mesmo pressupondo que se tenha de concluir que o comportamento anticoncorrencial foi cometido pela Glucona, e não pela Akzo, a Comissão não podia de modo algum imputar esse comportamento à Avebe.

129 Neste contexto, a Avebe sustenta que, segundo jurisprudência assente, a circunstância de a filial ter personalidade jurídica distinta não é suficiente para afastar a possibilidade de imputar o seu comportamento à sociedade-mãe, nomeadamente, quando a filial não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, C-286/98 P, Colect., p. I-9925, n.º 26 e jurisprudência aí referida). Daqui resulta que há que tomar em consideração, não a estrutura jurídica formal de uma empresa mas a sua estrutura decisória de facto. Ora, ao reiterar, no essencial, os mesmos argumentos já apresentados no âmbito da primeira parte do presente fundamento, a Avebe considera que a Glucona não aplicava instruções que ela lhe tinha dado, mas que, pelo contrário, a comercialização do gluconato de sódio era assegurada pela Akzo.

130 Acresce que, numa situação em que o comportamento ilícito foi assumido por uma associação sem personalidade jurídica, o critério formal das relações jurídicas entre

esta e a sua sociedade-mãe não é relevante. Nesta situação, o que deve ser importante é apenas a questão de saber se a Glucona formava uma unidade económica com a Avebe, o que não foi o caso, dado que a Glucona não possuía uma organização de venda, realizando a maior parte dos colaboradores da mesma o seu trabalho no âmbito das actividades que exerciam para a sua outra entidade patronal. Só no caso de a sociedade-mãe deter 100% das partes sociais da filial é que a Comissão se podia basear na presunção de que essa filial aplica, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sua sociedade-mãe. Só nesse contexto é que a Comissão não estaria obrigada a verificar se a sociedade-mãe exerceu efectivamente esse poder. Ora, no presente caso, a Avebe só detinha 50% da Glucona, estando os outros 50% nas mãos da Akzo.

131 Além disso, a Avebe invoca o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Metsä-Serla e o./Comissão (T-339/94, T-340/94, T-341/94 e T-342/94, Colect., p. II-1727, n.os 51 a 58). Observa que, nesse processo, o Tribunal de Primeira Instância teve em conta o facto de que uma associação de empresas tinha recebido um mandato dos seus membros para efectuar todas as suas vendas de cartão e fixava preços uniformes, enquanto agia em nome e por conta de cada um dos seus membros. Consequentemente, nesse processo, o Tribunal de Primeira Instância teve em consideração o comportamento constitutivo da infracção, bem como a relação directa existente entre esse comportamento e a empresa que deve ser considerada responsável pela infracção.

132 A Avebe alega também que é improvável que, em 15 de Agosto de 1993, quando o director designado pela Akzo informou o director designado pela Avebe da existência da estrutura do acordo, decisão e prática concertada, a Avebe tivesse conhecimento do acordo, decisão e prática concertada. A Avebe salienta que a Comissão foi informada desse facto por carta de 23 de Abril de 1999, mas que interpretou essa informação de forma errada, ao sustentar, na decisão, que a Avebe tinha pedido para ser cabalmente informada sobre a situação relativa ao acordo, decisão e prática concertada. De igual modo, a Comissão não teve em conta o facto de que, como foi indicado no n.º 26 da resposta à comunicação de acusações, o representante da Avebe na Glucona tinha informado mais tarde o presidente da Avebe, o que infirma a afirmação segundo a qual a Avebe já tinha conhecimento do acordo, decisão e prática concertada.

133 Na sua réplica, a Avebe sustenta, além disso, que a sua tese é corroborada pelo artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, conforme interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

134 A Comissão reconhece que a jurisprudência por ela citada não teve por objecto um caso como o presente, em que a infracção foi cometida por uma associação de cooperação entre duas empresas autónomas. Contudo, ao referir-se, no essencial, aos argumentos já suscitados no âmbito da primeira parte do presente fundamento, a Comissão considera que, no presente caso, a Avebe podia influenciar de forma determinante o comportamento da Glucona no mercado e que, em particular, podia, em qualquer momento, pôr termo à sua participação no acordo, decisão e prática concertada. Isso seria suficiente, à luz da jurisprudência (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, T-354/94, Colect., p. II-2111, n.º 80), para concluir que a Avebe era co-responsável pela infracção e que não havia necessidade de provar se ela exerceu efectivamente essa influência na Glucona.

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

135 Deve recordar-se, antes de mais, a jurisprudência assente, segundo a qual o comportamento anticoncorrencial de uma empresa pode ser imputado a outra, quando aquela não determinou de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica no essencial as instruções que lhe são dadas por esta última, em particular, tendo em conta os laços económicos e jurídicos que as unem (acórdãos do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 117, e de 16 de Novembro de 2000, Metsä-Serla Oyj e o./Comissão, C-294/98 P, Colect., p. I-10065, n.º 27).

136 A este respeito, deve precisar-se que, segundo essa jurisprudência e contrariamente à tese defendida pela Comissão nos n.os 48 a 52 da sua contestação, a Comissão não

se podia contentar em constatar que uma empresa «podia» exercer essa influência determinante sobre a outra empresa, sem ter de verificar se essa influência foi efectivamente exercida. Resulta, pelo contrário, dessa jurisprudência que incumbe, em princípio, à Comissão demonstrar essa influência determinante com base num conjunto de elementos factuais, entre os quais, em particular, o eventual poder de direcção de uma dessas empresas face à outra (v., nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça, Dansk Rørindustri e o./Comissão, referido no n.º 135, *supra*, n.ºs 118 a 122, e de 2 de Outubro de 2003, Aristrain/Comissão, C-196/99 P, Colect., p. I-11005, n.ºs 95 a 99; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, HFB e o./Comissão, T-9/99, Colect., p. II-1487, n.º 527). Ora, no processo que culminou no acórdão de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, referido no n.º 129, *supra*, invocado pela Comissão, o Tribunal de Justiça reconheceu que, quando uma sociedade-mãe controla a 100% a sua filial culpada de comportamento ilícito, existe uma presunção elidível segundo a qual a referida sociedade-mãe exercia efectivamente uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial. Consequentemente, compete à sociedade-mãe inverter essa presunção mediante a apresentação de elementos de prova susceptíveis de demonstrar a autonomia da sua filial (v., nesse sentido, acórdão de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, referido no n.º 129, *supra*, n.ºs 28 a 29, e acórdão de 14 de Maio de 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, referido no n.º 134, *supra*, n.º 80).

137 Em seguida, deve recordar-se que, nos termos do contrato de sociedade de 1972, a Glucona foi constituída sob a forma jurídica de uma «vennootschap onder firma» (sociedade em nome colectivo, a seguir «vof»). É pacífico que, de acordo com o direito neerlandês, a Glucona constituía, assim, uma entidade puramente contratual sem personalidade jurídica distinta da das suas associadas Akzo e Avebe, participando estas, respectivamente, em 50% na referida entidade. Além disso, por força do artigo 5.º, n.º 1, do referido contrato, as duas associadas só em conjunto é que estavam habilitadas a agir e a assinar por conta da Glucona, a assumir compromissos perante terceiros e de terceiros para com ela e a receber e despender fundos por sua conta. Em conformidade com o n.º 2 dessa mesma disposição, as duas associadas deviam designar, respectivamente, dois delegados que «deviam exercer em conjunto os poderes referidos no n.º 1 para a associada em causa, sem prejuízo do direito de cada associada exercer ela própria esses poderes». Esses delegados deviam manter «contactos regulares entre eles e discutir com os directores [da Glucona] sobre todos os assuntos que interessassem à sociedade». Por força do artigo 5.º, n.º 3, do referido contrato, a gestão quotidiana incumbia a dois

directores designados, respectivamente, pela Akzo e pela Avebe. Estes directores deviam consagrar uma parte substancial do seu tempo aos negócios da Glucona. Deviam «trabalhar em estreita colaboração e [eram] conjuntamente responsáveis pela política prosseguida» e deviam «fazer regularmente relatórios para os seus delegados quanto à política prosseguida e fornecer-lhes todas as informações relevantes a este respeito». Por último, tendo em conta a estrutura jurídica da Glucona, a Akzo e a Avebe assumiam os compromissos da Glucona de forma ilimitada e solidária.

138 Resulta de todos os elementos precedentes que o contrato de sociedade de 1972 estabelecia um poder de direcção conjunto da Akzo e da Avebe relativamente à gestão comercial da Glucona, devendo esse poder ser exercido em conjunto e em concertação estreita permanente, no que se refere a todas as questões que interessassem à Glucona, por dois directores designados, respectivamente, pela Akzo e pela Avebe e controlados, designadamente, por intermédio de dois delegados dessas duas associadas. Tendo em conta esse poder de direcção conjunto e o facto de a Akzo e a Avebe participarem cada uma em 50% na Glucona e, por isso, controlarem conjuntamente a totalidade das suas quotas-partes, o Tribunal de Primeira Instância considera que se trata de uma situação análoga à que esteve na origem do acórdão de 14 de Maio de 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, em que uma única sociedade-mãe controlava a 100% a sua filial, para estabelecer a presunção de que a referida sociedade-mãe exercia, efectivamente, uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial.

139 Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância considera que, no seu conjunto, os elementos factuais referidos no n.º 137, *supra*, constituem indícios suficientemente importantes para fundar a presunção de que a Akzo e a Avebe determinavam conjuntamente a linha de acção da Glucona no mercado, a tal ponto que se considera que esta não dispunha de autonomia real a este respeito. Além disso, conforme resulta das considerações nos n.^{os} 92 a 126, *supra*, relativas ao conhecimento que a recorrente tinha das acções da Glucona, a recorrente não submeteu elementos de prova susceptíveis de inverter essa presunção.

140 Por último, há que observar que a existência de uma responsabilidade comum, entre as duas associadas Akzo e Avebe, pelo comportamento da Glucona, independentemente do seu alcance exacto nos termos do direito neerlandês, reforça a presunção

relativa à efectiva determinação conjunta da política comercial da Glucona pelas suas associadas. Com efeito, nestas condições, as associadas têm todo o interesse em evitar que a sua filial actue independentemente das suas instruções, dado o risco de ficarem expostas, em caso de actuações ilegais por parte da sua filial, a processos ou a acções de indemnizações intentadas por terceiros.

141 Resulta do exposto anteriormente que, tendo em conta os estreitos vínculos económicos e jurídicos entre, por um lado, a Glucona e, por outro, a Akzo e a Avebe, que exerciam um controlo efectivo conjunto sobre a Glucona, a Comissão não cometeu nenhum erro ao declarar que o comportamento ilícito da Glucona é imputável à Avebe. Daqui resulta igualmente que, contrariamente à opinião da recorrente, a Glucona, por um lado, e a Akzo e a Avebe, por outro, formam uma entidade económica na acepção da jurisprudência referida no n.º 78, *supra*, no âmbito da qual o comportamento ilícito da filial é imputável a essas sociedades-mãe que são responsáveis pelo mesmo devido ao controlo efectivo da sua política comercial (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Dezembro de 2003, Minoan Lines/Comissão, T-66/99, Colect., p. II-5515, n.º 122).

142 Por conseguinte, o fundamento relativo à violação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 deve ser julgado improcedente na sua totalidade.

E — *Quanto à violação do princípio da proporcionalidade*

143 A Avebe considera que, mesmo que se entenda que a infracção lhe pode ser imputada, ao fixar o montante inicial da coima a ela relativa, a Comissão devia ter tido em conta, a título de circunstâncias atenuantes, o papel que a Avebe tinha desempenhado no cartel antes de 15 de Agosto de 1993.

144 A Comissão salienta que a coima aplicada à Avebe foi fixada devido ao comportamento da Glucona no âmbito do acordo, decisão e prática concertada e que, nesse contexto, teve em conta as especificidades do comportamento da mesma. Segundo a Comissão, não há razão alguma para se atenuar a responsabilidade de uma empresa-mãe devido ao comportamento da sua filial. Isso é tanto mais assim quanto a Glucona não tinha personalidade jurídica distinta da Avebe e da Akzo. A Avebe não é, assim, de forma alguma, considerada responsável pelo comportamento de outrem, mas por actos de uma entidade puramente contratual que faz parte da sua própria personalidade jurídica e pela qual é solidariamente responsável.

145 O Tribunal de Primeira Instância considera que, conforme a Comissão alega, devido ao comportamento da Glucona, imputável tanto à Avebe como à Akzo, foi com razão que a Comissão pôde aplicar uma coima à Avebe, sem violar o princípio da proporcionalidade. Mais particularmente, atendendo às estipulações do contrato de sociedade de 1972 que constituiu a empresa comum Glucona (v. n.^{os} 90 a 91, *supra*), o Tribunal considera que o papel que a Avebe desempenhou no cartel antes de 15 de Agosto de 1993 não pode constituir uma circunstância atenuante que pudesse afectar a proporcionalidade da coima que lhe foi aplicada.

146 Consequentemente, não procede o fundamento relativo à violação do princípio da proporcionalidade.

147 Não tendo nenhum dos fundamentos invocados contra a decisão sido julgado procedente, deve ser negado provimento ao recurso na íntegra.

Quanto às despesas

148 Por força do disposto no artigo 87.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrida pedido a condenação da recorrente, e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA é condenada nas despesas.

Azizi Jaeger Dehousse

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 27 de Setembro de 2006.

O secretário

E. Coulon

O presidente

J. Azizi

Índice

Factos na origem do litígio ..... II - 3090

Tramitação processual e pedidos das partes ..... II - 3097

Questão de direito ..... II - 3099

A — Introdução ..... II - 3099

B — Quanto à violação do dever de fundamentação ..... II - 3103

C — Quanto à violação dos direitos de defesa ..... II - 3105

1. Observações introdutórias ..... II - 3105

2. Quanto à declaração da Akzo ..... II - 3106

3. Quanto à alegada declaração de um representante da Akzo perante as autoridades americanas ..... II - 3109

a) Argumentos das partes ..... II - 3109

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3109

Quanto à admissibilidade ..... II - 3109

Quanto ao mérito ..... II - 3111

D — Quanto à violação do artigo 81.°, n.° 1, CE e do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 ..... II - 3114

1. Introdução ..... II - 3114

2. Quanto ao facto de a Comissão não poder imputar à Glucona a infracção cometida antes de 15 de Agosto de 1993 ..... II - 3114

a) Considerações preliminares ..... II - 3114

b) No que diz respeito ao contrato de sociedade de 1972 ..... II - 3115

Argumentos das partes ..... II - 3115

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3118

c) Quanto a diferentes elementos factuais ..... II - 3120

3. Quanto ao facto de a Comissão não poder imputar à Avebe a infracção cometida pela Glucona ..... II - 3127

a) Argumentos das partes ..... II - 3127

b) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3129

E — Quanto à violação do princípio da proporcionalidade ..... II - 3132

Quanto às despesas ..... II - 3133