# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 18 de Maio de 2000 *

1. Por petição introduzida a 9 de Julho de 1998, a sociedade NV Koninklije KNP BT (a seguir «KNP») interpôs recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, KNP BT/Comissão [1] (a seguir «acórdão recorrido»).

2. Por este acórdão, o Tribunal de Primeira Instância acolheu parcialmente, na medida em que reduziu a coima aplicada à recorrente de 3 000 000 ecus para 2 700 000 ecus, mas julgou improcedente quanto ao restante o recurso de KNP contra a decisão 94/601/CE da Comissão, de 13 de Julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE (IV/C/33.833 — Cartão) [2] (a seguir «decisão»), pela qual a Comissão tinha aplicado a 19 produtores fabricantes de cartão no mercado comunitário coimas com fundamento na violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 81.°, n.° 1, CE).

3. Por este recurso, a KNP solicitava ao Tribunal de Primeira Instância a anulação total ou parcial da decisão, a anulação da coima aplicada ou pelo menos a redução do seu montante, e que tomasse as disposições que o Tribunal de Primeira Instância julgasse necessárias.

4. Para a exposição completa das acusações articuladas pela KNP contra a decisão e os motivos pelos quais o Tribunal de Primeira Instância estimou apenas dever reter parcialmente essas acusações, há que referir-se ao acórdão recorrido.

5. Perante o Tribunal de Justiça, a KNP apresenta as seguintes conclusões:

Que o Tribunal de Justiça se digne:

1) revogar o acórdão recorrido;

2) revogar a decisão e anular ou reduzir a coima imposta à recorrente, em conformidade com a sua petição de 7 de Outubro de 1994, ou, a título subsidiário, remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância a fim de que ele se pronuncie sobre a anulação (parcial) da dita decisão;

* Língua original: francês.

1 — T-309/94, Colect., p. II-1007.

2 — JO L 243, p. 1.

3) condenar a Comissão nas despesas dos processos perante o Tribunal de Primeira Instância e perante o Tribunal de Justiça.

6. A Comissão, recorrida no presente recurso como o tinha sido em primeira instância, concluiu por sua parte pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne:

1) julgar improcedente o recurso;

2) condenar a recorrente nas despesas da instância.

7. Em apoio das suas conclusões, a KNP desenvolve quatro fundamentos:

— um fundamento, qualificado de principal, visando a insuficiência de fundamentação da decisão em relação à fixação da coima aplicada à recorrente;

— um segundo fundamento, visando a falta de consideração, para a fixação da coima, da retirada da recorrente do cartel a partir de finais de 1989 ou, pelo menos, do carácter marginal da sua participação a partir de 1990;

— um terceiro fundamento, visando a consideração, para a determinação do volume de negócios a partir do qual se operou a fixação da coima, de vendas internas ao grupo constituído pela recorrente e suas filiais;

— um quarto fundamento, visando a fixação, de meados de 1986, como início do período da infracção de uma das empresas do seu grupo a Badische Kartonfabrick (a seguir «Badische»).

8. A análise detalhada destes fundamentos será feita, sempre que necessário, à medida que se avançar no seu exame, de modo a evitar toda a repetição inútil.

**Primeiro fundamento, relativo à insuficiência de fundamentação da decisão em relação à fixação da coima**

9. A recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância devia ter anulado a decisão por causa da sua insuficiente fundamentação em relação à fixação da coima.

10. Segundo a recorrente, a decisão não contém a mínima indicação sobre o método utilizado pela Comissão para fixar uma

coima proporcional ao volume de negócios das diferentes empresas pelas quais a KNP foi considerada responsável, bem como sobre a duração e intensidade da participação de cada uma delas na infracção.

11. Esta crítica vai ao encontro da apresentada pela recorrente Mo och Domsjö AB no processo C-283/98 P, permitindo-me remeter, para a exposição das razões justificando a rejeição desse fundamento, para as conclusões que apresento este mesmo dia nesse processo.

**Segundo fundamento, relativo à consideração, para a fixação da coima, de uma implicação da KNP no cartel após 1989**

12. A recorrente considera que o Tribunal de Primeira Instância «deveria ter analisado, no seu acórdão, o seu argumento segundo o qual a Comissão condenou-a abusivamente no pagamento de uma coima referente ao período posterior ao final do ano de 1989 ou, a título subsidiário, que só deveria ter aplicado uma coima muito moderada tendo em conta o carácter marginal da sua participação no cartel».

13. Alega, assim, que um dos seus argumentos não obteve resposta no acórdão recorrido. Ora, isso não é manifestamente correcto, uma vez que os n.os 55 a 59 desse acórdão são precisamente dedicados à refutação do dito argumento.

14. Constata-se pois que, na medida em que visa uma falta de fundamentação, a crítica não tem fundamento. Mas talvez ela deva ser encarada num sentido diferente, a recorrente criticando o Tribunal de Primeira Instância não de falta de fundamentação, mas de não ter julgado procedente o argumento que lhe foi apresentado.

15. Contudo, se é assim que se deve entender a crítica da KNP, esta só pode, tal como sugere a Comissão, ser julgada improcedente, por não incluir uma crítica fundamentada do raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância, o que somente a poderia fazer escapar à crítica de não ser mais do que a repetição pura e simples da argumentação apresentada perante o Tribunal de Primeira Instância.

16. Ainda dentro deste mesmo fundamento, a recorrente critica o facto de, no período posterior ao final do ano de 1989, o Tribunal de Primeira Instância, quando modificou o montante da coima aplicada pela Comissão, aplicar ao volume de negócios da empresa uma taxa de 7,5%, que seria inadequada em comparação com o carácter puramente marginal da participação no cartel, que a própria Comissão reconhece na sua decisão.

17. Esta crítica não pode, como assinala a Comissão, ser apreciada no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, uma vez que convida o Tribunal de Justiça a censurar a utilização que o

Tribunal de Primeira Instância fez da sua competência de plena jurisdição, sem que sejam minimamente indicadas as razões *de direito* que justificariam semelhante censura.

18. O simples facto de a recorrente não estar de acordo com uma apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância, quanto ao montante adequado da coima, não constitui fundamento de recurso.

19. Essa constatação conduz-me a propor a rejeição do segundo fundamento, quer seja como parcialmente mal fundamentado e parcialmente improcedente, quer seja como totalmente improcedente.

**Terceiro fundamento, relativo à consideração, para a fixação da coima, da parte do volume de negócios correspondente às vendas internas ao grupo**

20. A recorrente alega que é erradamente e em violação do direito comunitário que o Tribunal de Primeira Instância afirma, no n.º 112 do acórdão recorrido, que, tratando-se das vendas de cartão internas ao grupo, «é forçoso verificar que a recorrente não apresentou qualquer elemento de prova susceptível de demonstrar que a Comissão não as deveria ter tido em conta no cálculo da coima».

21. Dos desenvolvimentos que a KNP dedica a este fundamento, revela-se que, na realidade, são várias as críticas que são dirigidas ao Tribunal de Primeira Instância.

22. A recorrente desde logo acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter afirmado que ela não apresentou «qualquer elemento», quando, das anotações do seu advogado, sobressai que alegou na audiência que os volumes de negócios internos são sem importância.

23. Considera, de seguida, que a formula recordada acima, pela qual o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a sua pretensão, permite considerar que aquele teria violado nesse ponto o dever de fundamentação.

24. Defende, por fim, que a consideração das vendas internas para determinar o volume de negócios servindo de base à fixação do montante da coima constitui uma violação de «certos princípios gerais do direito, nomeadamente os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade», bem como dos «artigos 190.º do Tratado CE e 15.º do Regulamento n.º 17».

25. A primeira destas críticas, para além de ser grave, coloca, na minha opinião, um problema muito delicado, tendo em conta as condições nas quais as diferentes socie-

dades, às quais era dirigida a decisão, puderam fazer valer os seus direitos em juízo.

26. Contentar-me-ei em recordar aqui que, no que diz respeito à fixação do montante das coimas, a decisão apenas contém uma fundamentação sucinta, apesar de suficiente, e que foi apenas no decurso do processo perante o Tribunal de Primeira Instância, em resposta a uma questão deste último, que a Comissão revelou uma série de elementos que tinha tomado em consideração para decidir o montante das coimas.

27. Deste modo, as sociedades condenadas puderam apresentar, durante a fase das alegações, as suas contestações sobre esse ponto.

28. Não poderia, consequentemente, ser questão de considerar que após exame do recurso e da réplica apresentados pela KNP perante o Tribunal de Primeira Instância, apresentar-se que a afirmação contida no n.º 112 do acórdão recorrido é perfeitamente fundada.

29. Sobre que consideração nos podemos então basear para decidir do bom fundamento da crítica da KNP?

30. O primeiro elemento indubitável, é que, durante o procedimento administrativo, Badische, quando deu seguimento a um pedido da Comissão visando obter comunicação do seu volume de negócios, produziu um quadro junto pela Comissão à sua contestação no presente processo distinguindo entre volume de negócios global e volume de negócios realizado com as empresas exteriores ao grupo, considerando que, «quanto às quantidades destinadas à transformação interna em produtos acabados, elas não estavam nem estão disponíveis no mercado do cartão. Consequentemente, não se pode aí basear para determinar as partes de mercado da nossa empresa».

31. O segundo, é que nada na decisão permitia à KNP saber se esse ponto de vista tinha sido aceite pela Comissão.

32. O terceiro, é que, mesmo uma vez na posse dos elementos fornecidos pela Comissão a pedido do Tribunal de Primeira Instância, a KNP não podia criar uma certeza sobre esse ponto, uma vez que foi apenas na audiência que a Comissão revelou que, para a KNP, ela não tinha considerado o volume de negócios de 1990, como para as outras empresas condenadas, mas, por razões sobre as quais se explicou e que não convenceram o Tribunal de Primeira Instância, o de 1989.

33. Foi, assim, apenas durante a fase das alegações que a recorrente pôde constatar que é o volume de negócios total da Badische que tinha sido considerado.

34. Nessas condições, não lhe foi certamente fácil improvisar, uma vez conhecida a realidade, alegações *ad hoc*. Terá ela pelo menos desenvolvido uma argumentação que estaria no direito de esperar que o Tribunal de Primeira Instância a considerasse, quer fosse para a aceitar ou para a recusar?

35. Que ela teria invocado a questão é certo, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância indica ele próprio, no n.º 98 do acórdão recorrido, que a KNP alegou que a Comissão «considerou incorrectamente as vendas de cartão internas ao grupo».

36. Toda a questão é pois a de saber se a KNP procedeu por via de simples afirmação ou se ela verdadeiramente argumentou. No primeiro caso, o Tribunal de Primeira Instância estaria efectivamente no direito de afirmar que «a recorrente não apresentou qualquer elemento de prova susceptível de demonstrar que a Comissão não as deveria ter tido em conta no cálculo da coima», ainda que, na minha opinião, isso não fossem provas que ela era obrigada a apresentar, pois que a ventilação entre vendas internas e vendas externas tinha sido comunicada durante o processo administrativo, mas de razões *de direito*. No segundo caso, as primeiras e segunda críticas incluídas neste terceiro fundamento seriam fundadas e deveria encarar-se uma anulação.

37. Eu teria tendência a crer que a recorrente não argumentou verdadeiramente, pois não se vê o porquê de, se tivesse havido argumentação, o Tribunal de Primeira Instância ter negligenciado em refutá-la, o que lhe teria sido fácil uma vez que o fez no seu acórdão do mesmo dia no processo Europa Carton/Comissão [3], onde a recorrente contestava, também, a consideração das vendas internas.

38. Não posso, contudo, pretender ter adquirido uma certeza, sem ter em conta o facto de a Comissão nos afirmar que, na memória dos seus agentes, «o mandatário da recorrente não explicou de nenhuma maneira o *porquê* dessas vendas a uma sociedade irmã deverem ser deduzidas».

39. Em semelhante situação, parece-me que as dúvidas deveriam poder aproveitar à KNP, sobretudo se se integrar o facto que ela foi colocada, para fazer valer os seus argumentos, numa situação que, como já assinalei acima, era tudo excepto ideal. Mas, antes de concluir sobre a anulação, falta-me examinar se esta se justifica, considerando que o Tribunal de Justiça decidiu que, «embora os fundamentos de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância mostrem uma violação do direito comunitário, se a sua parte decisória se mostrar fundada, por diferentes razões jurídicas, deve de ser negado provimento ao recurso dele interposto» [4].

40. É por isso que penso dever examinar a terceira crítica que ela formula e que tem a ver com o fundo da questão, isto é, com a

3 — Acórdão de 14 de Maio de 1998 (T-304/94, Colect., p. II-869, n.os 120 a 131).

4 — Acórdão de 9 de Junho de 1992 Lestelle/Comissão (C-30/91, Colect., p. I-3755, n.º 28).

determinação do volume de negócios tido em conta para fixar o montante da coima.

41. Considero, contudo, que foi justamente que a Comissão não foi censurada pelo Tribunal de Primeira Instância por ter tido em conta o volume de negócios global da Badische no sector do cartão.

42. Com efeito, como foi decidido pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão Europa Carton/Comissão, já referido:

«Não ter em conta o valor das entregas de cartão internas... significaria necessariamente beneficiar sem justificação as sociedades verticalmente integradas.

Nessa situação, o benefício feito com o cartel poderia não ser tido em conta e a empresa em causa escaparia a uma sanção proporcional à sua importância no mercado dos produtos objecto da infracção.»

43. Considero, por consequência, que o terceiro fundamento deve ser rejeitado como não fundado.

**Quarto fundamento, relativo à fixação do início da infracção por uma das sociedades do grupo**

44. A recorrente alega que, imputando-lhe, para a fixação do montante da coima, a responsabilidade das actuações delituosas da Badische a contar de meados de 1986, quando ela só adquiriu esta sociedade em 1 de Janeiro de 1987, a Comissão violou simultaneamente o princípio da igualdade de tratamento, o da proporcionalidade, o artigo 190.° do Tratado CE (actual artigo 253.° CE) e o artigo 15.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado [5], e que o Tribunal de Primeira Instância, avalizando esse modo de proceder sem de algum modo se explicar, quando a recorrente o tinha contestado, violou ele próprio o direito comunitário e, particularmente, o dever de fundamentação.

45. Mais uma vez, como no caso do fundamento precedente, a Comissão incorreu em falsidade negando as afirmações da recorrente. Ela afirma não ter encontrado «qualquer pista de um tal fundamento ou argumento relativo à fixação do montante da coima nem na petição em primeira instância nem na réplica. Mais, os agentes da Comissão não se recordam que o ponto tenha sido levantado aquando da audiência» Ela daí conclui que o fundamento é improcedente.

5 — JO 1962, 13, p. 204.

46. Antes de examinar se tal é bem o caso, comecemos por constatar que, efectivamente, como afirma a KNP, o acórdão recorrido não aborda em nenhum momento a questão de saber a partir de que momento se podia imputar à KNP uma responsabilidade pelo facto da participação da Badische no cartel, quando a questão do termo da participação da Badische no acordo é, ela própria, examinada nos n.os 55 a 60 do dito acórdão.

47. Este silêncio não faz mais do que reflectir o facto de que a questão nunca foi levantada pela KNP? Se a KNP nos explicasse que foi só na audiência que chamou a atenção do Tribunal de Primeira Instância sobre este aspecto contestável da decisão, encontrar-nos-íamos confrontados com o mesmo dilema do terceiro fundamento. Mas tal não é, felizmente, ousarei dizer, o caso.

48. Com efeito, basta mergulhar nas peças processuais da KNP perante o Tribunal de Primeira Instância para constatar que, ainda que a recorrente não conhecesse em detalhe o modo como a coima tinha sido calculada, tinha, atendendo ao n.º 149 dos fundamentos da decisão, onde é afirmado que «a KNP era, durante o período em causa, também proprietária (95%) do produtor alemão de cartão Herzbergerpapierfabrik, que incluía a Badische Kartonfabrik» avançando que Badische só tinha integrado o seu grupo a partir de 1 de Janeiro de 1987 e pedido ao Tribunal de Primeira Instância para daí extrair as consequências.

49. A argumentação que desenvolve a este propósito figura nos n.os 7 e 8, assim como nos n.os 12 a 14 da petição, uma chamada para a data de aquisição da Badische estando indicada no n.º 7 da réplica.

50. É, pois, falso afirmar, como o faz a Comissão, que, pelo seu quarto fundamento, a KNP crítica o Tribunal de Primeira Instância por não ter respondido a um argumento que, de facto, não lhe tinha sido apresentado. Por consequência, este quarto fundamento deve de ser declarado procedente.

51. Mas é-o, todavia, de modo a provocar a censura do acórdão recorrido?

52. Na sua tomada de posição sobre este fundamento, a Comissão exprime-se nos seguintes termos: «Comissão recorda de novo, a título puramente subsidiário, que o Tribunal de Primeira Instância fixou o montante da coima em 2 700 000 ecus no acórdão a quo, exercendo assim a sua competência de plena jurisdição (n.º 114), Não tendo a possibilidade de tomar directamente conhecimento dos factos... o Tribunal de Justiça não pode exercer essa plena jurisdição no âmbito de um recurso

de decisão do Tribunal de Primeira Instância».

53. Estas afirmações parecem-me resultar de uma lamentável confusão. O facto de o Tribunal de Primeira Instância ter feito uso da sua competência de plena jurisdição para fixar o montante da coima não poderia, de nenhum modo, significar que essa fixação não seria susceptível de ser anulada pelo Tribunal de Justiça, estatuindo num recurso duma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

54. Com efeito, a competência de plena jurisdição nada tem a ver com o arbitrário. O Tribunal de Primeira Instância é, certamente, livre de apreciar a que nível se deve de situar a coima, mas deve proceder a essa apreciação em condições regulares, especialmente a partir de dados exactos.

55. É o que sobressai de modo muito claro do acórdão Ferriere Nord/Comissão [6], segundo o qual:

«Quanto ao alegado carácter injusto da coima, importa salientar que não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância, substituir, por motivos de equidade, pela sua própria apreciação a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas devido à violação, por estas, do direito comunitário (acórdão de 6 de Abril de 1995, BPB Industries e British Gypsum/Comissão, C-310/93 P, Colect., p. I-865, n.° 34). Ao invés, O Tribunal de Justiça é competente para examinar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu, correctamente, a todos os argumentos invocados pelo recorrente tendentes à supressão ou à redução da coima.

Importa, em primeiro lugar, recordar (v. despacho de 25 de Março de 1996, SPO e o./Comissão, C-137/95 P, Colect., p. I-1611), que, por um lado, o artigo 15.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do Regulamento n.° 17 determina as condições que devem estar reunidas para que a Comissão possa aplicar coimas (condições de aplicação); entre essas condições, figura a relativa ao carácter deliberado ou negligente da infracção. Por outro lado, o segundo parágrafo dessa disposição regulamenta a determinação do montante da coima, que é função da gravidade e da duração da infracção.»

56. Ora, é patente, no caso vertente, que o Tribunal de Primeira Instância exerceu a sua competência de plena jurisdição considerando que era correcto considerar a KNP responsável pelo comportamento da Badische a partir de meados de 1986. É sufici-

6 — Acórdão de 17 de Julho de 1997 (C-219/95 P., Colect., p. I-4411, n.os 31 e 32).

ente, com efeito, reportar-se aos números 96 a 114 do acórdão recorrido para constatar que o Tribunal de Primeira Instância, ignorando completamente as objecções retiradas pela KNP da aquisição da Badische em 1 de Janeiro de 1987, em nenhum momento entendeu colocar em causa a correcção da afirmação da Comissão segundo a qual a recorrente devia suportar a responsabilidade do comportamento infraccional da Badische pelos 60/60 da duração da infracção, isto é, de meados de 1986 a Abril de 1991.

57. Um tal exercício da competência de plena jurisdição constitui, evidentemente, um excesso de poder, porque um poder de apreciação só pode exercer-se legalmente a partir da consideração de dados de facto correctos. Por isso, só posso propor ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido na medida em que fixou em 2 700 000 ecus o montante da coima aplicada à KNP, considerando esta última responsável pela infracção cometida pela Badische a partir de meados de 1986.

58. Esta anulação não deve contudo, na minha opinião, ser acompanhada da remessa do processo para o Tribunal de Primeira Instância. Com efeito, para daí tirar as consequências, não há que, uma vez que não se coloca em causa a correcção das apreciações do Tribunal de Primeira Instância quanto ao nível geral das coimas, examinar os elementos de facto, dando às partes a possibilidade de argumentar a seu propósito.

59. É suficiente tirar as consequências do facto de o Tribunal de Primeira Instância ter tido em conta, em relação à Badische, uma duração demasiado longa da infracção e diminuir, em concordância, o montante da coima.

60. Em consequência, proponho ao Tribunal de Justiça considerar que o processo está em estado de ser julgado em definitivo, exercendo ele próprio a competência de plena jurisdição que o Regulamento n.° 17 confere ao juiz comunitário, e no seu exercício, fixar em 2 600 000 euros o montante da coima aplicada à KNP.

## Quanto às despesas

61. É claro que a anulação do acórdão recorrido, mesmo sendo apenas num ponto, deve traduzir-se a nível das despesas. No seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância tinha feito a recorrente suportar as suas próprias despesas, bem como metade das despesas da Comissão, esta última suportando metade das suas próprias despesas.

62. Proponho que essa repartição seja modificada, não suportando a recorrente, para além das suas próprias despesas, mais que 2/5 das despesas da Comissão. Quanto às despesas relativas ao processo do recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, considero, tendo em conta que a recorrente foi vencida na maior parte dos seus fundamentos, que é apropriado que ela suporte as suas próprias despesas e 2/3 das despesas da Comissão.

## Conclusões

63. Tendo em vista os desenvolvimentos que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça decidir que:

«O acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, KNP BT/ /Comissão (T-309/94), é anulado na parte em que fixou o montante da coima aplicada à recorrente em 2 700 000 ecus e na parte em que responsabilizou esta última pelas suas próprias despesas assim como por metade das despesas da Comissão das Comunidades Europeias e responsabilizou a Comissão das Comunidades Europeias por metade das suas próprias despesas.

— A coima é fixada em 2 600 000 euros.

— A recorrente suportará, tratando-se do processo perante o Tribunal de Primeira Instância, para além das suas próprias despesas, 2/5 das despesas da Comissão das Comunidades Europeias, e, tratando-se do processo perante o Tribunal de Justiça, para além das sua próprias despesas, 2/3 das despesas da Comissão das Comunidades Europeias.

— A Comissão das Comunidades Europeias suportará, tratando-se do processo perante o Tribunal de Primeira Instância, 3/5 das suas próprias despesas e, tratando-se do processo perante o Tribunal de Justiça, 1/3 das suas próprias despesas.

— O recurso é julgado improcedente quanto ao restante.»