CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PAOLO MENGOZZI apresentadas em 17 de Fevereiro de 2001 [1]

1. O presente recurso foi interposto pela Elf Aquitaine SA (a seguir «Elf Aquitaine» ou «recorrente») contra o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (actualmente Tribunal Geral) que negou provimento ao recurso de anulação interposto pela Elf Aquitaine da decisão de 19 de Janeiro de 2005 [2] (a seguir «decisão»), em que a Comissão decalrou que um certo número de empresas, entre as quais a empresa composta pela recorrente e pela sua filial Arkema SA, anteriormente Elf Atochem SA e, em seguida, Atofina SA (a seguir «Arkema», «Elf Atochem» e «Atofina»), violaram o artigo 81.º, n.º 1, CE (actual artigo 101.º TUE) e o artigo 53.º, n.º 1, do acordo EEE, por terem participado num acordo sobre o mercado do ácido monocloroacético (a seguir «acórdão recorrido») [3].

I — Antecedentes do litígio, acórdão recorrido, tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

2. Segundo o exposto nos n.os 3 e seguintes do acórdão recorrido, o inquérito da Comissão sobre o cartel do ácido monocloroacético teve início em finais de 1999, na sequência da denúncia de uma das empresas participantes no acordo. Em 14 e 15 de Março de 2000, a Comissão efectuou buscas nas instalações, entre outros, da Elf Atochem. Em 7 e 8 de Abril de 2004, enviou uma comunicação de acusações a doze sociedades, entre as quais a Elf Aquitaine e a Atofina (n.os 3 a 5 do acórdão recorrido).

3. Na decisão, a Comissão, rejeitando os argumentos em contrário avançados pela Elf Aquitaine, entendeu que o facto de esta deter 98 % das acções da Atofina era suficiente para lhe imputar a responsabilidade pelas acções da filial. Além disso, considerou que a circunstância de a Elf Aquitaine não ter participado na produção e na comercialização do ácido monocloroacético não impedia que fosse considerada como uma única entidade económica com as unidades operativas do grupo (n.os 9 e 12 do acórdão recorrido). A coima aplicada na decisão à Elf Aquitaine e à Arkema, a título de responsabilidade

1 — Língua original: italiano.

2 — Decisão C (2004) 4876 final, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do acordo EEE, Processo COMP/E-1/37.773 – AMCA.

3 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2009, Elf Aquitaine/Comissão (T-174/05, Colect., p. II-183).

conjunta e solidária, ascende a 45 milhões de euros [artigo 2.º, alínea c), da decisão e n.º 30 do acórdão recorrido].

4. Em 27 de Abril de 2005, a Elf Aquitaine interpôs um recurso de anulação da decisão. A Elf Aquitaine invocou nove fundamentos de recurso a título principal, relativos, respectivamente, a uma violação dos direitos de defesa, a uma insuficiência de fundamentação, à contraditoriedade dos fundamentos, a uma violação das regras que regulam a imputabilidade à sociedade-mãe das infracções cometidas pela filial, a uma violação dos diversos princípios essenciais que fazem parte integrante do ordenamento jurídico comunitário, a uma violação do princípio da boa administração, a uma violação do princípio da segurança jurídica, a um desvirtuamento das provas e a um desvio de poder. Além disso, suscitou um fundamento, a título subsidiário, relativo à falta de coerência do raciocínio desenvolvido pela Comissão no cálculo das coimas e um fundamento a título ainda mais subsidiário, destinado a obter uma redução da coima a um nível adequado. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou improcedentes todos os fundamentos apresentados, quer a título principal quer a título subsidiário, e condenou a recorrente nas despesas.

5. Por requerimento que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 15 de Dezembro de 2009, a recorrente interpôs o recurso que constitui objecto do presente litígio. A recorrente pede ao Tribunal de Justiça, a título principal, a anulação do acórdão recorrido e o deferimento dos pedidos apresentados em primeira instância, que visam a anulação dos artigos 1.º, alínea d), 2.º, alínea c), 3.º e 4.º, n.º 9, da decisão. A título subsidiário, pede ao Tribunal de Justiça a anulação ou a redução, com fundamento no artigo 261.º TFUE, da coima de 45 milhões de euros aplicada conjunta e solidariamente à Arkema e à Elf Aquitaine com base no artigo 2.º, alínea c), da decisão. De qualquer forma, conclui pela condenação da Comissão nas despesas. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e condene a recorrente nas despesas.

6. Os representantes das partes foram ouvidos na audiência que teve lugar em 25 de Novembro de 2010.

II — Análise

A — *Quanto ao presente recurso*

7. Em apoio do presente recurso, a Elf Aquitaine invoca seis fundamentos, os primeiros cinco a título principal e o sexto a título subsidiário.

1. Quanto ao primeiro fundamento de recurso

8. Através do seu primeiro fundamento de recurso, a recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter retirado as devidas consequências da natureza penal das coimas aplicadas em aplicação do artigo 101.º TFUE. Tal natureza deveria ter induzido o juiz de primeira instância a aplicar plenamente os princípios do carácter pessoal da responsabilidade penal e das penas e da presunção da inocência, consagrados no artigo 6.º, n.os 1 e 2, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH») [4]. Ao invés, o Tribunal de Primeira Instância aplicou erradamente tais princípios apenas a uma entidade sem personalidade jurídica, a empresa Atofina/Elf Aquitaine, e não às sociedades que, em sua opinião, a compunham, únicos sujeitos de direito. Tal abordagem levou o Tribunal de Primeira Instância, no caso em apreço, por um lado, a negar à recorrente o benefício da presunção da inocência, não a fazendo participar no inquérito preliminar, e, por outro, a excluí-la da aplicação dos princípios do carácter pessoal da responsabilidade penal e das penas, rejeitando os elementos por ela apresentados para demonstrar a sua completa estranheza à infracção, bem como a autonomia de comportamento da sua filial no mercado. A Comissão observa, a título preliminar, que a questão da natureza das coimas aplicadas por violação das regras de concorrência, sobre a qual o Tribunal de Justiça se absteve, até ao presente, de tomar posição de modo explícito, pode, no caso vertente, ser deixada em aberto, porque os direitos que decorrem de uma tal qualificação, como os direitos de defesa e a presunção da inocência, são, de qualquer modo, reconhecidos e garantidos pela jurisprudência.

9. Como a Comissão, entendo que o Tribunal de Justiça não é obrigado, no caso vertente, a tomar expressamente posição sobre a questão da natureza das coimas aplicadas em razão da infracção às regras da concorrência, que, recordo, são expressamente qualificadas como não penais pelo artigo 23.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1/2003 [5]. Com efeito, no seu primeiro fundamento de recurso, a recorrente não acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter negado a natureza penal de tais coimas, mas sim de ter violado os direitos fundamentais de que a mesma beneficia como pessoa colectiva considerada responsável por uma infracção que acarreta sanções, em seu entender, de carácter penal. Ora, vendo bem, as acusações específicas avançadas pela Elf Aquitaine no âmbito desse fundamento sobrepõem-se em larga medida às acusações

4 — Assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950.

5 — Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1, p. 1). Como se sabe, segundo a jurisprudência do TEDH, a qualificação de uma sanção como não penal no ordenamento de um Estado contratante não exclui que à referida sanção seja, de qualquer modo, reconhecida natureza penal para efeitos da aplicação das disposições da CEDH, v. TEDH, acórdão de 8 de Junho de 1976, Engel e outros, série A, n.º 22. Sem alargar demasiado a minha análise, observo que, à luz de tal jurisprudência, parece improvável que as sanções infligidas com base no Regulamento n.º 1/2003 possam não revestir carácter penal na acepção da Convenção.

suscitadas nos restantes fundamentos de recurso, em especial no segundo, que alega a violação dos direitos de defesa em que o Tribunal de Primeira Instância incorreu ao negar à recorrente o direito a participar no inquérito preliminar, e no quinto, em que é invocada uma violação dos princípios do carácter pessoal da responsabilidade penal e das penas e da presunção da inocência decorrente do carácter inilidível *de facto* da presunção em que a Comissão se baseou para estabelecer a responsabilidade da Elf Aquitaine pelo comportamento da Atofina. Daí resulta que o primeiro fundamento de recurso não tem real autonomia própria, a não ser no que respeita à alegação segundo a qual o Tribunal de Justiça aplicou erradamente os direitos fundamentais invocados pela recorrente à empresa constituída pela Elf Aquitaine e pela sua filial e não apenas à recorrente. Tal alegação visa igualmente, todavia, como se verá melhor em seguida, alegar uma violação substancial desses direitos e é repetida em várias passagens do recurso.

10. Com base no exposto, entendo que o primeiro fundamento de recurso não necessita de uma análise distinta, designadamente, do segundo ou do quinto fundamentos. As acusações suscitadas no quadro destes dois fundamentos serão analisadas partindo do princípio de que está correcta a premissa de fundo da parte recorrente, ou seja, que as sanções pela infracção às regras da União em matéria de concorrência têm carácter penal.

2. Quanto ao segundo fundamento de recurso, relativo a uma violação dos direitos de defesa da recorrente

11. No quadro do seu segundo fundamento de recurso, a Elf Aquitaine acusa o Tribunal de Primeira Instância de uma violação dos seus direitos de defesa resultante de uma interpretação errónea dos princípios da equidade e da igualdade de armas. Tal fundamento é composto de duas acusações.

a) Quanto à primeira acusação

12. A recorrente acusa antes de mais o Tribunal de Primeira Instância de não ter garantido a protecção dos seus direitos de defesa já na fase do inquérito preliminar, anterior ao envio da comunicação das acusações. Nessa fase do procedimento administrativo, a recorrente não só não foi ouvida pela Comissão como nem sequer foi informada das suspeitas contra si. No caso vertente, segundo a recorrente, a observância de tais exigências impunha-se por maioria de razão no que lhe diz respeito, dado que não tomou parte na infracção e ignorava a sua existência. Além disso, a informação tardia (na fase da comunicação das acusações) da existência de um inquérito que lhe dizia respeito não lhe permitiu tomar as medidas necessárias para preparar de modo útil a sua defesa, em especial no que se refere à conservação de eventuais provas destinadas a demonstrar a autonomia da sua filial no mercado. A natureza penal das sanções impostas em aplicação do artigo 101.º TFUE não se coaduna com a limitação do exercício

dos direitos de defesa apenas à fase posterior ao envio da notificação. Na réplica, a recorrente invoca, designadamente, em apoio dos seus argumentos, o documento da Comissão intitulado «Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFUE», publicado em Janeiro de 2010 (a seguir «Best Practices»).

13. A análise desta acusação exige antes de mais que se estabeleça se a Comissão é obrigada, e dentro de que limites, já na fase do início do inquérito preliminar, e portanto antes do envio da notificação, a informar tais empresas das suspeitas de que são alvo, a fim de respeitar os direitos de defesa das empresas envolvidas num procedimento de infracção às regras da concorrência.

14. A este respeito, recordo que, segundo jurisprudência constante, os direitos de defesa em qualquer processo susceptível de resultar na aplicação de sanções, designadamente coimas ou sanções pecuniárias compulsórias, como as previstas no Regulamento n.º 1/2003, constituem direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais do direito cujo respeito é assegurado pelo órgão jurisdicional comunitário [6]. Há que recordar, além disso, que o procedimento administrativo na acepção do Regulamento n.º 1/2003, que se desenrola no seio da Comissão, pode implicar uma apreciação de dois períodos sucessivos, cada um deles respondendo a uma lógica interna própria. O primeiro período, que se estende até à comunicação das acusações, tem como ponto de partida a data em que, no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo Regulamento n.º 1/2003 no âmbito de um inquérito preliminar, a Comissão toma medidas que implicam a censura de uma infracção e que têm repercussões significativas sobre a situação das empresas suspeitas. Esse período deve permitir que a Comissão, uma vez realizadas as investigações, tome posição sobre a orientação a dar ao processo. O segundo período vai desde a comunicação das acusações até à adopção da decisão final. Deve permitir à Comissão pronunciar-se definitivamente sobre a infracção censurada [7]. Só no início deste segundo período é que a empresa em questão é informada, mediante a comunicação das acusações, de todos os elementos essenciais em que a Comissão se baseia e dispõe de acesso ao processo [8]. Segundo afirmou o Tribunal de Justiça no acórdão Dalmine, apenas após o envio da referida comunicação de acusações é que a empresa em causa pode fazer valer *plenamente* os direitos de defesa [9] e é precisamente o envio da comunicação de acusações, por um lado, e o acesso ao processo, por outro, que garantem tais direitos e o direito a um

6 — V., nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, Colect., p. I-123, n.º 64), e de 8 de Fevereiro de 2007, Groupe Danone/Comissão (C-3/06 P, Colect., p. I-1331, n.º 68).

7 — V., nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maastschappij e o./Comissão (C-238/99 P, Colect., p. I-8375, n.os 181 a 183), e de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (C-105/04 P, Colect., p. I-8725, n.º 38).

8 — V. nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maastschappij e o./Comissão, já referido, n.os 315 e 316, e de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, Colect., p. I-123, n.os 66 e 67).

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

processo equitativo [10]. No mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça salientou, aliás, que, embora os referidos direitos sejam alargados ao período que precede o envio da comunicação de acusações, «a eficácia do inquérito da Comissão seria comprometida, uma vez que a empresa tinha, já na primeira fase do inquérito da Comissão, a possibilidade de identificar as informações que eram conhecidas pela Comissão e, por conseguinte, aquelas que ainda lhe podiam ser escondidas» [11].

15. No caso vertente, a recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter reconhecido que a Comissão estava obrigada a informá-la, desde a fase do inquérito preliminar, da existência de suspeitas. O dever que a recorrente alega ter sido violado é, portanto, de carácter mais geral do que a comunicação dos elementos de prova recolhidos no decurso do inquérito preliminar e tem por objecto a informação sobre a alegada infracção objecto de inquérito.

16. O Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou expressamente sobre a existência de tal obrigação. A sua jurisprudência oferece, todavia, alguns motivos de análise. No acórdão Hoechst/Comissão, o Tribunal de Justiça afirmou que é necessário evitar que os direitos de defesa «possam ficar irremediavelmente comprometidos no âmbito de processos de instrução prévia, entre os quais se incluem, designadamente as diligências de instrução, que podem ter carácter decisivo para a produção de provas da natureza ilegal de comportamentos de empresas susceptíveis de implicar a respectiva responsabilidade» [12]. Daí resulta, segundo o Tribunal de Justiça, que embora alguns direitos de defesa digam unicamente respeito aos procedimentos em regime de contraditório que se seguem a uma comunicação de acusações, outros direitos como, por exemplo, o direito de gozar de assistência jurídica e o direito ao respeito da confidencialidade da correspondência entre o advogado e o cliente [13], ou ainda o de não testemunhar contra si próprio [14], devem ser respeitados já na fase do inquérito preliminar. Relativamente ao princípio do respeito de um prazo razoável, o Tribunal de Justiça afirmou que a duração excessiva da primeira fase do procedimento administrativo pode ter incidência sobre as possibilidades futuras de defesa das empresas em questão, designadamente constituindo obstáculo à produção de provas destinadas a refutar a existência de comportamentos susceptíveis de implicar a responsabilidade das empresas envolvidas e que, «[por] esta razão, o exame dos eventuais obstáculos ao exercício dos direitos de defesa não deve limitar-se apenas à fase em que estes direitos produzem o seu pleno efeito,

10 — *Ibidem*, n.º 58.

11 — *Ibidem*, n.º 60. Tal afirmação, todavia, deve ser considerada no contexto da acusação suscitada pela Dalmine, que se lamentava de não ter sido informada, antes da comunicação de acusações, do facto de que a Comissão dispunha de algumas actas redigidas no decurso de investigações conduzidas no quadro de um processo penal nacional e cuja admissibilidade como elementos de prova no procedimento iniciado pela Comissão contestava, n.ºs 54, 55 e 60. Uma acusação análoga, relativa à falta de comunicação, na fase anterior à comunicação de acusações, de alguns elementos de prova utilizados pela Comissão na fase posterior do procedimento, foi rejeitada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão de 8 de Julho de 2008, AC-Treuhand/Comissão (T-99/04, Colect., p. II-1501, n.º 49).

12 — Acórdão de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão (46/87, Colect., p. 2859, n.º 15). Tal princípio foi recentemente confirmado no acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 63.

13 — Reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S (155/79, Recueil, p. 1575).

14 — V. acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão (374/87, Colect., p. 3283).

a saber a segunda fase do procedimento administrativo» mas «deve alargar-se a todo o procedimento e referir-se à duração total do mesmo» [15].

17. No acórdão AC-Treuhand/Comissão, invocado pela recorrente, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que as considerações expostas no parágrafo anterior eram aplicáveis por analogia à questão em análise. Designadamente, segundo o Tribunal de Primeira Instância, «apesar de, de um ponto de vista formal, a empresa em causa não ter o estatuto de "acusado" na fase de instrução preliminar, o facto de ser aberto um inquérito contra si, nomeadamente através da realização de uma diligência de instrução de que é objecto, não pode, em regra, ser dissociado, de um ponto de vista material, da existência de uma suspeita e, portanto, de uma imputação implícita […] que justifica a adopção dessa diligência» [16]. Daí resulta, ainda segundo o Tribunal de Primeira Instância, que a Comissão é obrigada a fornecer à empresa em questão, a partir da fase do inquérito preliminar, alguns elementos de informação sobre o objecto e a finalidade do inquérito. Parece-me que essa conclusão é aceitável. Além de decorrer do papel central reconhecido pelo Tribunal de Justiça aos direitos de defesa no quadro de procedimentos susceptíveis de conduzir à aplicação de uma sanção [17], constitui o desenvolvimento lógico do que já foi afirmado pelo Tribunal de Justiça sobre a necessidade de garantir o respeito de tais direitos já na fase do inquérito preliminar em matéria de infracções às regras da concorrência.

18. Quanto ao alcance da obrigação referida, nesse mesmo acórdão, o Tribunal de Primeira Instância afirma que a Comissão está obrigada «a informar a empresa em causa, na fase em que adopta a *primeira medida a seu respeito*, […] nomeadamente, do objecto e da finalidade da instrução em curso», sem distinguir consoante se trate de pedidos de informações – informais (em virtude do artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17/62, agora por força do artigo 18.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 1/2003) ou mediante a adopção de uma decisão (em conformidade com o artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17/62, agora nos termos do artigo 18.º, n.ºs 1 e 3, do Regulamento n.º 1/2003) – ou de decisões de inspecção (na acepção do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17/62, actual artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003) [18]. Como salientou correctamente a Comissão nas suas observações escritas, no acórdão AC-Treuhand, portanto, considera-se que existe a obrigação de informar a empresa em questão (ou as pessoas

15 — V. acórdão Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, já referido, n.ºs 49 e 50.

16 — Já referido, n.º 52.

17 — V., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Setembro de 2009, Papierfabrik August Koehler/Comissão (C-322/07 P, Colect. p. I-7191, n.ºs 34, 37 e segs).

18 — Já referido, n.ºs 53 a 56. Sublinhado nosso.

colectivas de que esta é composta) *a partir da adopção de uma das medidas de instrução previstas pelo Regulamento n.º 1/2003*. Com efeito, é no momento da adopção desse acto que a imputação, embora implícita, de uma infracção se dirige pela primeira vez à empresa em questão e que esta, apesar de não assumir ainda o estatuto de «acusado», sente os efeitos de tal acusação.

19. Ao contrário do que sustenta a recorrente, tal conclusão parece perfeitamente compatível com as exigências do artigo 6.º da CEDH. Com base na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [TEDH], o conceito de «acusação em matéria penal», constante do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, tem carácter autónomo [19]. Deduz-se, além disso, da jurisprudência do TEDH, designadamente relativa à duração do processo, que as garantias do artigo 6.º CEDH se aplicam no âmbito penal a partir do momento em que uma pessoa se encontra oficialmente sob «acusação» [20]. Esse conceito refere-se à notificação oficial, por parte da autoridade competente, da violação penal alegada [21]. No respeito do papel fundamental que ocupa numa sociedade democrática o direito a um processo equitativo [22], o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem optou por uma definição «material» e não «formal» do conceito de «acusação» [23]. Para além do dado formal, o referido tribunal indaga a realidade do procedimento em causa, fixando a data a partir da qual se aplicam as garantias do processo equitativo em correspondência com a adopção pelas autoridades de actos susceptíveis de produzir «repercussões significativas na situação do suspeito» [24], como por exemplo uma busca [25].

20. No caso vertente, a Elf Aquitaine não foi objecto de nenhuma medida instrutória nos

19 — TEDH, acórdão de 27 de Fevereiro de 1980, Deweer c. Bélgica, série A n.º 35, § 42.

20 — TEDH, acórdão de 27 de Junho de 1968, Neumeister c. Áustria, série A n.º 8, p. 41, par. 18.

21 — TEDH, acórdãos, Deweer c. Bélgica, série A n.º 35, §§ 42 e 47, de 15 de Julho de 1982, Eckle c. Alemanha, série A n.º 51, p. 33, § 73, e de 21 de Maio de 2003, Janosevic c. Suécia, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII, § 91, no qual o termo *ad quem*, para efeitos do cálculo da duração do processo, é determinado no momento em que a administração fiscal notificou ao sujeito a liquidação fiscal com a majoração do imposto devido (no mesmo sentido, v. acórdão de 21 de Maio de 2003, Västberga Tax Aktiebolag and Vulic c. Suécia, § 103).

22 — TEDH, acórdão de 9 de Outubro de 1979, Airey c. Irlanda, série A n.º 32, § 24.

23 — TEDH, acórdão de 27 de Fevereiro de 1980, Deweer c. Bélgica, § 42.

24 — V. TEDH, Eckle c. Alemanha, já referido, § 73. Nesse acórdão, o TEDH, ao fixar o prazo *ad quem* para determinar a duração do procedimento, excluiu que este coincidisse, por um lado, com a entrega da denúncia, porque esta, apesar de ter dado lugar à abertura de um primeiro inquérito preliminar, posteriormente arquivado, «não tinha determinado medidas instrutórias», e, por outro, com o início do segundo inquérito preliminar, que começou «com a audição de várias testemunhas, interrogadas sobre as acusações formuladas contra o Sr. Eckle». Uma vez que não pôde determinar «a partir de quando os interessados [o casal Eckle] [tinham tido] oficialmente conhecimento do inquérito e sentiram os seus efeitos», o Tribunal fixou um prazo subsequente (de cerca de um ano) para o início do primeiro inquérito preliminar.

25 — V. TEDH, Eckle c. Alemanha, já referido. No acórdão Deweer, já referido, esse Tribunal negou, ao invés, que a inspecção feita nas instalações comerciais do recorrente constituísse uma acusação na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, pois fazia parte dos controlos ordinários destinados a assegurar o respeito da lei.

três anos que decorreram entre o primeiro pedido de informações à sua filial Elf Atochem e o envio da comunicação de acusações [26]. As acusações avançadas contra ela foram, portanto, oficialmente formalizadas apenas na comunicação de acusações. Por outro lado, é verosímil entender, como afirmou a Comissão na audiência, que a responsabilidade da recorrente, não fundada numa participação directa no acordo, apenas foi posta em causa numa fase tardia do inquérito preliminar, no momento em que a Comissão teve de identificar, para efeitos do envio da comunicação de acusações, as entidades que compunham as empresas que, em sua opinião, tomaram parte na infracção [27]. Portanto, só a partir da comunicação de acusações é que se podia considerar formulada contra a recorrente uma «acusação em matéria penal» na acepção do artigo 6.º da CEDH – pressupondo que se devam definir assim as acusações de infracção às regras comunitárias sobre a concorrência (v. n.º 10 *supra*) – e que as garantias previstas por esse artigo lhe eram aplicáveis.

21. Na réplica e na audiência, a Elf Aquitaine fez referência expressa ao artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH, com base no qual qualquer acusado tem direito de «[ser] informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada». Resulta da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que as garantias previstas por essa disposição representam um aspecto particular do direito a um processo equitativo, garantido de modo geral pelo n.º 1 do referido artigo, e que se aplicam a partir do momento em que a pessoa assume o estatuto de «acusado», conceito que deve ser entendido igualmente, na acepção da Convenção, no sentido de se referir a uma situação material e não puramente formal [28]. A esse respeito, a jurisprudência invocada na réplica pela recorrente não parece pertinente no caso presente. No acórdão Sadduz, foi alegada uma violação do artigo 6.º, n.º 3, alínea c), da CEDH, pelo facto de o recorrente ter sido privado do direito de se fazer valer da assistência de um advogado durante uma detenção pela polícia. Os n.ºs 50 e seguintes, em especial o n.º 54 do acórdão, especificamente citados pela recorrente, referem-se à situação de uma pessoa sujeita a uma medida pré-cautelar – que tinha, portanto, claramente o estatuto de acusado – submetida a interrogatórios da polícia sem a presença

26 — Essa circunstância não foi, aliás, invocada pela recorrente no decurso do procedimento administrativo, nem perante o Tribunal, para sustentar uma eventual insuficiência instrutória.

27 — A recorrente sustenta que foi a única sociedade-mãe envolvida na infracção e que foi informada apenas na fase da comunicação de acusações e menciona, a título de exemplo, a Akzo Nobel NV. Esta empresa, todavia, como recorda a mesma recorrente, foi objecto de medidas instrutórias no decurso do inquérito preliminar (no caso vertente, pedidos de informações).

28 — TEDH, acórdão de 27 de Abril de 2006, Casse c. Luxemburgo, §§ 29 a 33 e 71 e 72. Nesse acórdão, o Tribunal julgou que o recorrente devia ser considerado como «acusado» para efeitos da aplicação do artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH na data em que foi ordenada uma busca nas instalações do banco onde tinha trabalhado, porque foi nesse momento que «um conjunto de indícios coerentes» indicaram de modo inequívoco a sua qualidade de «suspeito», v. § 33.

de um advogado [29]. O acórdão Dayanan dizia respeito a uma situação análoga [30].

22. Quanto ao argumento que a Elf Aquitaine retira das Best Practices, basta salientar que nestas se afirma, remetendo para o acórdão do Tribunal de Primeira Instância AC-Treuhand, que as empresas foram informadas do facto de terem sido objecto de um inquérito preliminar e do objecto e da finalidade do mesmo «no momento da primeira medida de investigação tomada contra as mesmas» [31]. Em todo o caso, no n.º 5 das Best Practices, a Comissão esclarece que estas «reflectem o ponto de vista da DG Concorrência (…) no momento da [sua] publicação e serão aplicadas a partir da data da publicação aos processos pendentes e aos processos futuros». Na nota de rodapé n.º 10, refere-se em seguida que, «relativamente aos processos pendentes no momento da publicação das Best Practices, estas serão aplicadas nas fases do procedimento pendentes e não nas fases já terminadas». Daí resulta que as Best Practices não são, de qualquer modo, aplicáveis *ratione temporis* ao procedimento que conduziu à adopção da decisão.

23. A Elf Aquitaine afirma, enfim, que o facto de não ter sido informada na fase do inquérito preliminar das suspeitas que recaíam sobre si, teve consequências negativas no exercício dos seus direitos de defesa na fase contraditória subsequente do procedimento. A esse respeito, impõe-se referir, como faz a Comissão, que, em qualquer dos casos, tal alegação se limita a uma referência genérica à possível deterioração de eventuais provas susceptíveis de demonstrar a autonomia da sua filial no mercado e não é sustentada por nenhum elemento de prova.

24. Com base no conjunto das considerações precedentes, a primeira acusação suscitada pela recorrente no quadro do seu segundo fundamento deve, em minha opinião, ser considerada improcedente.

b) Quanto à segunda acusação

25. No quadro dessa acusação, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que, ao reduzir o recurso a uma presunção de responsabilidade que permitiu à Comissão limitar-se tão só à

29 — TEDH, acórdão de 27 de Novembro de 2008, Sadduz c. Turquia. Remeto para o texto completo dos n.os 54 e 62 do referido acórdão, de que apenas se referem algumas passagens no presente recurso.

30 — TEDH, acórdão de 13 de Outubro de 2009, Dayanan c. Turquia, n.º 31 e segs. invocados pela recorrente.

31 — V. n.º 14. Os outros pontos das Best Practices mencionados pela recorrente dizem respeito à possibilidade de a Comissão organizar encontros informais com as partes durante a fase do inquérito (n.º 38), os chamados «State of Play meetings» (n.os 54 a 60), encontros triangulares e encontros com o Comissário ou o Director-Geral (n.os 61 a 64), bem como ao acesso a uma versão não confidencial da denúncia. Ainda que se abstraia da afirmação de que, na versão actual das Best Practices, pelo menos as disposições relativas aos «State Play meetings» não são aplicáveis aos procedimentos relativos aos acordos (v. n.º 60), surge, através da leitura dos parágrafos acima referidos, a intenção da Comissão de conduzir na medida do possível um inquérito aberto e transparente, mas não a de se comprometer formalmente a realizar, em todos os inquéritos, as diferentes iniciativas neles descritas.

verificação da detenção, pela Elf Aquitaine, de uma participação quase total no capital da sua filial, e ao abandonar as investigações a seu respeito, o Tribunal de Primeira Instância negou a exigência de um inquérito imparcial, em que as provas são recolhidas pela autoridade competente independentemente de serem contra ou a favor das empresas suspeitas de terem cometido uma infracção. A esse respeito, basta salientar que a função de uma presunção consiste justamente em permitir que quem está obrigado a provar um facto cumpra esse ónus produzindo a prova do pressuposto em que é fundada a presunção (no caso vertente, a participação total ou quase total da sociedade-mãe no capital da filial). Afirmar que o recurso a uma presunção é incompatível com as exigências de um inquérito conduzido de modo imparcial, porque permite que a autoridade que o dirige prescinda da busca de outros elementos de prova, contra ou a favor, equivale, em substância, a negar em princípio a sua própria admissibilidade. Os argumentos suscitados pela recorrente ficam, portanto, absorvidos pelo quinto fundamento de recurso, no qual a recorrente contesta a legalidade da presunção que a Comissão invocou a seu respeito

26. Em segundo lugar, a recorrente sustenta que a imparcialidade do inquérito conduzido pela Comissão é vulnerabilizada pela concentração nessa instituição de poderes de instrução, de acusação e de decisão, incompatível com o carácter penal das sanções infligidas por violação das regras de concorrência. Na opinião da recorrente, a entrada em vigor da Carta – cujo artigo 41.º consagra a exigência de um procedimento administrativo imparcial – deve levar o Tribunal de Justiça a modificar a sua jurisprudência na matéria, a fim de ter em conta as posições do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que dão mais garantias. À Comissão, que alega a novidade e, portanto, a inadmissibilidade de tal argumento, a recorrente replica que se trata de uma simples extensão dos fundamentos suscitados em primeira instância.

27. A esse respeito, saliento antes de mais que o argumento acima referido suscita uma questão jurídica, atinente ao mérito da causa submetida à apreciação do Tribunal de Primeira Instância, que não foi tratada no acórdão recorrido e não constituiu objecto de discussão entre as partes em nenhuma das fases do processo de primeira instância. Essa questão não foi suscitada expressamente pela recorrente no recurso, nem na réplica, nem em nenhuma outra observação escrita apresentada no decurso de tal processo; segundo a acta da audiência que teve lugar no Tribunal de Primeira Instância, tal questão não foi avançada nessa sede. Observo, além disso, que tal argumento não se refere, quanto ao mérito, a nenhum dos pontos da fundamentação do acórdão recorrido, ao contrário da acusação analisada nos n.os 13 a 24 *supra*, que, embora não tendo sido suscitada em primeira instância, tem origem nalgumas afirmações do Tribunal de Primeira Instância, contidas, designadamente, no n.º 64 do acórdão recorrido e é, portanto, inadmissível. Por último, ao contrário do que sustenta a recorrente, não entendo que o argumento referido possa ser considerado uma extensão dos fundamentos já discutidos em primeira instância, porque

submete ao Tribunal de Justiça uma questão jurídica distinta das questões abordadas no quadro de tais fundamentos [32].

28. Ora, no seu papel de órgão jurisdicional de recurso, compete ao Tribunal de Justiça fiscalizar, nos limites da sua competência em matéria de recursos, o modo como o Tribunal Geral exerce a sua fiscalização jurisdicional tendo em conta os fundamentos e os argumentos que foram submetidos à sua apreciação. Não compete, pelo contrário, ao Tribunal de Justiça acusar o juiz de primeira instância de não ter estatuído sobre um fundamento que não foi suscitado pelas partes, a não ser que estivesse obrigado a suscitá-lo oficiosamente. Portanto, a excepção de inadmissibilidade suscitada pela Comissão deve, em minha opinião, ser considerada procedente.

29. As considerações seguintes, respeitantes à análise de fundo do argumento suscitado pela Elf Aquitaine, são por isso desenvolvidas a título subsidiário, para o caso de o Tribunal de Justiça considerar o referido argumento admissível, ao contrário do que proponho.

30. Como já foi sublinhado pela Comissão nos seus articulados, no acórdão Jussila, proferido pela Grande chambre, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confirmou o que em parte já decorria de algumas decisões precedentes, ou seja, que no âmbito dos procedimentos que conduzem à aplicação de sanções consideradas como sanções penais com base no artigo 6.º CEDH se pode traçar uma distinção entre os procedimentos (e as sanções) abrangidos no chamado «núcleo duro» do direito penal e as sanções que, ao invés, estão fora desse núcleo [33]. No n.º 43 desse acórdão, após ter salientado que a adopção de um conceito autónomo de «acusação em matéria penal» determinou uma extensão progressiva do âmbito penal do artigo 6.º da CEDH a sectores que «não se inserem formalmente nas categorias tradicionais do direito penal», tais como, justamente, as «sanções pecuniárias aplicadas por violação do direito da concorrência» [34], o Tribunal

32 — Que comporta, em substância, uma excepção de ilegalidade do Regulamento n.º 1/2003.

33 — TEDH, acórdão de 23 de Novembro de 2006, Jussila c. Finlândia. A questão submetida ao TEDH dizia respeito à compatibilidade com o artigo 6.º da CEDH da não realização de audiência num recurso contra uma majoração de impostos decidida pelo fisco finlandês.

34 — A lista exemplificativa fornecida no n.º 43 do referido acórdão Jussila compreendia, além disso, as contravenções administrativas, as sanções disciplinares com base no direito penitenciário e as coimas aplicadas por autoridades judiciais financeiras. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem pronunciou-se a favor da natureza penal das sanções aplicadas pelo Conseil de la concurrence francês por violação das regras nacionais de protecção da concorrência, no processo Société Stenuit c. França, objecto de cancelamento do registo do Tribunal por acórdão de 27 de Fevereiro de 1992. Para uma opinião contrária à extensão da excepção contida no n.º 43 do acórdão Jussila aos procedimentos comunitários de infracção às regras da concorrência, v. Slater, Thomas, Waelbroeck, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trail: no need to reform?*, in The Global Competition Law Centre Working Papers Series, 04/08, p. 27.

Europeu dos Direitos do Homem afirmou que, nesses sectores, as garantias oferecidas pelo referido artigo devem aplicar-se necessariamente com todo o rigor» [35]. Tal abordagem já estava presente, em especial, nos acórdãos Bendenoun e Janosevic [36], expressamente invocados no n.º 43 referido do acórdão Jussila. Nessas decisões, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirmou que um Estado contratante pode confiar ao fisco, órgão administrativo que não satisfaz as exigências do artigo 6.º CEDH [37], a tarefa de perseguir e punir as infracções fiscais para as quais se prevê a aplicação de uma majoração de impostos com carácter de sanção penal, na condição de o sujeito passivo poder recorrer da respectiva decisão junto de um tribunal que ofereça as garantias do artigo 6.º da CEDH [38], ou seja, segundo a fórmula adoptada no n.º 81 do acórdão Janosevic retomada em diversos acórdãos subsequentes, «um órgão jurisdicional dotado de plena jurisdição [39], que tem em especial o poder de reformar em qualquer ponto, de facto e de direito, a decisão impugnada».

31. Em coerência com o exposto no n.º 43 do acórdão Jussila, o princípio afirmado nos acórdãos Bendenoun e Janosevic pode ser estendido aos procedimentos por infracção às regras da concorrência do Regulamento n.º 1/2003. Portanto, a concentração na Comissão dos poderes de instrução, acusação e decisão no quadro desses procedimentos não viola, por si só, o artigo 6.º CEDH, na condição, no entanto, de as empresas que lhes estão sujeitas disporem de um direito de recurso contra a decisão da Comissão perante um órgão que corresponda às exigências desse artigo. Portanto, há que verificar se a fiscalização exercida pelo juiz comunitário sobre as decisões adoptadas pela Comissão por infracção às regras da concorrência satisfaz as condições estabelecidas no n.º 81 do acórdão Janosevic. Sem me empenhar numa análise exaustiva da questão, limitar-me-ei a indicar os aspectos dessa fiscalização que, à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, correm o risco de se tornarem problemáticos.

32. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional comunitário exerce sobre as decisões da Comissão em matéria *antitrust* uma típica fiscalização de legalidade que implica uma análise, tendencialmente completa, de todos os fundamentos, de facto e de direito, invocados pelo recorrente, bem como de eventuais fundamentos de ordem pública que possam ser suscitados oficiosamente. Excepto em matéria de coimas, o Tribunal Geral não tem o poder de reformar a decisão da Comissão,

35 — O mesmo raciocínio encontra-se no acórdão do TEDH de 4 de Março de 2008, Hüseyn Turan c. Turquia, n.º 32.

36 — Acórdãos do TEDH de 24 de Fevereiro de 1994, Bendenoun c. França, série A n.º 284, e Janosevic c. Suécia, já referido.

37 — V. acórdão Janosevic, já referido, n.º 81.

38 — V. acórdãos Bendenoun, já referido, n.º 46, e Janosevic, já referido, n.º 81; no mesmo sentido, acórdão de 23 de Outubro de 1995, Umlauft c. Áustria, série A n.º 328-B, n.ºs 37 a 39. Tal posição retoma, em substância, a posição já expressa anteriormente pelo TEDH quanto à aplicação do artigo 6.º da CEDH no domínio não penal (v., *inter alia*, acórdão de 10 de Fevereiro de 1983, Albert e Le Compte c. Bélgica, série A n.º 58, n.º 29) e às infracções penais menores (tais como as relativas ao Código da Estrada, v. acórdão de 23 de Outubro de 1984, Öztürk c. Alemanha, n.º 29).

39 — Em italiano, seria mais correcto utilizar a expressão "giurisdizione di merito", porque, como se verá melhor em seguida, não é claro, na passagem mencionada, se o TEDH se refere efectivamente a uma jurisdição que excede a mera fiscalização da legalidade.

mas apenas de a anular. A esse respeito observo antes de mais que, se é verdade que no texto francês do acórdão Janosevic o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem utiliza a expressão «pouvoir de réformer», o texto inglês emprega o verbo mais genérico «to quash», que se refere antes ao poder de anular o acto impugnado. Além disso, no mesmo acórdão, o referido tribunal afirmou que os órgãos jurisdicionais administrativos competentes nos termos da legislação sueca para conhecer dos recursos das decisões pelas quais a administração fiscal impõe majorações de impostos com carácter de sanções penais constituem tribunais que apresentam as garantias do artigo 6.º CEDH, apesar de apenas poderem, «em caso de desacordo com as conclusões da administração fiscal», anular a decisão impugnada [40]. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem expressou-se no mesmo sentido em diversos outros precedentes [41].

33. Todavia, a jurisprudência não é constante quanto a esse ponto. Assim, por exemplo, no referido acórdão Umlauft entendeu-se que o tribunal administrativo austríaco não apresentava as garantias previstas no artigo 6.º da CEDH, porque, chamado a decidir do recurso de um acto através do qual tinha sido aplicada à recorrente uma sanção pecuniária por violação do Código da Estrada, considerada de natureza penal, apenas tinha competência para exercer uma mera fiscalização da legalidade e estava, além disso, vinculado às verificações de facto das autoridades administrativas. No acórdão Tsfayo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não reconheceu «plena jurisdição» à High Court do Reino Unido porque, apesar de este último tribunal ter o poder de anular a decisão impugnada quando considerasse insuficiente ou errado o quadro probatório que estava na base da mesma, não tinha competência para reapreciar as provas ou substituir as apreciações censuradas pelas suas próprias apreciações relativas à credibilidade do recorrente [42]. No acórdão Kyprianou, o TEDH entendeu que a falta de imparcialidade do tribunal de primeira instância que tinha

40 — No n.º 82 do acórdão, o TEDH salienta que os tribunais administrativos «podem conhecer de qualquer aspecto das questões que lhes sejam submetidas. A sua análise não se limita aos aspectos jurídicos mas pode incluir também as questões de facto como a apreciação das provas [...]».

41 — V., p. ex., acórdãos de 31 de Agosto de 1997, Bistrovic c. Croácia, n.º 53, relativo aos «county courts» croatas; de 21 de Setembro de 1993, Zumtobel c. Áustria, série A n.º 268-A, n.ºs 27 a 32, sobre o controlo exercido no caso em apreço pelo Tribunal administrativo austríaco; e de 25 de Outubro de 1995, Bryan c. Reino Unido, série A, n.º 335-A, n.ºs 44 a 47. Todavia, esses processos não dizem respeito a matéria penal.

42 — TEDH, acórdão de 14 de Novembro de 2006, Tsfayo c. Reino Unido, n.º 48.

aplicado uma pena de detenção ao recorrente pelo crime de «contempt of court» não foi sanada pelo Supremo Tribunal em sede de recurso, porque este não tinha procedido a um *reexame ex novo* da causa [43]. Por fim, no acórdão Silvester's Horeca, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que a sociedade recorrente não tinha tido acesso a um «tribunal» na acepção do artigo 6.º da CEDH, porque a Cour d'appel de Bruxelas, à qual foi submetido o acto administrativo que lhe aplicou coimas fiscais por violação do Código do IVA, não tinha o poder de isentar o sujeito passivo de obrigações legalmente impostas, com base em meros fundamentos de oportunidade ou de equidade [44]. Nesse contexto, recorda-se, no entanto, que nos litígios relativos às infracções aos artigos 101.º e 102.º TFUE, o juiz comunitário dispõe de uma competência jurisdicional plena em matéria de coimas, por força do artigo 261.º TFUE e do artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003 e, portanto, «para além da simples fiscalização da legalidade da sanção, o juiz comunitário pode substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação», anulando, reduzindo ou aumentando a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada pela Comissão quando o problema do respectivo montante é submetido à sua apreciação [45]. Tal competência habilita o juiz comunitário a reformar o acto impugnado, sem o anular [46].

34. Um segundo aspecto delicado, referido pela recorrente, diz respeito à fiscalização marginal – ou seja, limitada à verificação do cumprimento das regras processuais e de fundamentação, da exactidão material dos factos, bem como da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder – que, segundo jurisprudência constante [47], o juiz comunitário exerce relativamente às apreciações económicas complexas efectuadas pela Comissão [48].

43 — TEDH, acórdão de 27 de Janeiro de 2004, Kyprianou c. Chipre. Designadamente, o Tribunal afirmou que «en tant qu'instance d'appel, celle-ci n'avait pas pleine juridiction pour examiner à nouveau l'affaire, mais pouvait seulement contrôler s'il y avait dans le jugement de première instance des erreurs manifestes de droit ou de fait. Elle n'a pas procédé à nouveau à un examen indépendant de l'accusation en matière pénale portée contre le requérant pour *contempt* devant la cour d'assises. En outre, la Cour suprême a estimé qu'elle ne pouvait pas intervenir dans le jugement de la cour d'assises en reconnaissant la marge d'appréciation de cette dernière quant à infliger une peine au requérant». Todavia, o Tribunal acrescentou igualmente que «en réalité, la Cour suprême a refusé d'annuler la décision litigieuse au motif que la composition de la cour d'assises n'était pas de nature à garantir son impartialité, alors que elle avait le pouvoir de le faire». Além disso, no acórdão de 15 de Dezembro de 2005, no mesmo processo, a Grande chambre, embora chegando à mesma conclusão, centrou-se sobretudo no facto de o Supremo Tribunal não ter em qualquer caso procedido à anulação da decisão da instância inferior, apesar de ter competência para tal.

44 — TEDH, acórdão de 4 de Março de 2004, Silvester's Horeca Service c. Bélgica, n.ºs 26 e 27.

45 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2007, Groupe Danone/Comissão (C-3/06 P, Colect., p. I-1331, n.ºs 61 e 62). V. igualmente conclusões da advogada-geral J. Kokott, de 8 de Dezembro de 2005, no processo Technische Unie/Comissão, que deu lugar ao acórdão de 21 de Setembro de 2006 (C-113/04 P, Colect., p. I-8831, n.º 132), e conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro, de 16 de Novembro de 2006, no processo que deu lugar ao acórdão Groupe Danone/Comissão, já referido (n.ºs 45 e 48).

46 — Acórdão Limburgse Vinyl Maastschappij e o./Comissão, já referido, n.º 692. Quanto ao argumento, tomo a liberdade de remeter para P. Mengozzi, *La compétence de pleine juridicition du juge communautaire*, in «Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf», 2007, p. 219.

47 — V., nesse sentido, quanto ao artigo 85.º do Tratado CE, acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão (42/84, Recueil, p. 2545, n.º 34); de 17 de Novembro de 1987, Reynolds/Comissão (142/94, Colect., p. 4487, n.º 62); e de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão (C-194/99 P, Colect., p. I-10821, n.º 78).

48 — A esse respeito, observo que, fora do âmbito penal, o TEDH parece aceitar a possibilidade de que a fiscalização jurisdicional dos procedimentos administrativos possa, em determinados âmbitos, ser limitada aos erros manifestos, v. acórdão Bryan, já referido, n.ºs 41 e 44 a 47. Em especial, no n.º 47, o Tribunal afirma o seguinte: «Pode esperar-se razoavelmente tal modo de proceder da parte de um órgão jurisdicional de recurso em sectores jurídicos especializados como o que está em causa, em especial quando os factos tenham sido anteriormente verificados no decurso de um procedimento quase jurisdicional que garanta o respeito de numerosas exigências previstas pelo artigo 6.º, n.º 1, da CEDH». V. igualmente acórdão Tsyfayo, já referido, n.º 46.

35. Em terceiro lugar, por último, apesar de o juiz comunitário poder reanalisar as provas, num sentido ou noutro incluídas no processo administrativo, a fiscalização da legitimidade por ele levada a cabo no quadro de um recurso de anulação é conduzida com base nos elementos de facto e de direito existentes no momento em que o acto foi adoptado [49]. Para esse efeito, o seu papel consiste em avaliar se as provas e outros elementos de facto tomados em consideração pela Comissão na sua decisão são suficientes para demonstrar a existência da alegada infracção [50]. No caso de não considerar convincente o quadro probatório, poderá unicamente anular a decisão por insuficiência instrutória.

36. Não obstante os limites acima referidos, não excluo que, globalmente considerada, a fiscalização jurisdicional das decisões da Comissão que aplicam coimas por infracção às regras da concorrência satisfaz, em consonância com a abordagem mais flexível adoptada pela Grande chambre do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão Janosevic, as exigências do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, no domínio penal.

37. No caso vertente, a questão pode, no entanto, permanecer em aberto. Com efeito, a jurisprudência do TEDH admite uma abordagem que visa verificar o respeito das exigências do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH no presente caso, independentemente da questão geral da eventual compatibilidade com essa disposição da estrutura na qual se insere [51]. Ora, resulta do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância efectuou, sobre cada um dos aspectos submetidos à sua apreciação, uma fiscalização sobre a existência dos pressupostos de aplicação do artigo 101.º TFUE,

49 — Neste sentido, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Junho de 1972, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit et Grands Moulins de Paris/Comissão (9/71 e 11/71, Recueil, p. 391; Colect., p. 131). Em particular, as complexas avaliações efectuadas pela Comissão devem ser examinadas apenas à luz dos elementos de que dispunha quando o fez, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 2000, Alemanha/Comissão (C-288/96, Colect., p. I-8297, n.º 34); acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Junho de 1998, British Airways e o. e British Midland Airways/Comissão (T-371/94 e T-394/94, Colect., p. II-2405, n.º 81).

50 — V. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2004, JFE Engineering/Comissão (T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, Colect., p. II-2501, n.ºs 174 e 175), e de 20 de Abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão (T-305/94, T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colect., p. II-931, n.º 891).

51 — V. exemplos no acórdão Zumtobel, já referido, n.º 31 e segs., e no próprio acórdão Janosevic, já referido.

não podendo o alcance dessa fiscalização ser considerado limitado pelo mero facto de a imputação da responsabilidade à recorrente se basear num raciocínio presuntivo. Além disso, resulta do mesmo acórdão que o Tribunal de Primeira Instância analisou o conjunto dos elementos submetidos pela Elf Aquitaine a fim de demonstrar a independência do comportamento da sua filial no mercado, rejeitando a sua pertinência ou suficiência com base em fundamentos que são até adicionais relativamente às adoptadas pela Comissão na decisão. Por outro lado, mesmo contestando em geral, nas suas observações escritas e orais, a suficiência da fiscalização jurisdicional pelo juiz comunitário das decisões da Comissão por infracção às regras da concorrência relativamente às exigências do artigo 6.º da CEDH, a recorrente não avançou, todavia, argumentos que visem demonstrar tal insuficiência no caso vertente. Entendo, portanto, que o argumento relativo a uma falta de imparcialidade do procedimento administrativo devido à concentração na Comissão dos poderes de instrução, acusação e decisão, além de inadmissível, deve ser considerado igualmente infundado [52].

38. Com base no conjunto das considerações precedentes, a segunda acusação do segundo fundamento de recurso deve, em minha opinião, ser considerada improcedente.

52 — Não entendo que outra conclusão possa ser retirada da simples circunstância de, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância ter excluído a redução da coima aplicada à recorrente com base no facto de esta não ter apresentado argumentos ou elementos de facto que justificassem o exercício da sua competência jurisdicional quanto ao mérito em matéria de coimas.

c) Conclusões sobre o segundo fundamento de recurso

39. À luz da análise efectuada, entendo que o segundo fundamento de recurso deve ser, em parte, considerado infundado, e em parte, declarado inadmissível.

3. Quanto ao terceiro fundamento de recurso, relativo a erros sobre o alcance da dever de fundamentação da Comissão e à falta de fundamentação do acórdão recorrido

40. Tal fundamento de recurso é composto igualmente de duas acusações.

a) Quanto à primeira acusação

41. Com a primeira acusação do seu terceiro fundamento de recurso, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que o Tribunal de Primeira Instância se fundou numa «concepção errónea» do dever que cabe à Comissão de fundamentar a comunicação de acusações, na medida em que entendeu que tal dever estaria cumprido invocando simplesmente os princípios que regulam a imputabilidade das sociedades-mães e indicando o valor da participação da chefe de grupo no capital da filial. A esse respeito, saliento que os n.os 58 e

seguintes do acórdão recorrido, dos quais se deduz, segundo a recorrente, o erro cometido pelo Tribunal de Primeira Instância, correspondem na realidade às alegações avançadas pela recorrente no quadro do primeiro fundamento de recurso destinadas a demonstrar uma violação dos seus direitos de defesa e não uma violação do dever de fundamentação, invocada no âmbito do segundo fundamento de recurso. Observo, além disso, que apesar de alegar que «o conjunto dos elementos essenciais nos quais a Comissão se baseou para pôr em causa a Elf Aquitaine» estava contido na comunicação de acusações, a recorrente não precisa, todavia, quais os elementos que, além dos mencionados nos referidos n.os 58, 59 e seguintes do acórdão recorrido (exposição das regras de imputação à sociedade-mãe da responsabilidade pelo comportamento ilícito da filial, indicação do conteúdo da presunção fundada na detenção por parte da sociedade-mãe da totalidade do capital da filial, bem como menção da participação quase total detida pela recorrente no capital da Atofina), deveriam ter figurado, em concreto, na comunicação das acusações. Na medida em que a recorrente pretende referir-se a elementos de prova contra si, posteriores aos que visam demonstrar a existência dos pressupostos de facto da presunção em que se fundou a Comissão, os seus argumentos confundem-se com os argumentos destinados a contestar a própria possibilidade do recurso a essa presunção, que serão globalmente analisados no quadro do quinto fundamento de recurso. Daí resulta que a recorrente não demonstrou o alegado erro de interpretação do alcance do dever de fundamentar a comunicação de acusações que imputa ao Tribunal de Primeira Instância. Sob esse aspecto, a primeira acusação do terceiro fundamento de recurso deve, portanto, em meu entender, ser considerada improcedente.

42. Em segundo lugar, a recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de ter adoptado uma «concepção errónea» do dever que incumbia à Comissão de fundamentar a decisão. Os argumentos que suscita dizem respeito, mais precisamente, à parte do acórdão recorrido em que o Tribunal de Primeira Instância considerou suficiente a fundamentação com base na qual foram rejeitados, na decisão, os elementos avançados pela Elf Aquitaine para demonstrar a autonomia de comportamento no mercado da sua filial Atofina. Tal fundamentação, segundo a recorrente erroneamente qualificada pelo Tribunal de Primeira Instância como «sucinta», mas na realidade totalmente inexistente, não lhe permitiu verificar o fundamento da decisão e impediu o Tribunal de Primeira Instância de exercer a sua fiscalização da legalidade.

43. A esse respeito, no n.º 79 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância invoca jurisprudência segundo a qual a fundamentação imposta pelo artigo 253.º CE deve ser adaptada à natureza do acto em causa e deixar transparecer, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição, autora do acto, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao tribunal competente exercer o seu controlo. O Tribunal de Primeira Instância recorda igualmente, por um lado, que a exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, designadamente do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas directa e individualmente afectadas pelo acto podem ter em obter explicações e, por outro lado, que não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto satisfaz as exigências do artigo 253.º CE deve

ser apreciada à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa [53]. Enfim, na última frase do n.º 79 o Tribunal de Primeira Instância invoca a sua jurisprudência com base na qual incumbe à Comissão desenvolver o seu raciocínio de forma explícita, sempre que, no âmbito da sua actividade decisória, uma decisão for sensivelmente mais longe do que as decisões precedentes [54] e, no n.º 80, recorda que quando uma decisão de aplicação do artigo 81.º CE diz respeito a uma pluralidade de destinatários e coloca um problema de imputabilidade da infracção, deve conter uma fundamentação suficiente para cada um dos destinatários, em especial para aqueles que, com base em tal decisão, devem suportar as consequências da infracção. Nos n.os 84 e seguintes analisa a alegação da Elf Aquitaine segundo a qual a decisão não foi suficientemente fundamentada na parte em que rejeita os argumentos apresentados por esta para ilidir a presunção em que se baseou a Comissão. Para esse fim, analisa os n.os 258 a 261 da decisão e observa, em especial, que os referidos argumentos foram rejeitados pela Comissão por serem meras «afirmações» (não apoiadas em elementos de prova) e que os documentos fornecidos pela Elf Aquitaine se limitavam a dar «uma indicação geral sobre a gestão comercial da sociedade». O Tribunal de Primeira Instância conclui, no n.º 89, que «tal resposta aos argumentos da Elf Aquitaine, mesmo sucinta, permite compreender as razões pelas quais a Comissão os rejeitou» e que a Comissão respondeu «aos pontos essenciais dos argumentos da Elf Aquitaine, considerando o conjunto dos elementos de prova apresentados por esta». A leitura dos n.os 84 a 90 do acórdão recorrido, cujo conteúdo foi exposto acima nas suas grandes linhas, não permite, em minha opinião, considerar, como faz a recorrente, que o Tribunal de Primeira Instância tenha interpretado incorrectamente o dever de fundamentação que incumbia à Comissão, fundando-se numa concepção errónea de tal dever. Aliás, resulta das passagens do acórdão recorrido acima referidas, bem como da leitura dos pontos relevantes da decisão, que, ao contrário do que afirma a recorrente, a Comissão explicou as razões pelas quais os argumentos apresentados pela recorrente não foram considerados suficientes para ilidir a presunção em questão (por consistirem em afirmações não apoiadas em provas e em documentos sem relevância). Portanto, não pode ser invocada quanto a esse ponto uma total falta de fundamentação, apesar de os mesmos fundamentos de improcedência terem sido globalmente aplicados ao conjunto dos argumentos e dos documentos submetidos pela recorrente à Comissão.

53 — V., em especial, 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 jurisprudência aí citada), bem como de 15 de Julho de 2004, Espanha/Comissão (C-501/00, Colect., p. I-6717, n.º 73).

54 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1997, SCK e FNK/Comissão (T-213/95, Colect., p. II-1739, n.º 226).

44. A recorrente acusa, além disso, o Tribunal de Primeira Instância de ter interpretado

erradamente a intensidade da fundamentação da decisão que se impunha à luz das circunstâncias específicas do caso em apreço. Tal fundamentação deveria ter sido mais rigorosa porque: i) a recorrente não foi informada do procedimento que lhe foi movido antes de receber a comunicação de acusações; ii) a Comissão distanciou-se da sua prática decisória anterior e iii) a decisão pôs de novo em causa diversos direitos fundamentais da recorrente e aplicou-lhe sanções de natureza penal. A recorrente observa, além disso, que após a entrada em vigor da Carta, o dever de fundamentação que incumbe às instituições da União por força do seu artigo 41.º, n.º 2, deve, com base no artigo 52.º, n.º 3, da mesma Carta, ser interpretada em conformidade com os critérios mais rígidos adoptados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na interpretação do artigo 6.º, n.º 3, alínea a), da CEDH.

45. Nenhum dos argumentos invocados pela recorrente me parece convincente. Em primeiro lugar, não se compreende – nem a recorrente fornece esclarecimentos a esse respeito – que influência possa ter na intensidade do dever de fundamentar a decisão o facto de a Elf Aquitaine ter sido informada das acusações formuladas contra si apenas com o envio da comunicação de acusações. Em segundo lugar, a Comissão afirmou, sem ter sido contestada quanto a esse ponto pela recorrente, que os princípios em matéria de responsabilidade das sociedades-mães aplicados à Elf Aquitaine, incluindo a presunção baseada na detenção da totalidade do capital, tinham passado a fazer parte integrante da sua prática decisória a partir de 2002-2003. Dado que a comunicação de acusações foi enviada à recorrente em 7 de Abril de 2004 e a decisão foi adoptada em 19 de Janeiro de 2005, esta não revela nenhuma ruptura com a prática anterior da Comissão. Enfim, quanto ao terceiro ponto [v. parágrafo anterior, alínea iii)], basta salientar, por um lado, que o argumento da recorrente pressupõe que se tenha verificado uma violação dos direitos fundamentais por ela invocados, violação que o Tribunal de Primeira Instância, pelo contrário, excluiu, e, por outro, que uma fundamentação mais pormenorizada da decisão não teria em qualquer caso permitido justificar essa violação, caso se tivesse verificado. Aliás, a circunstância de a decisão ter aplicado à recorrente sanções de carácter penal não exige a imposição de um padrão de fundamentação superior ao elevado padrão que incumbe às instituições por força do artigo 253.º CE, tal como interpretado pelo juiz comunitário, com base no qual a fundamentação deve ser adequada à natureza do acto em análise e deve fazer surgir de forma clara e inequívoca o raciocínio lógico seguido pela instituição de que emana, de modo a permitir que os interessados conheçam as razões do procedimento adoptado e que o juiz competente exerça o seu controlo [55].

55 — V., entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, Corus UK (C-199/99 P, Colect., p. I-11177, n.º 145).

46. Quanto ao argumento que a recorrente retira das disposições conjugadas dos artigos 41.º, n.º 2, e 52.º, n.º 3, da Carta, mesmo supondo que tais disposições sejam aplicáveis *ratione temporis* à decisão [56], é forçoso concluir que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem invocada pela Elf Aquitaine não é pertinente, dado que se refere a decisões tomadas por órgãos jurisdicionais. De qualquer modo, no que diz respeito, em primeiro lugar, à exigência afirmada pelo referido tribunal segundo a qual as decisões que divergem de uma anterior jurisprudência consolidada fundamentam de modo substancial as razões de um tal «revirement» [57], basta referir que o acórdão recorrido se insere na linha de uma jurisprudência inaugurada no ano 2000 com o acórdão Störa [58] e recentemente confirmada pelo acórdão Akzo [59]. Quanto ao acórdão proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no processo Helle, igualmente invocado pela recorrente [60], limito-me a observar que, como se verá melhor na análise da segunda acusação do presente fundamento de recurso, o Tribunal de Primeira Instância procedeu, no acórdão recorrido, a uma reanálise completa dos argumentos suscitados pela recorrente no decurso do procedimento administrativo e, portanto, não se limitou a fazer suas as conclusões da Comissão sem analisar as questões essenciais que lhe foram submetidas. No que respeita, enfim, à remissão para a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que afirma o carácter insuficiente da fundamentação de decisões que não precisam os conceitos essenciais sobre os quais se fundam [61], a recorrente não esclareceu quais são, no caso vertente, os conceitos nos quais o Tribunal de Primeira Instância se baseou sem ter esclarecido o respectivo significado.

56 — Numa recente decisão prejudicial, o Tribunal de Justiça considerou aplicável a Carta mesmo relativamente a factos ocorridos antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, v. acórdão de 22 de Dezembro de 2010, DEB (C-279/09, Colect., p. I-13849).

57 — A recorrente cita a este respeito o acórdão do TEDH de 14 de Janeiro de 2010, Atanasovski c. Ex-República Jugoslava da Macedónia.

58 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão (C-286/98 P, Colect., p. I-9925).

59 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2009, Akzo Nobel e o./Comissão (C-97/08 P, Colect., p. I-8237).

60 — TEDH, acórdão de 19 de Dezembro de 1997, Helle c. Finlândia. Saliento, aliás, que tal acórdão diz respeito, mais do que à intensidade do dever de fundamentação, à exigência de uma análise substancial dos elementos essenciais submetidos a controlo jurisdicional. No n.º 60 desse acórdão, citado pela recorrente, o referido Tribunal exprime-se nos termos seguintes: «Eu égard à ces considérations, la Cour souligne que la notion de procès équitable requiert qu'une juridiction interne qui n'a que brièvement motivé sa décision, que ce soit en incorporant les motifs fournis par une juridiction inférieure ou autrement, ait réellement examiné les questions essentielles qui lui ont été soumises et qu'elle ne se soit pas contentée d'entériner purement et simplement les conclusions d'une juridiction inférieure».

61 — A Elf Aquitaine invoca, em especial, acórdãos de 28 de Outubro de 1987, H. c. Bélgica, n.º 53, e de 25 de Abril de 1997, Georgiadis c. Grécia, n.º 43.

47. Com base no conjunto das considerações precedentes, a primeira acusação do terceiro fundamento de recurso deve, em minha opinião, ser considerada improcedente.

b) Quanto à segunda acusação

48. No quadro da sua segunda acusação, a recorrente censura antes de mais o carácter contraditório, incompreensível e insuficiente da fundamentação do acórdão recorrido. Refere-se, em especial, à afirmação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a Elf Aquitaine e a sua filial constituem uma única empresa – quando a Comissão as considerou, pelo contrário, entidades autónomas –, bem como a confusão repetida em diversas passagens do acórdão recorrido entre os conceitos de empresa e de sociedade. A Elf Aquitaine entende que existe igualmente uma contradição entre a primeira e a última frase do n.º 105 do acórdão recorrido.

49. A este respeito, observo, em primeiro lugar, que, como sublinha, em minha opinião correctamente, a Comissão, a verificação de que duas sociedades constituem uma única empresa não é incompatível com o envio a cada uma delas de diferentes comunicações de acusações, necessário a fim de informar ambas as sociedades das acusações formuladas contra elas, nem com a aplicação de coimas separadas, cujo montante deve ser calculado em função das características próprias de cada uma das sociedades. Ao contrário do que afirma a recorrente, não existe portanto nenhuma contradição entre a referida verificação e o facto de, no procedimento administrativo, a Comissão ter tido em conta, no envio da comunicação de acusações e na fixação da coima, a circunstância de a Elf Aquitaine e a Atofina constituírem entidades jurídicas autónomas. Em segundo lugar, também não considero fundado o argumento segundo o qual a alegada confusão entre os conceitos de sociedade e de empresa, em especial nos n.os 8, 17 e 18, 107 e 123 do acórdão recorrido, torna contraditória e incompreensível a sua fundamentação. Os n.os 8, 17 e 18 fazem parte da descrição dos antecedentes de facto do litígio, e limitam-se a retomar o conteúdo da decisão. Por seu lado, o n.º 107 contém unicamente uma citação da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Por fim, no n.º 123, o Tribunal de Primeira Instância, citando jurisprudência recente, conclui que, quando um grupo de sociedades constitui uma única empresa, a Comissão pode imputar a responsabilidade de uma infracção cometida por essa empresa à sociedade responsável pela acção do grupo e aplicar uma coima a essa sociedade. Os pontos referidos não revelam nenhuma contradição que torne incongruente ou incompreensível a fundamentação do acórdão recorrido, quer sejam considerados cada um isoladamente ou conjugados entre si, ou ainda inseridos no raciocínio global do Tribunal de Primeira Instância. No que respeita, em terceiro lugar, à alegada contradição contida no n.º 105 do acórdão recorrido, basta salientar que, nesse ponto, o Tribunal de Primeira Instância se limita a explicar que, na decisão, a Comissão reivindica uma margem

de discricionariedade em casos análogos ao da recorrente, mas que essa faculdade é utilizada unicamente no momento em que, depois de ter demonstrado a existência dos pressupostos de imputabilidade de cada uma das sociedades pertencente a um grupo, a Comissão avalia se deve imputar tal responsabilidade a todas as sociedades do grupo ou unicamente às que participaram directamente na infracção. Não existe, portanto, nenhuma contradição entre a primeira e a última frase desse ponto.

50. A recorrente censura, além disso, a circularidade do raciocínio do Tribunal de Primeira Instância, que, em sua opinião, parte do postulado de que a Elf Aquitaine e a Atofina constituem uma única empresa para excluir a pertinência de elementos que, ao invés, foram considerados pela jurisprudência anterior como indícios da existência de empresas distintas (p. ex. a ignorância da infracção por parte da chefe do grupo). Como salienta a Comissão, com razão, o Tribunal de Primeira Instância não partiu de nenhum postulado, mas limitou-se a considerar legítimo o recurso, por parte da Comissão, à presunção que lhe permitiu imputar à Elf Aquitaine a responsabilidade pela infracção cometida pela sua filial, mesmo na falta de uma relação de instigação ou de uma sua implicação directa na infracção, bem como a afirmar a existência dos pressupostos de facto que autorizavam o recurso a tal presunção. Nesse contexto, é lógico considerar, como fez o Tribunal de Primeira Instância, que mesmo a eventual ignorância da infracção por parte da Elf Aquitaine não era susceptível de recolocar em discussão o fundamento dessa responsabilidade. A alegada circularidade do raciocínio do Tribunal de Primeira Instância mais não é que a consequência do facto de ter aprovado o recurso à referida presunção, e não constitui, de modo algum, um indício de um vício de fundamentação.

51. Com base nas considerações precedentes, entendo que a segunda acusação do terceiro fundamento de recurso deve ser considerada igualmente improcedente.

c) Conclusões sobre o terceiro fundamento de recurso

52. À luz das observações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça julgue o terceiro fundamento de recurso integralmente improcedente.

4. Quanto ao quarto fundamento de recurso relativo à violação do artigo 263.º TFUE

53. A recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância excedeu os limites da fiscalização da legalidade substituindo a sua fundamentação pela da Comissão, que é insuficiente, em especial no que se refere à rejeição, pela Comissão, dos indícios apresentados pela recorrente para ilidir a presunção que permitiu imputar à Elf Aquitaine a responsabilidade pela infracção cometida pela sua filial.

54. A esse respeito, observo antes de mais que os argumentos da recorrente partem do pressuposto da existência de uma insuficiência na fundamentação da decisão, insuficiência essa que não resulta, todavia, da análise da primeira acusação do terceiro fundamento de recurso (v. *supra*, n.os 42 a 46). Saliento, além disso, que no acórdão DIR International, depois de ter recordado que, no âmbito da fiscalização da legalidade definido no artigo 230.º CE (actual artigo 263.º TFUE), o juiz comunitário não pode substituir pela sua própria fundamentação a fundamentação do autor do acto impugnado, o Tribunal de Justiça precisou todavia que «no âmbito de um recurso de anulação, o Tribunal de Primeira Instância pode ser levado a interpretar a fundamentação do acto impugnado de uma forma diferente do seu autor, ou mesmo, em certas circunstâncias, a recusar a fundamentação formal feita por este, não pode fazê-lo quando nenhum elemento material justifica esse procedimento» [62]. A margem de manobra concedida ao Tribunal Geral, nos limites da sua fiscalização da legalidade, é portanto mais ampla do que pretende a recorrente. Aliás, ao rejeitar, nos n.os 160 e seguintes do acórdão recorrido, os elementos apresentados pela Elf Aquitaine para demonstrar a autonomia de comportamento da sua filial no mercado, o Tribunal de Primeira Instância limitou-se a fornecer uma fundamentação, certamente mais pormenorizada que a constante da decisão, mas em qualquer caso conforme a esta última. Daí resulta que o Tribunal de Primeira Instância não procedeu a qualquer substituição dos fundamentos.

55. Com base no exposto, o quarto fundamento de recurso, baseado na violação do artigo 263.º TFUE, deve, em minha opinião, ser considerado improcedente.

5. Quanto ao quinto fundamento, relativo a uma violação das regras sobre a imputabilidade

56. Antes de analisar as acusações suscitadas no quadro desse fundamento, recordo que a Elf Aquitaine foi considerada responsável pela infracção cometida pela sua filial Atofina

62 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão (C-164/98 P, Colect., p. I-447, n.os 38 e 42).

com base num raciocínio presuntivo, ao qual, nos últimos anos, a Comissão recorre cada vez com mais frequência na repressão dos acordos de empresas em que estão envolvidas sociedades pertencentes a grandes grupos industriais. Esse raciocínio funda-se, em substância, na ideia de que, uma vez que em princípio uma participação total [ou, como no caso vertente, quase total], da sociedade chefe de grupo no capital da filial confere à primeira o poder de influenciar de modo determinante a política comercial da segunda [63], é legítimo pressupor, na falta de prova em contrário, que tal influência foi efectivamente exercida e que, portanto, a filial não determinou de modo autónomo o seu comportamento no mercado. No processo Stora, já referido, o Tribunal de Justiça, tal como o Tribunal de Primeira Instância fez anteriormente, pronunciou-se a favor da legitimidade do recurso a tal raciocínio, precisando que, nesse contexto, a responsabilidade da sociedade-mãe não decorre da mera detenção de 100 % do capital da filial, mas da conjugação dessa circunstância de facto com a falta de elementos adequados para contestar a possibilidade de a sociedade-mãe influenciar de modo determinante a política comercial da filial ou de demonstrar a autonomia desta última no mercado [64]. Apesar desta precisão, o acórdão Stora deu lugar a uma interpretação segundo a qual a presunção de controlo efectivo, conjuntamente com a falta de prova em contrário, não era, por si só, suficiente para permitir a imputação à sociedade-mãe da infracção cometida pela filial, mas devia ser corroborada por elementos posteriores susceptíveis de reforçar a ideia de uma unidade de intenções entre as duas sociedades (nesse processo, o Tribunal de Justiça tinha feito referência específica à circunstância de a chefe do grupo se ter apresentado, no decurso do procedimento administrativo, como única interlocutora da Comissão para as sociedades do grupo Stora) [65]. Como se sabe, essa interpretação foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Akzo [66], já referido, do qual se falará mais exaustivamente em seguida. O âmbito de aplicação da presunção em questão foi recentemente estendido também às hipóteses de controlo detido através de uma sociedade controlada, por sua vez, a 100 % [67].

57. Apesar de os órgãos jurisdicionais comunitários terem repetidamente confirmado a legitimidade do recurso à presunção em questão [68],

63 — Já nesse sentido, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Imperial Chemical Industries/Comissão (48/69, Colect., p. 205, n.os 136 e 137).

64 — N.º 28. Neste sentido, v. igualmente acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 2005, Daimler Chrysler/Comissão (T-325/01, Colect., p. II-3319, n.os 218 a 220).

65 — N.º 29. O advogado-geral J. Mischo pronunciou-se neste sentido nas conclusões apresentadas nesse processo (Colect., p. I-9928, n.os 17 a 62). No mesmo sentido, v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Abril de 2007, Bolloré/Comissão (T-109/02, Colect., p. II-947, n.º 132).

66 — N.º 62.

67 — V. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Dezembro de 2008, General Química e o./Comissão (T-85/06, Colect., p. II-338), confirmado em sede de recurso pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2011, General Química e o./Comissão (C-90/09 P, Colect., p. I-1).

68 — Além dos acórdãos do Tribunal de Justiça Stora, Akzo e General Química, já referidos, e do Tribunal de Primeira Instância General Química, já referido, v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2007, Akzo Nobel e o./Comissão (T-112/05, Colect., p. II-5409).

que aliás tem origem numa decisão do Tribunal de Justiça bem mais relevante [69], as sociedades cuja responsabilidade é reconhecida em aplicação dessa presunção recorrem cada vez com mais frequência das decisões que lhes aplicam coimas por comportamentos anticoncorrenciais das suas filiais, criticando o método de imputação seguido pela Comissão com fundamentos largamente coincidentes [70]. No caso vertente, o quinto fundamento em apoio do recurso da Elf Aquitaine é composto de quatro acusações.

a) Quanto à primeira acusação

58. No quadro da primeira acusação, a recorrente sustenta, em primeiro lugar, que o recurso à presunção em questão viola as regras sobre o ónus da prova, designadamente o artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, com base no qual «o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo [101.º] ou do artigo [102.º] do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação». Não entendo que esse argumento deva ser acolhido. Habilitar a Comissão a aplicar uma norma de experiência (expressão do «id quod plerumque accidit») – cujo fundamento não é, em si mesmo, contestado pela recorrente – não constitui alteração das regras sobre a repartição do ónus da prova, mas determina unicamente um aligeiramento do ónus que incumbe à Comissão, justificado em determinadas circunstâncias [71].

59. Em segundo lugar, a recorrente sustenta que a natureza penal das sanções aplicadas por violação do artigo 101.º TFUE, bem como a concentração de poderes na Comissão deveriam ter conduzido o Tribunal de Primeira Instância a invalidar o recurso à presunção aplicada à Elf Aquitaine em violação do princípio da presunção da inocência consagrado no artigo 6.º, n.º 2, da CEDH.

60. A esse respeito, recordo antes de mais que a CEDH não proíbe o recurso, no âmbito penal, a presunções de facto ou de direito, mas exige que estas se reduzam aos «limites razoáveis» que tenham em conta a importância dos interesses em jogo e a necessidade de preservar os direitos de defesa [72]. Decorre da jurisprudência do Tribunal Europeu dos

69 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, AEG-Telefunken/Comissão (107/82, Recueil, p. 50).

70 — V., por exemplo, processo pendente no Tribunal Geral T-85/06, Air Liquide/Comissão.

71 — Por outro lado, uma vez que a violação alegada pela recorrente surge ligada mais à natureza indiciária da prova por presunção do que ao grau de admissibilidade da dedução em que se baseia a presunção da influência determinante aplicada à El Aquitaine, não é suficiente, como sugere a recorrente, impor à Comissão que «reforce» a presunção através da produção de mais indícios do exercício efectivo dessa influência, porquanto isso não modificaria a natureza indiciária do quadro probatório em que se funda a responsabilidade da sociedade-mãe em circunstâncias como as do caso vertente.

72 — V., designadamente, TEDH, acórdão de 7 de Outubro de 1998, Salabiaku c. França, n.º 28. Essa jurisprudência foi retomada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 23 de Dezembro de 2009, Spector Photo Group e Van Raemdonck (C-45/08, Colect., p. I-12073, n.º 43).

Direitos do Homem que se considera que esses limites são, em princípio, respeitados no caso de ter sido dada à pessoa contra a qual opera a presunção a possibilidade de produzir prova em contrário, e isto igualmente no âmbito daquilo que esse tribunal define como o «núcleo duro» do direito penal. Deste modo, por exemplo, no acórdão Pham Hoang, o Tribunal de Estrasburgo considerou compatível com o princípio da presunção da inocência e, em geral, com as regras de um processo equitativo, a presunção de responsabilidade relacionada com a detenção de estupefacientes prevista pelo Código Aduaneiro francês, sendo no entanto reconhecida ao arguido a possibilidade de demonstrar que agiu em estado de necessidade ou na sequência de erro inevitável [73]. Em sentido análogo, não se considerou que tenham violado o princípio da presunção da inocência a presunção da responsabilidade relacionada com a função directiva do acusado no acórdão Radio France [74], nem a presunção de que os bens adquiridos por uma pessoa condenada com base na lei sobre os estupefacientes em vigor no Reino Unido nos seis anos anteriores à prática do crime constituem proventos do tráfico de droga, e como tais susceptíveis de confisco [75]: em ambos os casos, tratava-se, com efeito, de presunções ilidíveis mediante prova em contrário. Em geral, no acórdão Janosevic acima referido, depois de ter precisado que o emprego de presunções em direito penal deve ser proporcionado aos objectivos prosseguidos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirmou que uma presunção dificilmente ilidível, mas contra a qual, no entanto, seja possível fazer prova em contrário, se situa dentro dos limites do razoável [76].

61. Dito isto, recordo que o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral afirmaram repetidamente que a presunção do exercício efectivo de uma influência determinante da sociedade-mãe sobre a política comercial da filial é uma presunção «simples», ilidível mediante prova em contrário [77]. A recorrente entende, todavia, que essa presunção é *de facto* inilidível. Em apoio da sua tese, invoca três elementos: i) o facto de o valor da participação no capital da filial ser suficiente para determinar a aplicação da presunção; ii) a afirmação do Tribunal de Primeira Instância, no n.º 105 do acórdão recorrido, de que a Comissão conserva um poder discricionário para imputar a responsabilidade da infracção à sociedade-mãe mesmo no caso de uma participação no capital da filial igual ou superior a 98 %, e iii) a apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância dos indícios apresentados pela recorrente.

73 — TEDH, acórdão de 25 de Setembro de 1992, Pham Hoang c. França, n.º 34; no mesmo sentido, v. anteriormente acórdão Salabiaku, já referido.

74 — TEDH, acórdão de 30 de Março de 2004, Radio France e o. c. França, n.º 24.

75 — V. TEDH, acórdãos de 12 de Dezembro de 2001, Phillips c. Reino Unido, n.º 43, e de 23 de Dezembro de 2008, Grayson e Barnham c. Reino Unido, n.ºs 46 a 49. Em ambos os casos, todavia, a presunção em questão não tinha sido aplicada para permitir a incriminação do recorrente mas apenas para permitir determinar o conteúdo do procedimento de confisco.

76 — N.ºs 101 a 105.

77 — V., entre outros, acórdão Akzo Nobel, já referido, n.º 60.

62. Quanto ao primeiro desses elementos, sendo certo que uma participação total ou quase total foi considerada suficiente para accionar a presunção em questão, esta tem no entanto por objecto o exercício efectivo do poder de controlo conferido pela referida participação através de modalidades susceptíveis de influenciar o comportamento da filial no mercado. A sociedade-mãe chamada à causa em virtude dessa presunção tem, portanto, a possibilidade de se opor à sua aplicação, por exemplo provando que, apesar do valor da participação, esta não permite, por obstáculos jurídicos ou de facto, exercer um controlo efectivo sobre a política comercial da filial, ou que, apesar de esse controlo ser possível, não foi exercido em concreto, ou ainda que, não obstante as tentativas da sociedade-mãe para influenciar o comportamento da filial no mercado, esta teve um comportamento autónomo (por hipótese, contrariando as instruções dadas pela sociedade-mãe [78]). Como observou a Comissão, acertadamente, o facto de ser difícil produzir a prova necessária para ilidir uma presunção não implica, por si só, que tal presunção seja de facto inilidível. Além disso, como o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirmou (v. *supra*, n.º 60), uma presunção, mesmo difícil de ilidir, permanece dentro dos limites razoáveis desde que exista a possibilidade de produzir prova em contrário.

63. No que respeita ao segundo elemento invocado pela recorrente em apoio do carácter de facto irrefutável da presunção em questão, observo que a circunstância de a Comissão conservar uma margem de discricionariedade ao decidir se imputa a infracção igualmente à sociedade-mãe que detém uma participação total ou quase total no capital da filial não tem qualquer influência no carácter relativo dessa presunção, pelo menos na medida em que não foi contestado que o recurso à mesma está excluído quando seja produzida a prova de que não foi exercida nenhuma influência determinante pela sociedade-mãe na política comercial da filial. Quanto ao resto, limito-me a observar que, em princípio, como salientou o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o facto de uma presunção não operar de modo automático contribui para manter a sua aplicação dentro de limites razoáveis [79].

64. Por último, quanto à apreciação dos elementos de prova efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, a recorrente sustenta que este exige, em substância, que seja produzida a prova negativa da não interferência no comportamento da filial no mercado, uma espécie de *probatio diabolica* incompatível

78 — Nesse sentido, v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Akzo Nobel e o./Comissão, já referido, n.º 62.

79 — Neste sentido, v. TEDH, acórdão Phillips c. Reino Unido, já referido, n.º 43, em que é manifesta a circunstância de que o juiz dispunha de um poder discricionário na aplicação da presunção que lhe permitia excluí-la quando a sua aplicação implicasse um sério risco de injustiça.

com o direito ao acesso ao tribunal e a uma fiscalização jurisdicional efectiva. A esse respeito, observo que, dada a natureza da presunção, que permite, através de um operação lógico-dedutiva, inferir de um facto conhecido a prova de um facto ignorado, parece lógico que a pessoa contra quem essa presunção se aplica deverá, em princípio, fazer a prova negativa do facto verificado por meio de uma mera presunção. A simples circunstância de ser exigida semelhante prova não permite concluir, como faz a recorrente, no sentido do carácter irrefutável da presunção, em especial quando, como no caso vertente, essa prova é procurada na esfera da pessoa contra quem a presunção opera. Por outro lado, à luz da jurisprudência quer do Tribunal de Justiça [80] quer do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [81], essa circunstância não parece, por si só, contrariar o princípio da presunção da inocência.

65. Na réplica, a recorrente cita em apoio das suas alegações a recente decisão proferida no processo Spector Photo Group [82]. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou que o princípio da presunção da inocência não obsta à presunção prevista pelo artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 2003/6/CE [83], com base na qual a intenção do autor de um abuso de informações privilegiadas se deduz implicitamente dos elementos materiais constitutivos dessa violação, «uma vez que esta presunção é ilidível e que estão salvaguardados os direitos [de] defesa» [84]. Tal afirmação está em consonância com a análise aqui desenvolvida e não apresenta argumentos a favor da tese da recorrente.

66. Segundo a recorrente, todavia, nos n.os 55 e seguintes desse acórdão, o Tribunal de Justiça precisou os limites de aplicação das presunções em direito económico, excluindo a sua automaticidade e afirmando a necessidade de a autoridade competente efectuar uma análise aprofundada das circunstâncias de facto, análise que, no caso da Elf Aquitaine, o Tribunal de Primeira Instância não conduziu. A propósito, parece-me que a recorrente confere aos pontos citados do acórdão Spector Photo Group um alcance geral que eles não têm. Além disso, ao contrário da leitura que deles faz a recorrente, nesses pontos, o Tribunal de Justiça limita-se a interpretar o conceito de «utilização da informação privilegiada» na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 2003/6 à luz dos objectivos da mesma, impondo que as autoridades competentes verifiquem se essa utilização reveste efectivamente o carácter ilícito que a referida

80 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Julho de 2009, Rubach (C-344/08, Colect., p. I-7033, n.os 31 a 33).

81 — V., por exemplo, acórdãos, já referidos, Phillips c. Reino Unido, n.º 43, e Grayson e Barnham c. Reino Unido, n.º 49.

82 — Já referido na nota 72.

83 — Directiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado) (JO L 96, p. 16).

84 — N.º 44.

directiva visa proibir em nome da integridade dos mercados financeiros e da confiança dos investidores [85]: quando esse carácter ilícito não possa ser estabelecido, porque o uso que é feito da informação privilegiada não é contrário à finalidade da directiva [86], os elementos constitutivos do delito de *insider trading* não estão reunidos e, *por conseguinte*, o elemento psicológico dessa infracção não pode ser presumido. Por outras palavras, o dever imposto às autoridades competentes de efectuar uma análise aprofundada das circunstâncias de facto da operação não diz respeito ao objecto da presunção, ou seja, a intencionalidade, mas unicamente aos elementos materiais da infracção de que se deduz essa intencionalidade. O acórdão Spector Photo Group não corrobora, portanto, de modo nenhum, a tese da recorrente segundo a qual a presunção na qual se baseou a Comissão para lhe imputar a responsabilidade da infracção cometida pela sua filial deveria ter sido reforçada por outros elementos de prova. Em qualquer caso, como sublinhou acertadamente a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância analisou de facto o conjunto dos elementos que lhe foram submetidos pela recorrente para ilidir a presunção que lhe foi aplicada.

67. De resto, os argumentos invocados pela recorrente no quadro da acusação em análise reproduzem alguns dos argumentos já discutidos no quadro da análise do terceiro fundamento de recurso. A esse respeito, basta observar que, ao contrário do que parece afirmar a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância não estabeleceu nenhum «padrão de prova» ao rejeitar a pertinência ou suficiência dos elementos probatórios avançados pela recorrente, mas ateve-se a uma análise desses elementos considerados isoladamente e não no seu conjunto (n.os 160 a 173 do acórdão recorrido). Estendendo ainda mais a análise, corre-se o risco de tornar a pôr em causa a apreciação das provas efectuada pelo juiz de primeira instância, sem que a recorrente tenha invocado argumentos em apoio do um seu eventual desvirtuamento.

b) Quanto à segunda acusação

68. Com a segunda acusação do seu quinto fundamento, a recorrente sustenta que, ao permitir o recurso à presunção na qual se baseia a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância contraria, em violação do princípio da subsidiariedade, o princípio da autonomia das pessoas colectivas, fundamento do direito societário dos Estados-Membros. Isso priva a pessoa colectiva dos seus direitos de defesa, do direito à presunção da inocência e do direito ao respeito do princípio da pessoalidade das penas.

69. A esse respeito, observo que, ao contrário do que afirma a recorrente, a presunção com base na qual foi reconhecida como

85 — V. n.º 55.
86 — V. n.º 61.

responsável pela infracção cometida pela sua filial Atofina não viola, por si só, o princípio da autonomia das pessoas colectivas no seio de um grupo de sociedades, tal como é reconhecido no direito francês. Com efeito, como se viu acima, o objecto dessa presunção é o exercício de uma influência determinante da sociedade-mãe sobre a política comercial da filial, tornado possível pela existência de uma participação total ou quase total da primeira no capital da segunda, e da qual se deduz o carácter efectivo, até prova em contrário. Por conseguinte, não é a presunção em causa, em si mesma, que incide sobre o princípio da autonomia das pessoas colectivas mas a ideia de que quando tal influência se verifica, por meio de uma presunção ou não, a sociedade-mãe e a filial constituem uma unidade económica e, portanto, uma única empresa para efeitos da aplicação das regras de concorrência do Tratado. Tal construção, desde há algum tempo acolhida na jurisprudência dos juízes da União [87], permitiu, como se sabe, estender o conceito de empresa, no qual se baseiam tais disposições, também a pessoas que não intervêm directamente no mercado, e aplicar-lhes coimas apesar de não terem tomado parte pessoalmente na infracção. Dito isto, tal construção não parece incompatível com o princípio invocado pela recorrente.

70. Em primeiro lugar, a conclusão, para efeitos da aplicação das regras da concorrência, de que a sociedade-mãe exerce uma influência determinante na política comercial da filial, de tal modo que o seu comportamento no mercado não pode ser considerado autónomo – quer essa conclusão se deduza simplesmente das ligações de capital existentes entre as duas pessoas quer seja corroborada por elementos de prova específicos – não torna a pôr em questão a autonomia jurídica dessas pessoas, na medida em que, como se viu, elas são distintas tanto no que respeita ao exercício dos seus direitos de defesa (envio da comunicação de acusações, possibilidade de apresentar observações, audição, direito a um processo judicial), como para efeitos da fixação da coima. A este respeito, ao contrário do que afirma a recorrente, a responsabilidade da chefe do grupo pelo comportamento das filiais não constitui uma hipótese de responsabilidade objectiva por factos de outrem, mas funda-se na existência, presumida ou provada, de uma ingerência da primeira na definição das orientações de política comercial da segunda e dos comportamentos desta no mercado [88]. Em segundo lugar, o princípio da autonomia das pessoas colectivas no seio de um grupo não é, mesmo no direito francês, inderrogável, sendo admitida a sua coexistência com a ideia de unidade económica do grupo, em determinadas situações – por

87 — V., por exemplo, jurisprudência citada nos n.os 58 e 59 do acórdão Akzo Nobel, já referido.

88 — Neste sentido, v. acórdão Akzo Nobel, já referido, n.º 77.

exemplo no caso de confusão dos patrimónios – e em sectores específicos, designadamente em direito fiscal e contabilístico [89].

71. No quadro da acusação em análise, a Elf Aquitaine sustenta, além disso, que, ao afirmar que a Comissão não necessitava de apresentar indícios concretos sobre a falta de autonomia da Atofina no mercado, o Tribunal de Primeira Instância contrariou jurisprudência constante que exige pelo menos uma ligação entre a presunção e o objecto do acordo ou o mercado relevante. A esse respeito, limito-me a remeter para o exposto no n.º 56 *supra*, sobre o acórdão Akzo Nobel, já referido, do Tribunal de Justiça e a interpretação que este fez da jurisprudência anterior.

72. Com base no conjunto das considerações expostas, a segunda acusação do quinto fundamento de recurso deve, em minha opinião, ser considerada improcedente por infundada.

c) Quanto à terceira acusação

73. Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância reconheceu à Comissão uma margem de discricionariedade para imputar às sociedades-mães as infracções cometidas pelas filiais. Essa discricionariedade viola os princípios da legalidade e da segurança jurídica. A prática da Comissão na matéria é incoerente e essa incoerência resulta, em especial, do facto de a recorrente ter sido reconhecida como responsável pelo comportamento da sua filial Atofina no caso vertente e não num processo por infracção anterior.

74. Resulta, em especial, do n.º 105 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância excluiu que a margem de discricionariedade reivindicada pela Comissão no n.º 260 da decisão dissesse respeito à imputação, a uma sociedade, da responsabilidade pelas infracções cometidas por outra sociedade. Segundo o que afirmou o Tribunal de Primeira Instância quanto a esse ponto, a própria Comissão esclareceu, no decurso da audiência e nas suas observações escritas, que essa margem de discricionariedade se refere unicamente à decisão de aplicar sanções ou não ao conjunto das sociedades pertencentes a um grupo, uma vez verificada a existência das condições de imputabilidade de cada uma delas. A presente acusação é, portanto, destituída de fundamento de facto e, por conseguinte, deve ser considerada improcedente.

d) Quanto à quarta acusação

75. Com a quarta acusação do seu quinto fundamento de recurso, a recorrente invoca, por último, uma violação do princípio da

89 — Quanto aos limites desse princípio v., entre outros, conclusões do advogado-geral J. P. Warner no processo Commercial Solvents, que deu lugar ao acórdão de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão (6/73, Colect., p. 119).

igualdade. A acusação visa o n.º 175 do acórdão recorrido, em que o Tribunal de Primeira Instância confirmou o tratamento desigual concedido pela Comissão à recorrente – para cuja responsabilização foi considerado suficiente o simples nexo de capital com a Atofina – e às outras sociedades-mães envolvidas no acordo, em especial as do grupo Akzo Nobel e di Clariant, relativamente às quais, ao invés, a Comissão forneceu indícios posteriores sobre a falta de autonomia das respectivas filiais. A esse respeito, a Comissão observa que no caso dessas sociedades dispunha dos referidos indícios e, por isso, mencionou-os a título superabundante na decisão. Concordo com a Comissão quando considera que esta simples circunstância não permite, por si só, concluir pela existência de uma violação do princípio da igualdade de tratamento. Portanto, a quarta acusação do quinto fundamento deve, em minha opinião, ser igualmente considerada improcedente.

e) Conclusões sobre o quinto fundamento de recurso

76. Com base no conjunto das considerações precedentes, entendo que o quinto fundamento de recurso deve ser considerado integralmente improcedente.

6. Quanto ao sexto fundamento de recurso

77. Através do seu sexto fundamento de recurso, suscitado a título subsidiário, a recorrente sustenta que os erros de direito e as violações do direito da União que viciam o acórdão recorrido devem, pelo menos, conduzir à anulação ou à redução da coima. Uma vez que, com base na análise precedente, cheguei à conclusão de que o conjunto das acusações suscitadas pela recorrente são destituídas de fundamento, entendo que esse fundamento, mesmo abstraindo da pouca clareza da sua formulação, demonstrada pela Comissão, deve em qualquer caso ser considerado improcedente quanto ao fundo. Na réplica, a recorrente invoca, no quadro desse fundamento, uma violação do princípio da proporcionalidade das penas. À parte as dúvidas de admissibilidade que essa acusação suscita, em especial dado o seu carácter tardio [90], entendo que os elementos invocados

90 — A entrada em vigor do Tratado de Lisboa, na qual a recorrente baseia a sua acusação, é, ainda que pouco, anterior à interposição do recurso. Saliento, além disso, que nenhum fundamento ou argumento relativo a uma alegada violação do princípio da proporcionalidade foi invocado pela recorrente em primeira instância. Ora, como sublinhou a Comissão, com razão, o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça verificaram o respeito desse princípio em matéria de coimas igualmente antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. A admissibilidade da acusação em questão é, portanto, duvidosa mesmo como fundamento deduzido em juízo pela primeira vez em sede de recurso (v. por último, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 2010, Lafarge/Comissão, C-413/08 P, Colect., p. I-5361, n.º 25).

pela recorrente, designadamente o facto de não ter participado na infracção, de não ter tido conhecimento da mesma e de não ter podido retirar dela qualquer vantagem por não operar directamente no mercado em causa, limitam-se a afirmações genéricas – mais uma vez destinadas a pôr em causa a legalidade dos elementos em que se baseia a imputação da recorrente – que não permitem contestar seriamente a proporcionalidade da coima aplicada pela Comissão.

78. Na medida em que, no quadro desse fundamento, a recorrente invoca o exercício pelo Tribunal de Justiça da sua plena jurisdição prevista no artigo 261.º TFUE, recordo que, com base em jurisprudência constante, não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal Geral, substituir, pela sua própria apreciação, por motivos de equidade, a apreciação efectuada pelo Tribunal Geral no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas em razão da violação do direito comunitário [91]. Por outro lado, a recorrente não contestou a legitimidade das condições a que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância subordinou o exercício (ou o não exercício) da sua competência jurisdicional quanto ao mérito [92]

79. Portanto, o sexto fundamento de recurso, suscitado a título subsidiário, deve, em minha opinião, ser considerado igualmente improcedente.

B — *Quanto às despesas*

80. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Process o, a parte vencida é condenada nas despesas, se isso tiver sido requerido. Dado que proponho considerar improcedente o recurso e que a Comissão concluiu no sentido da condenação da recorrente nas despesas, entendo que esta última deve ser condenada nas despesas do presente processo.

91 — V., entre outros, acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.º 31); Baustahlgewebe/Comissão, já referido, n.º 129; e Technische Unie/Comissão, já referido, n.º 210.

92 — Como já foi referido na nota 52 *supra*, no caso vertente, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a recorrente não apresentou elementos que permitissem pôr em causa o montante da coima aplicada no exercício da sua competência quanto ao mérito (n.º 242 do acórdão recorrido).

III — Conclusões

81. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça negue provimento ao recurso e condene a recorrente nas despesas.