CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PAOLO MENGOZZI apresentadas em 17 de Fevereiro de 2011 [1]

1. No presente recurso, a Arkema SA (a seguir «Arkema» ou «recorrente»), pede a anulação do acórdão em que o Tribunal de Primeira Instância (actualmente Tribunal Geral) negou provimento ao recurso de anulação interposto pela recorrente contra a decisão da Comissão de 19 de Janeiro de 2005 [2] (a seguir «decisão»), que declarou que um certo número de empresas, entre as quais a empresa composta pela recorrente, antiga Elf Atochem SA, em seguida Atofina SA (a seguir «Elf Atochem» e «Atofina») e a sua sociedade-mãe, Elf Aquitaine SA (a seguir «Elf Aquitaine»), tinham infringido o artigo 81.º, n.º 1, CE (artigo 101.º TFUE) e o artigo 53.º, n.º 1, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE), ao participarem num acordo relativo ao mercado do ácido monocloroacético (AMCA) (a seguir «acórdão recorrido») [3].

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

2. Resulta dos n.os 3 e seguintes do acórdão recorrido que a Comissão iniciou o seu inquérito relativo ao mercado do AMCA em finais de 1999, após ter sido informada da existência de um acordo relativo a esse mercado por uma das empresas participantes. Em 14 e 15 de Março de 2000, a Comissão procedeu a verificações no local das instalações, entre outros, da Elf Atochem. Em 7 e 8 de Abril de 2004, a Comissão enviou uma comunicação de acusações a doze sociedades, entre as quais a Elf Aquitaine e a sua filial Atofina (n.os 3, 4 e 7 do acórdão recorrido).

3. A Comissão imputou à Elf Aquitaine e à sua filial Arkema a responsabilidade da infracção no período de 1 de Janeiro de 1984 a 7 de Maio de 1999. Considerou que o facto de que a Elf Aquitaine detinha 98 % das acções da Atofina era, por si só, suficiente para lhe

1 — Língua original: francês.

2 — Decisão C (2004) 4876 final – AMCA.

3 — Acórdão do Tribunal Geral de 30 de Setembro de 2009, Arkema/Comissão (T-168/05, Colect., p. II-180).

imputar a responsabilidade pelos actos da sua filial (n.º 9 do acórdão recorrido).

4. O montante das coimas foi fixado pela Comissão, em aplicação das suas Orientações para o cálculo das coimas infligidas em aplicação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 e do artigo 65.º, n.º 5, do Tratado [CA] [4] (a seguir as «Orientações») e da Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas [5] (n.º 13 do acórdão recorrido). O montante da coima aplicada à Elf Aquitaine e à Arkema a título de responsabilidade conjunta e solidária ascende a 45 milhões de euros (artigo 2.º, alínea c), da decisão e n.º 30 do acórdão recorrido). Além disso, tendo verificado que a Elf Atochem era destinatária da Decisão 94/599/CE da Comissão, de 27 de Julho de 1994, relativa a um procedimento de aplicação do artigo [81.º CE] [6], num período em que a Elf Aquitaine não controlava ainda a Atofina, a Comissão aplicou exclusivamente a esta última uma coima em separado, atendendo ao seu comportamento reincidente. O montante dessa coima ascende a 13,50 milhões de euros (artigo 2.º, alínea d), da decisão e n.º 30 do acórdão recorrido).

5. Em 25 de Abril de 2005, a Arkema interpôs um recurso de anulação da decisão. Concluiu pedindo que o Tribunal de Primeira Instância se digne, a título principal, anular o artigo 1.º, alínea d), o artigo 2.º, alínea c), e o artigo 4.º, n.º 9, da decisão, na medida em que respeitam à Elf Aquitaine e, consequentemente, alterar o artigo 2.º, alíneas c) e d), da decisão e, a título subsidiário, alterar o artigo 2.º, alíneas c) e d), da decisão, com vista a reduzir o montante da coima. A recorrente invocou oito fundamentos de recurso em primeira instância. Em apoio do seu pedido de anulação, invocou um primeiro fundamento relativo à violação das regras relativas à imputabilidade a uma sociedade-mãe das práticas da sua filial e do tratamento discriminatório do grupo Elf Aquitaine, um segundo fundamento relativo a violação do princípio da autonomia jurídica e comercial da filial resultante da presunção do exercício de uma influência determinante pela sociedade-mãe, um terceiro fundamento relativo a violação do princípio da responsabilidade pessoal, um quarto fundamento relativo a discriminação entre empresas em função da sua organização jurídica e da sua dimensão e um quinto fundamento relativo a violação das formalidades essenciais. Em apoio do seu pedido de alteração da decisão, invocou um sexto fundamento, relativo a violação do princípio da proporcionalidade na determinação do montante de partida da coima. Como sétimo fundamento, a recorrente invocou uma violação do princípio da proporcionalidade na determinação do coeficiente multiplicador para efeitos de dissuasão. Como oitavo fundamento, invocou uma violação do princípio da proporcionalidade na determinação do montante da coima tendo em conta a duração da infracção. Por fim, a recorrente suscitou igualmente, a título subsidiário, um nono fundamento, relativo à violação do princípio da proporcionalidade na determinação do coeficiente multiplicador para efeitos de dissuasão na medida em que a

4 — JO 1998, C 9, p. 3.
5 — JO 1996, C 207, p. 4.
6 — JO L 239, p. 14.

Comissão teve duas vezes em conta o volume de negócios da Arkema (n.os 41 a 43 do acórdão recorrido).

6. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou todos os fundamentos improcedentes, quer os que foram apresentados a título principal quer a título subsidiário, e condenou a recorrente nas despesas.

7. Por requerimento que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 15 de Dezembro de 2009, a recorrente interpôs o presente recurso. Pede que o Tribunal de Justiça anule o acórdão recorrido e condene a Comissão nas despesas. A Comissão conclui pedindo que seja negado provimento ao recurso e que a recorrente seja condenada nas despesas. Os representantes das partes foram ouvidos na audiência de 25 de Novembro de 2010.

II — Quanto ao presente recurso

8. A recorrente invoca quatro fundamentos para o presente recurso. O primeiro fundamento diz respeito à violação, pelo Tribunal de Primeira Instância, das regras relativas à imputabilidade a uma sociedade-mãe das práticas da sua filial. O segundo fundamento respeita a uma violação do princípio da não discriminação que resulta do carácter inilidível da presunção da influência determinante da sociedade-mãe nas suas filiais. O terceiro fundamento diz respeito à violação do princípio da igualdade de tratamento e do direito a um processo equitativo. O quarto fundamento respeita à violação do princípio da proporcionalidade, na medida em que o volume de negócios da Arkema foi tido duas vezes em conta na determinação da base da sanção.

A — *Quanto ao primeiro fundamento, relativo a uma violação, pelo Tribunal de Primeira Instância, das regras relativas à imputabilidade a uma sociedade-mãe das práticas da sua filial*

9. Através do seu primeiro fundamento, a recorrente sustenta, em substância, que, ao analisar os elementos de prova por ela produzidos para demonstrar a sua autonomia no mercado e ilidir a presunção da Comissão contra a Elf Aquitaine, o Tribunal de Primeira Instância lhe impôs uma verdadeira *probatio diabolica*, em violação quer das regras relativas à imputabilidade a uma sociedade-mãe das práticas da sua filial quer do seu direito a um processo equitativo, tal como é consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH).

10. Recordo, tal como fez o Tribunal de Primeira Instância nos n.os 67 a 69 do acórdão recorrido, que resulta da jurisprudência que, no caso especial de uma sociedade-mãe deter 100 % do capital da sua filial que cometeu uma infracção às regras comunitárias da concorrência, por um lado, essa sociedade-mãe

pode exercer uma influência determinante no comportamento dessa filial [7] e, por outro, existe uma presunção ilidível segundo a qual a referida sociedade-mãe exerce efectivamente essa influência [8]. Nessas condições, basta que a Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela sua sociedade-mãe para presumir que esta exerce uma influência determinante na política comercial dessa filial. A Comissão pode, em seguida, considerar a sociedade-mãe solidariamente responsável pelo pagamento da coima infligida à sua filial, a menos que essa sociedade-mãe, à qual incumbe reverter essa presunção, apresente elementos de prova suficientes para demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado [9].

11. As acusações suscitadas pela recorrente dizem respeito, em especial, ao n.º 76 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal de Primeira Instância expõe o seguinte:

«No que se refere aos elementos de prova apresentados pela recorrente a fim de demonstrar a sua autonomia, há que salientar que o facto de a Elf Aquitaine não ser uma holding não operacional, intervindo muito pouco na gestão das suas filiais, não basta para excluir que ela exerce uma influência determinante no comportamento da recorrente, ao coordenar designadamente os investimentos financeiros no seio do grupo Elf Aquitaine. Com efeito, no contexto de um grupo de sociedades, uma holding que coordena designadamente os investimentos financeiros no seio do grupo tem vocação para reagrupar as participações em diversas sociedades e tem por função assegurar a respectiva unidade de direcção, nomeadamente através do controlo orçamental.»

12. Segundo a recorrente, ao afirmar que a holding tem «por função» assegurar a unidade de direcção das filiais, o Tribunal de Primeira Instância declarou juridicamente inilidível a presunção de influência determinante da sociedade-mãe no comportamento da sua filial, porquanto qualquer tentativa de demonstrar a autonomia de comportamento no mercado da filial seria contrária à função que o Tribunal de Primeira Instância reconheceu às holdings e, por conseguinte, não seria bem sucedida.

13. A título preliminar, há que salientar, como faz a Comissão na contestação, que a Arkema não põe em causa o princípio da presunção utilizado pela Comissão contra a Elf Aquitaine nem o facto de essa presunção se aplicar nas circunstâncias do caso em apreço (detenção pela sociedade-mãe de 98 % do capital da filial). Em contrapartida, as acusações

7 — V., nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Imperial Chemical Industries/Comissão (48/69, Colect., p. 205, n.ºs 136 e 137) e acórdão de 10 de Setembro de 2009, Akzo Nobel e o./Comissão (C-97/08 P, Colect., p. I-8237, n.º 60).

8 — V., nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, AEG[-Telefunken]/Comissão (107/82, Recueil, p. 3151, n.º 50); de 16 de Novembro de 2000, Stora Kopparbergslags/Comissão (C-286/98 P, Colect., p. I-9925, n.º 29); e Akzo Nobel e o./Comissão, já referido, n.º 60.

9 — V. acórdão Akzo Nobel e o./Comissão, já referido, n.º 60.

da recorrente visam unicamente o raciocínio pelo qual o Tribunal de Primeira Instância excluiu que a natureza de holding não operacional da Elf Aquitaine possa ser suficiente para ilidir a referida presunção.

14. No n.º 76 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância afirmou, antes de mais, que o facto de uma holding não intervir directamente no mercado não exclui, por si só, que não possa exercer uma influência determinante na política comercial das suas filiais por meio de uma coordenação dos investimentos financeiros no seio do grupo. Com essa afirmação, o Tribunal de Primeira Instância visa contrariar a equação, avançada pela recorrente, entre a natureza puramente financeira da sociedade-mãe e a falta de interferência no comportamento das sociedades operacionais do grupo no mercado. Ora, as acusações da recorrente também não visam pôr em causa, quanto ao mérito, a conclusão decorrente dessa afirmação, a saber, que a presunção do exercício efectivo da influência determinante na política comercial das filiais pode ser aplicada igualmente a uma holding não operacional.

15. Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância justifica essa conclusão ao afirmar que «uma sociedade holding que coordena designadamente os investimentos financeiros no seio do grupo tem vocação para reagrupar as participações em diversas sociedades e tem por função assegurar a respectiva unidade de direcção, nomeadamente através do controlo orçamental». Segundo a Arkema, é em especial da afirmação contida na segunda parte desta frase que decorre o carácter de facto inilidível da presunção aplicada à Elf Aquitaine, porque, tal como a recorrente explica na réplica, «o critério da unidade de direcção é precisamente o critério que permite – segundo a Comissão – imputar as práticas de uma filial à sua sociedade-mãe».

16. Saliento, desde logo, que se tivéssemos de seguir o raciocínio da Arkema, a asserção do Tribunal de Primeira Instância teria na realidade um alcance muito mais amplo do que aquele que a própria recorrente lhe atribui e equivaleria, no essencial, a afirmar que qualquer holding, operacional ou não e independentemente de qualquer consideração relativa ao nível das suas participações no capital das suas filiais, deve ser considerada responsável pelos actos destas últimas, tendo em conta apenas a sua função de assegurar a unidade de direcção destas. É evidente que a afirmação do Tribunal de Primeira Instância não tem este alcance.

17. Em contrapartida, à luz do contexto em que se situa, a referida asserção deve, em minha opinião, ser considerada limitada às holdings não operacionais e às situações nas quais estão reunidas as condições de aplicação da presunção contra a Elf Aquitaine.

18. Aliás, recordo que resulta de jurisprudência assente que o comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe, designadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa filial não determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicar no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe [10], atendendo em particular aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas [11]. Ora, ao contrário do que a recorrente parece subentender, a função que o Tribunal de Primeira Instância reconhece a uma holding não operacional de assegurar a unidade de direcção das sociedades de um grupo não implica necessariamente uma interferência na política comercial das suas filiais, nomeadamente nos termos exigidos pela jurisprudência recordada acima. Tal interferência deve ser demonstrada e, segundo os princípios aplicáveis na matéria e não contestados pela recorrente, pode ser presumida quando a sociedade-mãe detém a totalidade do capital das suas filiais. Segundo esses mesmos princípios, essa sociedade ou as suas filiais terão sempre a possibilidade de produzir prova em contrário.

19. Do mesmo modo, reconhecer, como faz o Tribunal de Primeira Instância, que a função de uma holding não operacional é assegurar a unidade de direcção das suas filiais não as priva, nem a sociedade-mãe, da possibilidade de produzir a prova de que tal função, pressupondo que se traduz numa interferência na política comercial das sociedades operacionais do grupo, não foi, na realidade, exercida num caso concreto e, assim, tentar ilidir a referida presunção. Com efeito, tal como resulta claramente da jurisprudência recordada acima, essa presunção tem por objecto o *exercício efectivo* de uma influência determinante da sociedade-mãe que detém a totalidade do capital da sua filial no comportamento desta.

20. Daí resulta que, ao contrário do que sustenta a recorrente, a afirmação do n.º 76 do acórdão recorrido não pode ser entendida no sentido de que afirma o carácter inelutável de tal exercício por parte de qualquer holding, operacional ou não, pelo simples facto de ela ter, no seio de um grupo de sociedades, a função de assegurar a unidade de direcção destas sociedades.

21. Na passagem controvertida, o Tribunal de Primeira Instância limita-se, com efeito, a afirmar que não se exclui que, apesar do facto de não intervir directamente no mercado, uma holding não operacional pode exercer uma influência determinante na política comercial das suas filiais, tendo em conta nomeadamente a função de coordenação e de direcção financeira que lhe é própria, e que, portanto, o carácter efectivo desse exercício pode ser presumido dada a participação total ou quase total desta última no capital das suas filiais. Por essa razão, na lógica do raciocínio

10 — V., nesse sentido, acórdãos Imperial Chemical Industries]/Comissão, já referido, n.os 132 e 133; de 14 de Julho de 1972, Geigy/Comissão (52/69, Colect., p. 293, n.º 44); de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão (6/72, Colect., p. 109, n.º 15); Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão, já referido, n.º 26; e Akzo Nobel e o./Comissão, já referido, n.º 58.

11 — V. acórdão Akzo Nobel e o./Comissão, já referido, n.º 58.

do Tribunal de Primeira Instância, não basta invocar a natureza não operacional da sociedade-mãe para ilidir essa presunção, que é sempre uma presunção simples, tal como o Tribunal de Primeira Instância sublinha, aliás, citando a jurisprudência assente dos órgãos jurisdicionais da União noutras passagens do acórdão recorrido, designadamente nos n.os 67 e 82.

22. Resulta das considerações precedentes que a acusação relativa a uma violação das regras relativas à imputabilidade a uma sociedade-mãe das práticas da sua filial pelo facto de o Tribunal de Primeira Instância ter afirmado o carácter inilidível da presunção fundada na detenção pela sociedade-mãe da totalidade do capital da sua filial não é fundada, porque procede de uma leitura errada do acórdão recorrido.

23. É igualmente infundada a acusação relativa a violação do artigo 6.º, n.º 1, Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, porquanto, apesar da falta de desenvolvimento da parte da recorrente, essa acusação só pode ser interpretada no sentido de que parte da mesma premissa errada segundo a qual, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância tornou juridicamente impossível ilidir a referida presunção.

24. Por conseguinte, proponho que o primeiro fundamento de recurso seja considerado totalmente improcedente por infundado.

B — *Quanto ao segundo fundamento, relativo a uma violação do princípio da não discriminação*

25. Através do seu segundo fundamento de recurso, a recorrente sustenta que a afirmação, pelo Tribunal de Primeira Instância, do carácter inilidível da presunção fundada na detenção pela sociedade-mãe da totalidade do capital da sua filial conduz igualmente a uma violação do princípio da não discriminação entre os participantes num acordo, consoante pertencem ou não a um grupo. Uma vez que decorre da mesma leitura do acórdão recorrido – em minha opinião, errada – na qual se baseia o primeiro fundamento de recurso, entendo que o segundo fundamento deve ser considerado igualmente improcedente por infundado.

C — *Quanto ao terceiro fundamento, relativo a violação do princípio da igualdade de tratamento e do direito a um processo equitativo*

26. No quadro do seu terceiro fundamento de recurso, a recorrente sustenta, no essencial, que, em resposta ao seu quinto fundamento de recurso, o Tribunal de Primeira Instância

apenas analisou os argumentos que lhe foram submetidos pela Elf Aquitaine e não por ela própria, violando assim o seu direito a um processo equitativo e o princípio da igualdade de tratamento. O fundamento visa os n.os 122 a 129 do acórdão recorrido.

27. Tal como a Comissão, tenho alguma dificuldade em compreender inteiramente o objecto deste fundamento.

28. Com efeito, os n.os 122 a 129 do acórdão recorrido respondem às acusações que a recorrente suscitou em primeira instância no quadro do seu fundamento relativo a uma falta de fundamentação da decisão. No entanto, ao criticar esses pontos no contexto do presente fundamento de recurso, a recorrente não acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter condenado essa falta de fundamentação da decisão ou de ter interpretado mal o alcance do dever de fundamentação que incumbia à Comissão, mas antes de não ter procedido a uma análise do mérito dos argumentos suscitados pela Atofina a fim de demonstrar a sua autonomia de comportamento no mercado.

29. Nestas circunstâncias, interrogo-me sobre se o referido fundamento satisfaz as condições de clareza exigidas para a sua admissibilidade [12].

30. Quanto ao mérito, e admitindo que o presente fundamento deve ser interpretado no sentido de que acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter condenado a alegada falta de tomada em consideração, pela Comissão, dos elementos de prova apresentados pela Atofina ou a falta de fundamentação da decisão da Comissão de rejeitar a pertinência ou a suficiência desses elementos que afecta a decisão, saliento que, no n.º 127 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância afirma que, «na medida em que a resposta da Comissão dada aos pontos essenciais dos argumentos da Elf Aquitaine […] não é diferente consoante esteja em causa a sociedade-mãe ou a sua filial, esta não tinha de responder em separado aos argumentos avançados pela recorrente». O referido n.º 127 remete para o n.º 75 do acórdão recorrido, em que, após ter verificado, no número anterior, que «os argumentos da recorrente que visam demonstrar a sua autonomia foram igualmente avançados pela sua sociedade-mãe […] para provar a falta do exercício por esta de uma influência determinante na política comercial da sua filial», o Tribunal de Primeira Instância concluiu que, «ao refutar os argumentos apresentados pela sociedade-mãe, a Comissão respondeu globalmente às duas sociedades […]».

31. O Tribunal de Primeira Instância partiu, portanto, claramente da premissa de que os argumentos avançados pela Atofina e pela Elf Aquitaine durante o procedimento administrativo se confundiam e que a análise de uns implicava a dos outros. Ora, há que referir que a recorrente nem sequer tenta contestar o fundamento dessa premissa. Em especial, não precisa quais são os elementos, para além dos apresentados pela Elf Aquitaine,

12 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Janeiro de 2003, Itália/Comissão (C-178/00, Colect., p. I-303, n.º 6), e de 15 de Setembro de 2005, Irlanda/Comissão (C-199/03, Colect., p. I-8027, n.º 50).

especificamente avançados pela Atofina que a Comissão não analisou ou cuja rejeição não fundamentou suficientemente, sem que o Tribunal de Primeira Instância tenha condenado essa omissão ou essa falta de fundamentação.

32. Nestas circunstâncias, e na medida em que deve ser interpretado no sentido referido no n.º 30 *supra*, o presente fundamento deve, portanto, ser considerado infundado.

33. A mesma conclusão impõe-se, em minha opinião, igualmente na hipótese de se entender que o referido fundamento visa acusar o Tribunal de Primeira Instância de não ter apreciado os elementos de prova produzidos pela Atofina no decurso do procedimento administrativo a fim de demonstrar a sua autonomia no mercado. Com efeito, resulta dos n.ºs 76 a 80 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância procedeu a essa análise, ao ter em consideração, designadamente, o argumento relativo à natureza de holding não operacional da Elf Aquitaine (n.º 76), a afirmação que a Atofina nunca implementou, em benefício da Elf Aquitaine, uma política de informação específica no mercado do AMCA (n.º 78), o argumento segundo o qual a actividade do AMCA era menor no seio do grupo Elf Aquitaine (n.º 79) e o facto de as duas sociedades operarem em mercados distintos e não terem ligações entre fornecedores e clientes (n.º 80).

34. Resulta do conjunto das considerações precedentes que, em minha opinião, o terceiro fundamento de recurso, relativo a uma violação do princípio da igualdade de tratamento e do direito a um processo equitativo, não pode ser considerado procedente.

D — *Quanto ao quarto fundamento, relativo a uma violação do princípio da proporcionalidade*

35. Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância violou o princípio da proporcionalidade ao validar o método de cálculo utilizado pela Comissão para determinar a componente da sanção pecuniária relativa à reincidência da Arkema. Esse método implica uma dupla tomada em consideração do volume de negócios da Arkema no cálculo das respectivas bases às quais se aplicam os coeficientes multiplicadores adoptados para a Elf Aquitaine e a Arkema a título de factor de dissuasão. O Tribunal de Primeira Instância não contestou a existência dessa dupla contagem, mas justificou-a pela exigência da Comissão de não se afastar do método de cálculo das Orientações, conferindo a estas últimas, por

conseguinte, uma «força vinculativa absoluta» que elas não possuem.

36. No n.º 198 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância expõe que resulta da decisão que, no momento da infracção, a Elf Atochem já tinha sido objecto de uma decisão anterior da Comissão num processo relativo a um acordo, num período em que a Atofina ainda não era controlada pela Elf Aquitaine (v. n.º 4 *supra*). Por essa razão, a Comissão teve em consideração, em prejuízo da Elf Atochem, a circunstância agravante da reincidência, aumentando em 50% o montante de base da coima que lhe devia ser aplicada [13]. A fim de «isolar» essa componente da sanção, a Comissão adoptou o método de cálculo seguinte, exposto na nota de rodapé 222 da decisão e reproduzida no n.º 199 do acórdão recorrido:

«O aumento devido à reincidência aplica-se apenas à Atofina (Atochem) e não à sociedade-mãe, Elf Aquitaine, porque esta última não controlava a Atofina no momento da infracção. O factor multiplicador aplicado à Elf, 2,5, não está incluído no cálculo. Em vez disso, um factor multiplicador de 1,5, que teria sido aplicado se a Atofina fosse a única destinatária da decisão (dado o seu volume de negócios mundial de 17,8 mil milhões de euros) será utilizado para efeitos [do] cálculo da reincidência. Por conseguinte, uma coima em separado nesse montante será dirigida apenas à Atofina».

37. No n.º 203 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância expõe do seguinte modo o cálculo adoptado pela Comissão para determinar o montante de base hipotético a que foi aplicada a majoração de 50% a título da reincidência da Atofina:

«12 milhões (montante de partida) x 1,5 (coeficiente multiplicador a título da dissuasão determinado tendo em conta o volume de negócios da Arkema) = 18 milhões + 18 milhões x 150%) (aumento a título da duração da infracção) = 45 milhões de euros».

38. Após a aplicação a esse montante do aumento a título da reincidência e da redução de 40% a título do programa de não aplicação ou redução de coimas, o montante da coima finalmente aplicada à Arkema, a título do artigo 2.º, alínea d), da decisão, ascende a 13,5 milhões de euros.

39. Antes de mais, há que salientar que, ao contrário do que a recorrente parece considerar, o volume de negócios da Arkema não

13 — V. n.º 314 da decisão.

foi tido em conta no cálculo das «bases» às quais a Comissão aplicou os coeficientes multiplicadores adoptados a título da dissuasão, respectivamente, para a Elf Aquitaine/Arkema [14] e apenas para a Arkema, mas sim na determinação dos próprios coeficientes multiplicadores. Com efeito, tal como resulta dos n.os 279 e seguintes da decisão, o montante de partida da coima aplicada à Elf Aquitaine/Arkema e da majoração a título da reincidência da Atofina (12 milhões de euros) foi calculado tendo em conta a gravidade da infracção e o peso respectivo das empresas que nela participaram, estimado com base nas suas quotas de mercado. A esse montante de partida foram aplicados factores multiplicadores com vista a assegurar um efeito suficientemente dissuasor da coima. Para a Arkema/Elf Aquitaine, esse factor foi fixado em 2,5 tendo em conta, nomeadamente, o seu volume de negócios mundial de 84,5 mil milhões de euros (n.os 299 e 300 da decisão), ao passo que, só para a majoração a título da reincidência aplicada à Arkema, foi adoptado um factor multiplicador menos elevado, de 1,5, tendo em conta o seu volume de negócios mundial de 17,8 mil milhões de euros (nota de rodapé 222 da decisão).

40. Em seguida, há que salientar, como faz o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 201 do acórdão recorrido, que «nos termos dos n.os 2 e 3 das Orientações, a Comissão, depois de ter determinado o montante de base da coima tendo em consideração a gravidade e a duração da infracção, procede, se for caso disso, a um aumento e a uma diminuição do referido montante a título das circunstâncias agravantes e atenuantes». Os ajustamentos feitos a esse título ao montante de base correspondem normalmente a uma percentagem desse mesmo montante (uma majoração de 50 % do montante de base a título da reincidência e uma redução de 40 % do montante de base a título do programa de não aplicação ou redução de coimas no caso da recorrente). Por conseguinte, o montante dessas majorações ou reduções é susceptível de variar, em termos reais, em função de todos os factores tidos em consideração na determinação do montante de base e, portanto, não apenas da capacidade financeira da empresa (o seu volume de negócios), mas igualmente do papel que desempenha no mercado em causa (as suas quotas de mercado) e, em geral, da gravidade e da duração da infracção.

14 — Recordo que o montante pelo qual a Arkema e a Elf Aquitaine são solidariamente responsáveis foi calculado do seguinte modo: - Montante de partida: 12 milhões (n.º 296 da decisão); - Aplicação do multiplicador de 2.5 (n.º 300 da decisão) ao montante de partida: 30 milhões (montante intermédio não reproduzido na decisão); - Aumento pela duração (mais 150 %) dá o montante de base: 75 milhões (n.º 303 da decisão); - Sem circunstância agravante (nota de rodapé 222 da decisão); - Aplicação do programa de não aplicação ou redução de coimas através de uma redução de 40 % (n.os 340 e 341 da decisão) do montante de base: 45 milhões (n.º 348, terceiro travessão, da decisão).

41. Por conseguinte, seguir a tese da recorrente conduziria a afirmar que qualquer majoração a título de uma circunstância agravante se traduz numa dupla contagem dos

diferentes elementos que compõem o montante de base, o que é inaceitável.

42. Por outro lado, o método seguido no caso vertente pela Comissão, que procedeu a um novo cálculo do montante de base apenas para a Arkema, pretendeu evitar que fosse tomada em consideração, no cálculo de uma majoração da coima de que a Atofina era a única responsável, uma componente (o factor multiplicador aplicado à entidade Arkema/Elf Aquitaine) que não reflecte a situação real dessa empresa. Esse método, que teve por consequência neutralizar relativamente à Arkema a majoração do montante de base devida à maior capacidade financeira da Arkema/Elf Aquitaine, não me parece em si mesmo censurável.

43. No que se refere à escolha dos factores multiplicadores aplicados a título da dissuasão, respectivamente, à Arkema/Elf Aquitaine e apenas à Arkema, a recorrente não contesta a forma como foram determinados, nem o seu nível, limitando-se, no essencial, a afirmar que a sua aplicação conduziu a uma dupla contagem do seu volume de negócios [15].

44. À luz das considerações precedentes, entendo que quer a acusação relativa a uma violação do princípio da proporcionalidade, quer a acusação relativa a um erro de direito pelo facto de o Tribunal de Primeira Instância ter interpretado as Orientações da Comissão no sentido de terem força vinculativa absoluta, devem ser consideradas improcedentes.

45. Por conseguinte, o quarto fundamento de recurso deve, em minha opinião, ser considerado totalmente improcedente por infundado.

15 — A este respeito, recordo, para todos os efeitos, que de acordo com a jurisprudência, embora seja permitido, com vista à determinação da coima, atender ao volume de negócios global da empresa, que constitui uma indicação, ainda que aproximativa e imperfeita, da sua dimensão e do seu poder económico, não se pode atribuir a esse volume uma importância desproporcionada relativamente aos outros elementos de apreciação e, por conseguinte, a fixação de uma coima adequada não pode ser o resultado de um simples cálculo baseado no volume de negócios global, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão (C-397/03 P, Colect., p. I-4429, n.º 100). Aliás, a Comissão não pode, através do recurso exclusivo e mecânico a fórmulas aritméticas precisas, privar-se do seu poder de apreciação na determinação do montante da coima, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Mo och Domsjö/Comissão (C-283/98 P, Colect., p. I-9855, n.º 47).

III — Conclusão

46. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça negue provimento ao recurso e condene a recorrente nas despesas, em conformidade com o artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.