



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
PEDRO CRUZ VILLALÓN  
apresentadas em 17 de julho de 2014<sup>1</sup>

**Processos apensos C-93/13 P e C-123/13 P**

**Comissão Europeia**  
**contra**  
**Versalis SpA**  
**Eni SpA**  
**e**  
**Versalis SpA**  
**Eni SpA**  
**contra**

**Comissão Europeia**

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Mercado da borracha de cloropreno — Decisão que constata uma infração ao artigo 101.º TFUE — Fixação dos preços e repartição do mercado — Imputabilidade do comportamento ilícito de uma filial à sua sociedade-mãe — Coimas — Circunstâncias agravantes — Reincidência»

1. Os presentes recursos têm por objeto o acórdão do Tribunal Geral de 13 de dezembro de 2012, *Versalis e Eni/Comissão*<sup>2</sup>, através do qual este, no essencial, negou provimento ao recurso de anulação da Decisão C (2007) 5910 final da Comissão, de 5 de dezembro de 2007, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (processo COMP/38629 — Borracha de cloropreno)<sup>3</sup>, reduzindo, porém, o montante da coima solidariamente aplicada pela Comissão Europeia à Eni SpA e à Versalis SpA.

2. Estes dois recursos articulam, de modo clássico, um conjunto de fundamentos que contestam, essencialmente, a apreciação que o Tribunal Geral fez da imputação das infrações constatadas às sociedades condenadas, no caso em apreço, a uma coima solidária e da determinação do montante da referida coima.

3. Neste caso concreto, foi a filial de um grupo e a sociedade-mãe que foram consideradas responsáveis pelas infrações constatadas, num contexto em que a atividade em questão tinha sido sucessivamente controlada por várias entidades do grupo. O Tribunal de Justiça teve, porém, recentemente, a ocasião de tomar posição quanto às principais questões associadas a esta problemática, em especial nos processos que deram origem aos acórdãos de 8 de maio de 2013, *Eni/Comissão*<sup>4</sup>, e de 13 de junho de 2013, *Versalis/Comissão*<sup>5</sup>, que apresentam várias semelhanças com os presentes processos, pelo que não lhes consagrarei grandes desenvolvimentos.

1 — Língua original: francês.

2 — T-103/08, EU:T:2012:686, a seguir «acórdão recorrido».

3 — A seguir «decisão impugnada».

4 — C-508/11 P, EU:C:2013:289.

5 — C-511/11 P, EU:C:2013:386.

4. As presentes conclusões concentram-se, pelo contrário, no que pode ser considerado o problema principal suscitado por estes dois processos, o das condições em que a Comissão pode agravar, a título de reincidência, o montante de base da coima aplicada a uma sociedade-mãe, com fundamento numa infração anteriormente constatada relativamente a uma das suas filiais.

## I – Antecedentes do litígio e decisão controvertida

5. Os antecedentes do litígio, bem o conteúdo da decisão impugnada, foram resumidos pelo Tribunal Geral nos n.ºs 1 a 25 do acórdão recorrido, para o qual se remete para mais pormenores.

6. Para efeitos do exame dos presentes recursos, recorda-se apenas que a Polimeri Europa SpA<sup>6</sup>, atualmente Versalis SpA<sup>7</sup>, e a sua sociedade-mãe, Eni SpA, que eram formalmente as destinatárias da decisão impugnada, foram condenadas solidariamente, nos termos dos seus artigos 1.º, alínea d) e 2.º, alínea d), numa coima de 132 160 000 euros por infração do artigo [101.º TFUE] ao participarem, entre 13 de maio de 1993 e 13 de maio de 2002, num acordo único e continuado e em práticas concertadas no setor da borracha de cloropreno.

7. No caso em apreço, a atividade de borracha de cloropreno do grupo Eni, inicialmente explorada pela EniChem Elastomeri, foi transferida para a EniChem, atualmente [confidencial], e seguidamente, a partir de 1 de janeiro de 2002, para a Polimeri Europa, atualmente Versalis, sendo que a EniChem Elastomeri e a Polimeri Europa eram detidas a 100% pela Enichem, por sua vez controlada pela Eni.

8. Como decorre dos considerandos 448 a 455 da decisão impugnada, foi na qualidade de sucessor económico da EniChem que a Polimeri Europa, atualmente Versalis, foi considerada responsável pelo comportamento anterior da EniChem.

9. Como decorre do considerando 457 da decisão impugnada, foi na qualidade de sociedade-mãe final do grupo, que detinha, em parte diretamente e em parte indiretamente, entre 99,93 e 100% do capital das sociedades responsáveis pela atividade borracha de cloropreno do grupo, a saber, a EniChem Elastomeri, a EniChem, atualmente [confidencial], e seguidamente a Polimeri Europa, atualmente Versalis, que a Eni foi condenada, tendo, de resto, outros elementos corroborado o facto de que exercia uma influência determinante sobre as referidas filiais.

## II – Recurso no Tribunal Geral e acórdão recorrido

10. Por petição de 20 de fevereiro de 2008, as recorrentes interpuseram um recurso da decisão impugnada, invocando um total de onze fundamentos, seis dos quais visavam a anulação desta decisão e cinco a supressão ou a redução da coima que lhes tinha sido aplicada.

11. Através do acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou procedente a primeira parte do oitavo fundamento invocado pelas recorrentes, declarando que a decisão impugnada enfermava de ilegalidade na medida em que, por um lado, a Comissão não podia tomar em conta uma circunstância agravante de reincidência no que respeita à Eni e, por outro, não podia tomar em conta uma circunstância agravante de reincidência no que respeita à Polimeri Europa, atualmente Versalis, com base na sua decisão Polipropileno<sup>8</sup> (n.º 287 do acórdão recorrido). Julgou improcedentes os restantes fundamentos invocados, nas suas diferentes partes.

6 — A seguir «Polimeri Europa».

7 — A Eni e a Versalis, recorrentes no processo T-103/08 e recorrentes no recurso a que respeita o processo C-123/13 P, serão subsequentemente designadas «Eni» e «Versalis» ou, de modo geral e por facilidade de linguagem, as «recorrentes», embora sejam recorridas no recurso a que respeita o processo C-93/13 P.

8 — Decisão 86/398/CEE da Comissão, de 23 de abril de 1986, relativa a um processo para aplicação do artigo [81.º CE] (IV/31.149 — Polipropileno) (JO L 230, p. 1).

12. Consequentemente, reduziu o montante da coima aplicada às recorrentes a 106 200 000 euros e condenou-as em quatro quintos das suas despesas e das despesas da Comissão.

13. A fundamentação do acórdão do Tribunal Geral que as partes colocaram em causa no âmbito dos seus recursos será citada, na medida necessária, no decurso da análise dos diferentes fundamentos invocados.

### III – Tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

14. O acórdão recorrido foi objeto de dois recursos.

15. A Comissão interpôs o seu recurso no processo C-93/13 P por petição apresentada em 25 de fevereiro de 2013.

16. A Eni e a Versalis interuseram o seu recurso no processo C-123/13 P por petição apresentada em 15 de março de 2013.

17. Os dois processos foram apensos para efeitos da fase oral e do acórdão.

18. As diferentes partes foram ouvidas na audiência pública realizada em 27 de fevereiro de 2014, onde tinham sido convidadas, por um lado, a concentrar as suas alegações nos diferentes fundamentos relativos à reincidência (primeiro fundamento no processo C-93/13 P e quinto fundamento no processo C-123/13 P) e, por outro, a tomar posição quanto aos acórdãos de 8 de maio de 2013, Eni/Comissão<sup>9</sup>, e de 13 de junho de 2013, Versalis/Comissão<sup>10</sup>.

### IV – Quanto aos recursos

19. No seu recurso no processo C-93/13 P, a Comissão invoca três fundamentos, todos relativos à apreciação pelo Tribunal Geral da legalidade das coimas aplicadas à Eni e à Versalis. No seu recurso no processo C-123/13 P, a Eni e a Versalis invocam oito fundamentos, visando os três primeiros a apreciação pelo Tribunal Geral da qualificação das infrações e os restantes cinco a apreciação pelo Tribunal Geral da legalidade das coimas que lhes foram aplicadas.

20. Os diferentes fundamentos serão examinados seguindo esta dicotomia, pela ordem dos pontos do acórdão recorrido que visam, salientando-se desde já, todavia, que, com exceção do primeiro fundamento invocado pela Comissão no processo C-93/13 P, que requer uma análise substancial, serão todos rejeitados após uma fundamentação sucinta.

### V – Quanto aos fundamentos relativos ao exame pelo Tribunal Geral da legalidade da constatação da infração (processo C-123/13 P)

21. Os três primeiros fundamentos das recorrentes no processo C-123/13 P respeitam à fundamentação do acórdão recorrido do Tribunal Geral no que respeita à infração, mais precisamente a imputação da infração à Eni e à Versalis em aplicação da jurisprudência Akzo Nobel e o./Comissão<sup>11</sup>.

9 — EU:C:2013:289.

10 — EU:C:2013:386.

11 — C-97/08, EU:C:2009:536.

A – *Quanto à imputação da infração à Eni (primeiro fundamento)*

1. Argumentos das partes

22. Através do seu primeiro fundamento, as recorrentes criticam a apreciação feita pelo Tribunal Geral, nos n.ºs 53 a 78 do acórdão recorrido, da imputabilidade à Eni dos comportamentos ilícitos das suas filiais EniChem Elastomeri, EniChem, atualmente [*confidencial*], e Polimeri Europa, atualmente Versalis. Consideram que o Tribunal Geral ignorou, por um lado, os princípios estabelecidos, nomeadamente, pelo acórdão de 10 de setembro de 2009, Akzo Nobel e o./Comissão<sup>12</sup> e, por outro, as obrigações que decorrem da exigência de fundamentação.

23. A Comissão limita-se a propor que o fundamento seja julgado improcedente, remetendo para o acórdão de 8 de maio de 2013, Eni/Comissão<sup>13</sup>, no qual o Tribunal de Justiça julgou improcedente um fundamento análogo invocado num contexto semelhante.

2. Análise

24. Os argumentos das recorrentes não podem proceder. O Tribunal Geral fundamentou suficientemente, nos n.ºs 53 a 78 do acórdão recorrido, as razões pelas quais considerou que a Comissão tinha corretamente considerado a Eni responsável solidariamente com a Polimeri Europa, atualmente Versalis, pelos comportamentos ilícitos cometidos por esta e pela EniChem, atualmente [*confidencial*], durante o período decorrido entre 13 de maio de 1993 e 13 de maio de 2002. Limito-me, a este respeito, a remeter para a fundamentação do acórdão de 8 de maio de 2013, Eni/Comissão<sup>14</sup>, em que o Tribunal de Justiça julgou improcedentes argumentos da mesma natureza invocados num contexto semelhante, já que as recorrentes não avançaram qualquer elemento que justifique que o Tribunal de Justiça se afaste da fundamentação adotada nesse acórdão.

B – *Quanto à imputação da infração à Versalis (segundo fundamento)*

1. Argumentos das partes

25. As recorrentes alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao imputar à Versalis uma infração quanto às atividades relativas à borracha de cloropreno no período decorrido entre 13 de maio de 1993 e 31 de dezembro de 2001<sup>15</sup>, na medida em que tais atividades eram, nessa altura, da responsabilidade exclusiva da EniChem, atualmente [*confidencial*]. Consideram que o Tribunal Geral ignorou, por um lado, o princípio da personalidade das sanções e, por outro, as obrigações que decorrem da exigência de fundamentação.

26. A Comissão observa que o segundo fundamento das recorrentes respeita a uma apreciação da matéria de facto que não é abrangida pela fiscalização do Tribunal de Justiça num recurso de uma decisão do Tribunal Geral e deve, portanto, ser julgado inadmissível, já que as recorrentes não invocaram uma desvirtuação dos factos. A Comissão alega que, de qualquer modo, as recorrentes alteram o alcance da jurisprudência do Tribunal de Justiça que invocam.

12 — EU:C:2009:536.

13 — EU:C:2013:289, n.ºs 64 a 70.

14 — *Ibidem* (n.ºs 60 a 77).

15 — As recorrentes contestam, porém, no âmbito do terceiro fundamento, o período de infração definido deste modo, sendo este, no máximo, de fevereiro de 1994 a outubro de 2000.

## 2. Análise

27. Os argumentos das recorrentes não podem proceder. O Tribunal Geral fundamentou suficientemente, nos n.ºs 89 a 99 do acórdão recorrido, as razões pelas quais considerou que a Comissão tinha corretamente imputado os comportamentos ilícitos cometidos pela EniChem, atualmente [confidencial], à Versalis, sem ignorar a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça<sup>16</sup>. Limite-me, a este respeito, a remeter para a fundamentação do acórdão Versalis/Comissão de 13 de junho de 2013<sup>17</sup>, em que o Tribunal de Justiça julgou improcedentes argumentos da mesma natureza invocados num contexto semelhante, já que as recorrentes não avançaram qualquer elemento que justifique que o Tribunal de Justiça se afaste da fundamentação adotada nesse acórdão.

### *C – Quanto à prova da participação da EniChem no cartel e à duração da infração (terceiro fundamento)*

#### 1. Argumentos das partes

28. As recorrentes alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito e desvirtuou os factos e as provas ao considerar que tinham participado no cartel entre maio de 1993 e fevereiro de 1994 e entre outubro de 2000 e maio de 2002. Em especial, o Tribunal Geral teria, erradamente, no n.º 173 do acórdão recorrido, aceite a conclusão da Comissão segundo a qual o início da participação da EniChem no cartel podia ser fixado na data da reunião realizada em Florença em 12 ou 13 de maio de 1993, na medida em que não se tinha distanciado publicamente do acordo sobre os mercados visados que nela teria sido celebrado. O Tribunal Geral teria também concluído, erradamente, que as duas reuniões, realizadas em Leverkusen em 23 de abril de 2002 e em Nápoles em 13 de maio de 2002, eram de carácter anticoncorrencial.

29. A fundamentação do acórdão seria também incorreta ou, pelo menos, insuficiente. As recorrentes pedem, conseqüentemente, ao Tribunal de Justiça que examine novamente as acusações da Comissão e que limite a duração da participação na infração ao período de fevereiro de 1994 a outubro de 2000.

30. A Comissão propõe que o fundamento seja julgado inadmissível.

## 2. Análise

31. O terceiro fundamento deve ser julgado inadmissível na medida em que as recorrentes, ao reproduzirem em grande medida os argumentos apresentados em primeira instância, contestam, essencialmente, a apreciação feita pelo Tribunal Geral dos elementos de facto e de prova tomados em consideração pela Comissão para determinar a data do início e do fim da sua participação no cartel (n.ºs 147 a 204 do acórdão recorrido), sem indicar de modo preciso os elementos que teriam sido, deste modo, desvirtuados pelo Tribunal Geral, nem demonstrar os erros de análise que, na sua apreciação, o teriam levado a tal desvirtuação<sup>18</sup>.

16 — Em especial, acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colet., EU:C:2004:6, n.ºs 354 a 359); ETI e o. (C-280/06, Colet., EU:C:2007:775), e ThyssenKrupp Nirosta/Comissão (C-352/09 P, Colet., EU:C:2011:191, n.ºs 143 a 157).

17 — EU:C:2013:386, n.ºs 51 a 60.

18 — V., a este respeito, nomeadamente, acórdãos Lafarge/Comissão (C-413/08 P, Colet., EU:C:2010:346, n.ºs 15 a 17); e Caffaro/Comissão (C-447/11 P, EU:C:2013:797, n.º 25).

32. Limito-me a observar que, no caso em apreço, o Tribunal Geral declarou (n.º 168 do acórdão recorrido) que a Comissão tinha podido considerar, corretamente, que a participação da EniChem no cartel tinha começado a partir da reunião de Florença de 12 ou 13 de maio de 1993, baseando-se, entre outros elementos não contestados, no facto de a EniChem ter sido tomada em conta no acordo celebrado e de não se ter distanciado do mesmo. Ora, as recorrentes, que não apresentam o menor elemento suscetível de demonstrar que a EniChem se tinha efetivamente distanciado publicamente do acordo celebrado na referida reunião<sup>19</sup>, não indicam de que modo esta constatação proviria de uma desvirtuação de elementos de facto ou de prova.

## VI – Quanto aos fundamentos relativos ao exame pelo Tribunal Geral da legalidade das coimas (processos C-93/13 P e C-123/13 P)

### A – Quanto à fixação do montante de base da coima (quarto fundamento no processo C-123/13 P)

#### 1. Argumentos das partes

33. O quarto fundamento das recorrentes, composto por duas partes, visa a apreciação feita pelo Tribunal Geral da determinação pela Comissão do montante de base da coima que lhes foi aplicada. No âmbito da primeira parte, alegam, referindo-se aos n.ºs 239 e 240, 242, 247 e 249 do acórdão recorrido, que o Tribunal Geral violou o direito da União, nomeadamente os princípios da equidade, da proporcionalidade e da igualdade de tratamento, ao não exercer a sua competência de plena jurisdição sobre os elementos que apresentaram para contestar a determinação pela Comissão do montante de base do montante adicional da coima. O Tribunal Geral teria, em especial, descurado as críticas das recorrentes relativas à não aplicação pela Comissão do ponto 18 das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>20</sup>. No âmbito da segunda parte do fundamento, as recorrentes alegam, remetendo, a este respeito, para o seu terceiro fundamento, que o coeficiente multiplicador da duração, previsto no ponto 24 das orientações, devia ter sido reduzido a 6,75, correspondente aos 6 anos e 9 meses de participação efetiva da Versalis na infração.

34. A Comissão considera que este fundamento, que se limita a remeter globalmente para os argumentos formulados em primeira instância, deve ser julgado inadmissível.

#### 2. Análise

35. A primeira parte do fundamento das recorrentes deve ser julgada inadmissível na medida em que visa, na realidade, obter um mero reexame da petição apresentada no Tribunal Geral, o que, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, escapa à competência deste<sup>21</sup>. Basta observar, a este respeito, que as recorrentes remetem de um modo geral para a sua petição em primeira instância, evocando certos elementos que não teriam sido tomados em conta pelo Tribunal Geral, sem explicar, porém, os erros de direito de que a sua apreciação enfermaria nem contestar a interpretação nem a aplicação do direito da União por ele feita<sup>22</sup>. A crítica relativa à não aplicação do ponto 18 das

19 — V., a este respeito, acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão (EU:C:2004:6, n.ºs 81 a 85); Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colet., EU:C:2005:408, n.ºs 142 a 144); Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão (C-403/04 P e C-405/04 P, Colet., EU:C:2007:52, n.ºs 47 e 48); e Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, Colet., EU:C:2009:166, n.ºs 119 e 120).

20 — JO 2006, C 210, p. 2, a seguir «Orientações de 2006».

21 — V., nomeadamente, acórdão Volkswagen/Comissão (C-338/00 P, Colet., EU:C:2003:473, n.º 47).

22 — V., nomeadamente, acórdão E.ON Energie/Comissão (C-89/11 P, Colet., EU:C:2012:738, n.ºs 112 a 114).

orientações deve igualmente ser julgada inadmissível, na medida em que as recorrentes se limitam a alegar, o que a Comissão contesta, que a suscitaram na audiência no Tribunal Geral. Por outro lado, tendo em conta a resposta que se propõe quanto ao terceiro fundamento, há igualmente que julgar inadmissível a segunda parte do fundamento.

## B – Quanto à qualificação da reincidência da Eni (primeiro fundamento no processo C-93/13 P)

### 1. Fundamentação do acórdão recorrido

36. O Tribunal Geral declarou, no n.º 275 do acórdão recorrido, que a infração constatada no artigo 1.º da decisão impugnada não podia ser considerada uma reincidência no que respeita à Eni. Resulta, essencialmente, da fundamentação do acórdão recorrido (n.ºs 268 a 275) que duas ordens de considerações justificam, simultaneamente, esta conclusão.

37. A primeira consiste em que, nas suas decisões Polipropileno e PVC II<sup>23</sup>, a Comissão não tinha «alegado nem provado» que as sociedades visadas por estas últimas, a saber, Anic SpA e EniChem, não tinham determinado de modo autónomo o seu comportamento no mercado em questão durante os períodos de infração e que constituíam, portanto, uma unidade económica juntamente com a Eni (n.º 272 do acórdão recorrido). Consequentemente, a Eni não tinha sido sancionada nem tinha sequer sido destinatária de uma comunicação de acusações (n.ºs 272 e 274).

38. A segunda consiste em que a Eni, como sociedade-mãe, não tinha podido demonstrar que não constituía uma unidade económica juntamente com as duas empresas sancionadas pelas referidas decisões. A Eni não podia, portanto, ser considerada responsável pela infração anterior, sem que fossem violados os seus direitos de defesa, mais precisamente o seu direito de contestar a existência eventual de uma unidade económica juntamente com as duas empresas sancionadas (n.ºs 273 e 274 do acórdão recorrido).

39. O Tribunal Geral declarou, porém, no n.º 276 do acórdão recorrido, que a circunstância de não poder ser constatada qualquer reincidência no que respeita à Eni não podia, em si, implicar a anulação da decisão impugnada ou a redução da coima aplicada, dado que uma constatação de reincidência no que respeita à Polimeri Europa, atualmente Versalis, podia justificar o aumento do montante da coima a título da reincidência.

### 2. Argumentos das partes

40. No âmbito do seu primeiro fundamento no processo C-93/13 P, que se divide em duas partes, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao constatar que a Comissão tinha erradamente aumentado o montante de base da coima aplicada à Eni a título de reincidência. A Comissão visa, muito especialmente, os n.ºs 271 a 274 do acórdão recorrido.

41. No âmbito da primeira parte deste fundamento, a Comissão alega que o Tribunal Geral violou o princípio do respeito dos direitos de defesa para efeitos da constatação da reincidência, ao considerar, essencialmente, que a reincidência não podia ser tomada em conta no que respeita à Eni dado que esta não tinha tido a possibilidade de ilidir a presunção do controlo total que exercia sobre as empresas destinatárias das decisões Polipropileno e PVC II.

23 — Decisão 94/599/CE da Comissão, de 27 de julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/31.865 — PVC) (JO L 239, p. 14, a seguir «Decisão PVC II»).

42. A Comissão considera, referindo-se ao acórdão *Shell Petroleum e o./Comissão*<sup>24</sup> do Tribunal Geral, que os direitos de defesa são garantidos dado que, no momento em que comunica a sua intenção de constatar a reincidência, confere às partes a possibilidade de demonstrar que as respetivas condições não estão preenchidas. Foi o que se passou no caso em apreço. O n.º 416 da comunicação de acusações chamava precisamente a atenção dos seus destinatários para o ponto 28, primeiro travessão, das orientações de 2006, relativo à reincidência, referindo-se a nota de rodapé 483, a este respeito, às decisões PVC II e Polipropileno. Ora, a Eni não teria tentado nem ilidir a presunção de influência determinante que exercia sobre as empresas destinatárias das decisões Polipropileno e PVC II, nem, atendendo ao tempo decorrido após a adoção destas duas decisões, invocar a impossibilidade de apresentar provas pertinentes a este respeito.

43. A Comissão acrescenta que a reincidência não tem como objeto punir retroativamente uma primeira infração, mas simplesmente retirar consequências de uma nova infração cometida por uma empresa.

44. No âmbito da segunda parte do seu primeiro fundamento, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu também, em qualquer caso, uma violação manifesta do artigo 101.º TFUE, ao declarar que a Comissão não podia atribuir à Eni a responsabilidade por uma infração cometida no passado, pela qual não tinha sido punida. A constatação de uma reincidência não se baseia na imposição de uma sanção pecuniária prévia, mas apenas na constatação da existência de uma infração anterior.

45. Ora, no caso em apreço, a reincidência da Eni não tinha sido tomada em consideração pelo facto de a mesma ter sido «julgada responsável por uma infração anterior» mas porque controlava a 100% uma filial que tinha sido anteriormente condenada numa coima e a empresa que constitui com esta última tinha cometido uma nova infração, a qual deve dar origem a uma coima que deve ser agravada a título da reincidência.

46. A Eni alega, em contrapartida, que não pode ser considerada reincidente, dado que nunca fez parte dos processos Polipropileno e PVC II, que não era destinatária das decisões de infração, nem sequer nelas referida, que não recebeu pedidos de informações nem comunicações de acusações e que nem nunca foi ouvida no âmbito de uma audição. A imputação *ex post* de uma responsabilidade por reincidência com base numa presunção que ela nunca pôde contestar seria incompatível com o princípio do respeito dos direitos de defesa, como o Tribunal Geral constatou.

### 3. Análise

47. Há que recordar, antes de mais, que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as instituições da União não têm que demonstrar um interesse para poderem interpor recurso de um acórdão do Tribunal Geral<sup>25</sup>. Consequentemente, o facto de o primeiro fundamento do recurso da Comissão visar a fundamentação do acórdão recorrido, através do qual o Tribunal Geral constatou o erro cometido por esta ao constatar a reincidência da Eni no artigo 1.º da decisão impugnada, sem anular, todavia, a referida decisão, não pode levar o Tribunal de Justiça a declarar tal recurso inadmissível por falta de interesse em agir.

24 — T-343/06, Colet., EU:T:2012:478, n.º 275.

25 — V. acórdão Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colet., EU:C:1999:356, n.ºs 171 e 172).

48. Apresentada esta explicação, convém, antes de examinar a procedência do fundamento invocado pela Comissão, recordar sucintamente a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça no que respeita à reincidência no direito da concorrência da União<sup>26</sup> e delimitar bem os termos do problema suscitado pelo presente processo. Como acabámos de ver, o processo respeita ao caso particular da constatação da reincidência no contexto de infrações sucessivas cometidas pelas sociedades de um grupo, mais precisamente a situação específica em que a reincidência de uma sociedade-mãe é constatada apenas com base no comportamento anterior de uma das suas filiais.

a) Observações preliminares quanto às especificidades da constatação da reincidência no contexto de infrações sucessivas cometidas pelas sociedades de um grupo

49. O montante da coima que a Comissão, nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º<sup>27</sup>, pode aplicar às empresas ou às associações de empresas que cometam, deliberadamente ou por negligência, uma infração aos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE, é fixado em função da gravidade da infração e, eventualmente, da sua duração<sup>28</sup>.

50. A reincidência é um dos elementos que, segundo jurisprudência reiterada tanto do Tribunal de Justiça<sup>29</sup> como do Tribunal Geral, deve ser tomado em conta na análise da infração, a título de circunstância agravante<sup>30</sup>. Constando agora das orientações<sup>31</sup>, a reincidência é uma circunstância agravante suscetível de justificar um aumento do montante de base da coima aplicada a qualquer empresa julgada culpada de ter cometido ou repetido um infração idêntica ou semelhante a uma infração anterior constatada pela Comissão ou por uma autoridade nacional de concorrência.

51. A constatação e a apreciação das características específicas de uma reincidência, que visa incitar as empresas que tenham manifestado uma propensão para infringir as regras da concorrência a alterar a sua conduta<sup>32</sup>, inserem-se no poder de apreciação da Comissão, no que respeita à escolha dos elementos a tomar em consideração para efeitos da determinação do montante das coimas<sup>33</sup>.

52. Para além destas explicações, o Tribunal de Justiça nunca definiu verdadeiramente de modo mais aprofundado, o conceito de reincidência, ao contrário do Tribunal Geral.

26 — V., a este respeito, nomeadamente, Piernas López, J. J., «The aggravating Circumstance of Recidivism and the Principle of Legality in the EC Fining Policy: nulla poena sine lege?», *World Competition*, 2006, vol. 29, n.º 3, p. 441; Bosco et al., «Ombres et lumières du traitement de la récidive par le droit des pratiques anticoncurrentielles», *Concurrences*, 2010, n.º 4, p. 13; nomeadamente Barennes, M. e Wolf, G., «Cartel Recidivism in the Mirror of EU Case Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, setembro de 2011; e Wils, W. P. J., «Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition*, 2012, vol. 35, n.º 1.

27 — JO 2003, L 1, p. 1. Anteriormente, artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204, EE 08 F1 p. 22).

28 — V., nomeadamente, acórdão Ferriere Nord/Comissão (C-219/95 P, EU:C:1997:375, n.º 32).

29 — V. acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão (EU:C:2004:6, n.º 91); Groupe Danone/Comissão (C-3/06 P, Colet., EU:C:2007:88, n.º 26); e Lafarge/Comissão (EU:C:2010:346, n.º 63).

30 — Acórdão SGL Carbon/Comissão (C-308/04 P, Colet., EU:C:2006:433, n.º 71).

31 — V. ponto 2 das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações de 1998») e ponto 28 das Orientações de 2006.

32 — V., nomeadamente, acórdão Groupe Danone/Comissão (EU:C:2007:88, n.º 39).

33 — V., nomeadamente, acórdão Ferriere Nord/Comissão (EU:C:1997:375, n.º 33).

53. Segundo a definição mais comum<sup>34</sup> por este utilizada, «a noção de reincidência, tal como esta é entendida num certo número de ordens jurídicas nacionais, implica que uma *pessoa* tenha cometido novas infrações após ter sido *punida* por infrações semelhantes»<sup>35</sup>.

54. O Tribunal de Justiça<sup>36</sup> declarou, todavia, confirmando a jurisprudência do Tribunal Geral quanto a este aspeto<sup>37</sup>, que «o conceito de reincidência não implica necessariamente a existência de uma sanção pecuniária prévia, mas apenas a de uma infração ao direito comunitário da concorrência».

55. Consequentemente, de modo muito esquemático, qualquer constatação de reincidência em direito da concorrência da União pressupõe a repetição de uma mesma infração (identidade de infração) por um mesmo autor (identidade de autor).

56. A constatação da reincidência de empresas detidas por sociedades que façam parte de um grupo de sociedades apresenta, porém, algumas especificidades, como o presente processo demonstra. Este processo ilustra, com efeito, as dificuldades que podem decorrer da apreciação da condição da reincidência relativa à identidade do autor, não em geral mas no caso particular em que as infrações sucessivas ao direito da concorrência são imputáveis a diferentes sociedades de um mesmo grupo, sendo que a relativa à semelhança das infrações não está aqui em questão.

57. Por conseguinte, os desenvolvimentos que se seguem não respeitam às condições da constatação da reincidência em geral, mas apenas à admissibilidade da prática da Comissão<sup>38</sup> que consiste em aumentar, a título da circunstância agravante da reincidência, o montante de base da coima aplicada a uma sociedade que faça parte de um grupo de sociedades por infração às regras da concorrência, explorando o conceito extensivo de empresa como unidade económica, na aceção da jurisprudência Akzo Nobel<sup>39</sup>.

58. Limite-me a recordar, a este respeito, que, em conformidade com esta jurisprudência, o comportamento ilícito de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe, nomeadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa filial «não determine de forma autónoma» o seu comportamento no mercado, mas aplique, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, tendo especialmente em conta os vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas.

59. Admite-se, assim, que, no caso particular em que uma sociedade-mãe detém a totalidade ou quase totalidade do capital da filial, pode exercer uma influência determinante sobre o comportamento desta e que existe uma presunção ilidível segundo a qual exerce efetivamente uma influência determinante sobre o comportamento da filial. Nestas 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 sobre a política comercial desta filial e para considerar a sociedade-mãe solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à filial, salvo se essa sociedade-mãe, a quem compete ilidir tal presunção, apresentar elementos de prova suficientes suscetíveis de demonstrar que a filial se comporta de forma autónoma no mercado.

34 — V., nomeadamente, acórdãos Thyssen Stahl/Comissão (T-141/94, Colet., EU:T:1999:48, n.º 617); Michelin/Comissão (T-203/01, Colet., EU:T:2003:250, n.º 284); Shell Petroleum e o./Comissão (T-38/07, EU:T:2011:355, n.º 91); Eni/Comissão (T-39/07, Colet., EU:T:2011:356, n.º 162); ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Comissão (T-144/07, T-147/07 a T-150/07 e T-154/07, EU:T:2011:364, n.º 308), bem como Saint-Gobain Glass France e o./Comissão (T-56/09 e T-73/09, Colet., EU:T:2014:160, n.º 305).

35 — Pode observar-se que, no seu acórdão Shell Petroleum e o./Comissão (EU:T:2012:478, n.º 247), o Tribunal Geral declarou que «[o] conceito de reincidência deve ser entendido como referindo-se aos casos em que a mesma *empresa*, após ter sido punida por uma infração, comete outra semelhante», o que não é a mesma coisa.

36 — Acórdão Groupe Danone/Comissão (EU:C:2007:88, n.º 41).

37 — Acórdãos Groupe Danone/Comissão (T-38/02, Colet., EU:T:2005:367, n.º 363) e BPB/Comissão (T-53/03, Colet., EU:T:2008:254, n.º 387).

38 — O que designarei, subseqüentemente, por «prática decisória controvertida da Comissão».

39 — V., nomeadamente, acórdãos Akzo Nobel e o./Comissão (EU:C:2009:536, n.ºs 54, 55 e 58) bem como Comissão/Siemens Österreich e o. (C-231/11 P a C-233/11 P, Colet., EU:C:2014:256, n.ºs 41 a 48 e jurisprudência referida).

60. As três principais situações teoricamente possíveis nesta perspetiva podem ser apresentadas do seguinte modo. Em primeiro lugar, pode ser tomada em conta uma infração anterior da filial de um grupo para determinar a reincidência relativamente a outra filial desse grupo. Seguidamente, pode ser tomada em conta uma infração anterior da filial de um grupo para determinar a reincidência relativamente à sociedade-mãe do grupo, em consequência do comportamento da mesma filial ou de outra filial do grupo. Por fim, pode ser tomada em conta uma infração anterior da filial de um grupo para determinar a reincidência relativamente à sociedade-mãe do grupo<sup>40</sup>, sendo esta punida pelo seu próprio comportamento<sup>41</sup>. É esta última hipótese que se verifica no presente processo.

61. O que aproxima estas três hipóteses, e se encontra no âmago do presente litígio, é o facto de, ao explorar o conceito de empresa como unidade económica, a Comissão poder agravar a sanção aplicada a uma sociedade-mãe, baseando-se numa infração anterior cometida por uma empresa pela qual é responsável uma filial por ela controlada, quando essa sociedade-mãe não teria sido sancionada por essa primeira infração e se teria mantido completamente transparente no âmbito do processo que levou à adoção dessa primeira decisão.

62. O Tribunal Geral teve a oportunidade, em várias ocasiões, de examinar a legalidade desta prática decisória da Comissão. A sua posição oscilou, de um modo geral, entre três orientações, sendo que a primeira a admite, em princípio<sup>42</sup>, abrindo assim o caminho ao desenvolvimento da prática decisória controvertida da Comissão, a segunda a rejeita com fundamento, essencialmente, na violação de uma obrigação de fundamentação muito rigorosa<sup>43</sup> e a terceira a rejeita, em princípio<sup>44</sup>, por razões relativas, essencialmente, ao respeito dos direitos de defesa das sociedades-mães consideradas reincidentes em tais condições.

63. Até à data, o Tribunal de Justiça só teve uma ocasião de examinar a apreciação pelo Tribunal Geral da prática decisória da Comissão. Nos seus recentes acórdãos *Eni/Comissão*<sup>45</sup> e *Versalis/Comissão*<sup>46</sup>, proferidos posteriormente ao acórdão recorrido, confirmou os acórdãos *Eni/Comissão*<sup>47</sup> e *Polimeri Europa/Comissão*<sup>48</sup> do Tribunal Geral que anulavam uma decisão que determinava a reincidência de uma sociedade-mãe em circunstâncias semelhantes, ou mesmo idênticas, às do caso em apreço. O Tribunal de Justiça declarou, essencialmente, que, quando a Comissão decide aplicar uma coima a uma sociedade por infração às regras concorrência e aumentar, a título de reincidência, o montante de base dessa coima, incumbe-lhe «fornecer, com a decisão que aplica a referida coima [<sup>49</sup>], uma

40 — O inverso, que consiste em tomar em conta a infração anterior da sociedade-mãe de um grupo para provar a circunstância agravante da reincidência quanto à filial de tal grupo, seria também, teoricamente, possível; neste sentido, Bernardeau, L. e Christienne, J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence, Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du Droit de l'Union*, Larcier, 2013, n.º I.270.

41 — Esta apresentação esquemática não toma em conta, evidentemente, elementos de complexidade resultantes da evolução da estrutura jurídica de um grupo de sociedades, entre a constatação e a sanção de duas infrações.

42 — V. acórdãos *Michelin/Comissão* (T-203/01, Colet., EU:T:2003:250, n.º 290) e *Shell Petroleum e o./Comissão* (EU:T:2012:478).

43 — V. acórdãos *Eni/Comissão* (T-39/07, Colet., EU:T:2011:356, n.ºs 161 a 171); e *Polimeri Europa/Comissão* (T-59/07, Colet., EU:T:2011:361, n.ºs 293 a 303). O Tribunal de Justiça confirmou, estes dois acórdãos, respetivamente, nos seus acórdãos *Eni/Comissão* (EU:C:2013:289) e *Versalis/Comissão* (EU:C:2013:386), que adiante se examinam.

44 — V. acórdãos *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Comissão* (EU:T:2011:364, n.ºs 308, 319-320, 322) e *Saint-Gobain Glass France e o./Comissão* (EU:T:2014:160, n.ºs 317-320). O recurso interposto do acórdão *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Comissão* foi cancelado por despacho de 8 de maio de 2012, *ThyssenKrupp Elevator CENE* (anteriormente *ThyssenKrupp Aufzüge*) e *ThyssenKrupp Fahrtreppen/Comissão* (C-503/11 P, EU:C:2012:277).

45 — EU:C:2013:289, n.º 129.

46 — EU:C:2013:386, n.º 142.

47 — EU:T:2011:356.

48 — EU:T:2011:361.

49 — Há que observar, a este respeito, que embora o Tribunal de Justiça se refira apenas à fundamentação da decisão que aplica a coima e constata a reincidência, toma em conta, todavia, no âmbito da fiscalização que exerce em cada caso concreto, a fundamentação da comunicação de acusações (v. acórdãos *Eni/Comissão*, EU:C:2013:289, n.º 130, e *Versalis/Comissão*, EU:C:2013:386, n.º 143), uma subtilidade a qual terei ocasião de voltar.

exposição que permita aos órgãos jurisdicionais da União e a esta sociedade compreender em *que qualidade e em que medida* esteve implicada na infração anterior». Incumbe-lhe, em especial, quando considera que a referida sociedade fez parte da empresa destinatária da decisão que versou sobre a infração anterior, fundamentar suficientemente esta afirmação.

64. Nestes dois acórdãos, o Tribunal de Justiça considerou que a decisão impugnada, que aplicava à sociedade-mãe de um grupo de sociedades uma coima cujo montante de base tinha sido agravado por reincidência em circunstâncias muito semelhantes às do caso em apreço, não era suficientemente fundamentada, dado que as indicações que continha não permitiam de modo algum compreender *em que qualidade e em que medida* a referida sociedade-mãe, que não figurava entre os destinatários das anteriores decisões Polipropileno e PVC II, teria estado implicada nessas decisões<sup>50</sup>.

65. Pode deduzir-se destes acórdãos que o Tribunal de Justiça não exclui, em princípio, a possibilidade de a Comissão proceder à aplicação da circunstância agravante da reincidência em circunstâncias como as do caso em apreço, subordinando, porém, a admissibilidade desta prática à condição de a decisão que constata a segunda infração e determina a reincidência quanto à sociedade-mãe respeitar, pelo menos, as exigências precisas de fundamentação que o Tribunal de Justiça estabelece. Há que observar que, deste modo, é na fase da adoção da decisão que determina a reincidência e constata a segunda infração que o Tribunal de Justiça se coloca para analisar a situação, e não na fase da adoção da decisão que constata a primeira infração, como o fez o Tribunal Geral no acórdão recorrido.

b) Incompatibilidade da abordagem do Tribunal Geral com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e solução do presente recurso

66. É à luz dos desenvolvimentos precedentes que há que examinar o primeiro fundamento da Comissão, no âmbito do qual alega, essencialmente, que, ao contrário do que o Tribunal Geral declarou, a reincidência pode ser considerada relativamente à sociedade-mãe de um grupo de sociedades sem que exista qualquer sanção anterior imposta à mesma, desde que se demonstre que formava, juntamente com outra sociedade anteriormente sancionada, uma unidade económica e que tivesse tido a oportunidade, durante a adoção da segunda decisão que constata a reincidência, de ilidir a presunção de que exercia efetivamente uma influência determinante sobre a sociedade anteriormente sancionada.

67. Saliento desde já que se afigura claramente que o acórdão recorrido, que se inscreve no desenvolvimento da terceira e última linha da jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Geral, ao excluir, em princípio, qualquer constatação de reincidência em circunstâncias como as do caso em apreço, não é compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

68. Os erros de direito cometidos pelo Tribunal Geral, que poderiam justificar a anulação do acórdão recorrido, não implicam, todavia, que o recurso da Comissão mereça provimento, nem que o acórdão do Tribunal Geral deva ser anulado, se a parte decisória do acórdão se afigurar justificada com base noutros fundamentos jurídicos<sup>51</sup>.

50 — Note-se que o Tribunal Geral, por seu lado, tinha declarado que a decisão impugnada não continha suficientes elementos pormenorizados e precisos que permitissem justificar que uma mesma empresa tivesse repetido um comportamento ilícito, o que não é exatamente o mesmo; v. acórdãos Eni/Comissão (EU:T:2011:356, n.º 171) e Polimeri Europa/Comissão (EU:T:2011:361, n.º 303).

51 — V., nomeadamente, acórdãos Lestelle/Comissão (C-30/91 P, Colet., EU:C:1992:252, n.º 28); e Finsider/Comissão (C-320/92 P, Colet., EU:C:1994:414, n.º 37).

69. Ora, a apreciação do Tribunal Geral, segundo a qual a Comissão não podia tomar em conta a circunstância agravante da reincidência quanto à Eni, parece, antes de mais, justificada, atendendo, precisamente, às exigências estabelecidas pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos Eni/Comissão<sup>52</sup> e Versalis/Comissão<sup>53</sup>. Afigura-se, sobretudo, justificada à luz das exigências que decorrem da garantia dos direitos de defesa da sociedade-mãe sancionada por reincidência em circunstâncias como as do caso em apreço, aspeto quanto ao qual o Tribunal de Justiça não teve ainda ocasião de se pronunciar.

i) Incompatibilidade da abordagem do Tribunal Geral com a jurisprudência do Tribunal de Justiça

70. Resulta do acórdão recorrido que, essencialmente, não era possível tomar em conta a reincidência da sociedade-mãe nas circunstâncias do caso em apreço, ou seja, numa hipótese em que foi uma filial da referida sociedade-mãe que foi objeto de uma primeira sanção por infração às regras da concorrência, sem violar *automaticamente* os seus direitos de defesa. Com efeito, em tal situação, a sociedade-mãe não podia estar em condições, «no momento da infração anterior»<sup>54</sup>, de ilidir a presunção de que exercia efetivamente uma influência determinante sobre a filial sancionada. Esta impossibilidade da sociedade-mãe de assegurar a sua defesa resulta da circunstância de não ter sido destinatária da decisão que constatava a primeira infração, de não ter sido sancionada por esta infração e de não ter recebido a comunicação de acusações no âmbito desta constatação<sup>55</sup>.

71. Decorre, assim, do acórdão recorrido que a reincidência de uma pessoa coletiva não pode ser constatada sem que essa pessoa tenha sido anteriormente objeto de uma sanção. Qualquer constatação de reincidência está, assim, subordinada não só à imputação de duas infrações semelhantes sucessivas à mesma *empresa* como também à sanção efetiva da mesma *pessoa* por tais infrações. O conceito de reincidência implica, portanto, a sanção efetiva da mesma *pessoa* por duas infrações semelhantes sucessivas<sup>56</sup>.

72. A abordagem geral da reincidência assim defendida pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido entra, deste modo, fundamentalmente, em contradição direta com o que o Tribunal de Justiça declarou no seu acórdão Groupe Danone/Comissão<sup>57</sup>. Em qualquer caso, já não é compatível com a adotada pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos Eni/Comissão<sup>58</sup> e Versalis/Comissão<sup>59</sup>.

73. Com efeito, resulta destes acórdãos que a constatação de uma reincidência numa situação como a do caso em apreço não pode ser excluída, por princípio, desde que seja acompanhada das garantias necessárias e seja, nomeadamente, subordinada ao respeito de uma obrigação precisa de fundamentação. Daqui decorre, em termos mais amplos, que não é na fase da adoção da primeira decisão de infração que devem ser resolvidas as dificuldades suscitadas por tal constatação, em especial no que concerne ao respeito dos direitos de defesa, como o Tribunal Geral entendeu, mas na fase da adoção da segunda decisão de infração, como a Comissão alegou.

52 — EU:C:2013:289.

53 — EU:C:2013:386.

54 — V. n.º 274, *in fine*, do acórdão recorrido.

55 — O Tribunal Geral salienta igualmente que a Eni não tinha sido ouvida no âmbito do procedimento administrativo que conduziu à adoção das decisões que constatarem as primeiras infrações, v. n.º 272 do acórdão recorrido, *in fine*.

56 — Há que observar, sem entrar, todavia, em pormenores, que, no seu posterior acórdão no processo Saint-Gobain Glass France e o./Comissão (EU:T:2014:160, n.º 320), é sobretudo «a inexistência de constatação, na decisão anterior, de uma unidade económica entre a sociedade-mãe e a sua filial» que é considerada decisiva, mais do que a circunstância de a sociedade-mãe não ter sido destinatária da comunicação de acusações e da decisão anterior.

57 — EU:C:2007:88, n.º 41.

58 — EU:C:2013:289.

59 — EU:C:2013:386.

74. O Tribunal Geral cometeu, portanto, um erro de direito ao declarar que a infração constatada no artigo 1.º da decisão impugnada, cometida pela Eni, não podia ser considerada uma reincidência por parte desta, baseando-se apenas na constatação de que, por não ter sido sancionada pelas decisões Polipropileno e PVC II invocadas pela Comissão nem ter sido, no âmbito da adoção destas últimas, destinatária de uma comunicação de acusações, não estava em condições de apresentar, no momento da infração anterior, os seus argumentos para efeitos de contestar que constituía uma unidade económica juntamente com as empresas sancionadas por estas decisões.

75. O primeiro fundamento invocado pela Comissão é, portanto, procedente quanto à sua primeira parte. Tal não implica, porém, por si só, que deva ser dado provimento ao recurso, se o acórdão recorrido se mostrar justificado com base noutra fundamento jurídico, o que se verifica, duplamente, no caso em apreço.

#### ii) Constatação da insuficiência de fundamentação da decisão impugnada

76. Há que salientar, antes de mais, que não parece possível considerar que a decisão impugnada responda às exigências de fundamentação estabelecidas pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos Eni/Comissão<sup>60</sup> e Versalis/Comissão<sup>61</sup>, na medida em que não especifica nem *em que qualidade* nem, sobretudo, em *que medida a Eni* teria estado implicada nas decisões Polipropileno e PVC II.

77. Os considerandos 540 e 541 da decisão impugnada, citados pelo Tribunal Geral no n.º 235 do acórdão recorrido, limitam-se, com efeito, a observar que a Eni deve ser considerada reincidente, especificando, na nota de rodapé n.º 517, que a Anic, filial do grupo Eni, tinha sido condenada por participação no cartel constatado pela decisão Polipropileno de 23 de abril de 1986, e que a EniChem tinha sido condenada por participação no cartel constatado pela decisão PVC II de 27 de julho de 1994.

78. Sendo que as partes foram convidadas a tomar posição, na audiência, quanto a estes dois acórdãos, na medida em que respeitavam à reincidência, poderia, portanto, na linha destes dois acórdãos, considerar-se a possibilidade de confirmar o acórdão do Tribunal Geral, através de uma substituição da fundamentação, já que o Tribunal de Justiça dispõe de elementos suficientes que lhe permitem concluir que a apreciação pelo Tribunal Geral da legalidade da decisão impugnada é, em qualquer caso, justificada por insuficiência de fundamentação.

79. Considero, todavia, que o Tribunal de Justiça deve aproveitar a oportunidade que lhe é dada pelos presentes processos para aprofundar a sua análise da legalidade da prática decisória da Comissão e abordar, para além do problema de fundamentação já identificado, a questão, mais fundamental, da garantia dos direitos de defesa da pessoa considerada reincidente, suscitada pela referida prática.

#### iii) Constatação da violação dos direitos de defesa da Eni

80. Se é certo que, para efeitos do direito da concorrência da União, a constatação da reincidência de uma *pessoa* não implica necessariamente, como o Tribunal de Justiça declarou no seu acórdão Groupe Danone/Comissão<sup>62</sup>, a sanção prévia da referida *pessoa*, mas apenas a constatação de uma infração prévia, implica, todavia, pelo menos, que essa pessoa, desde o início do processo que conduz à sanção e à constatação da sua reincidência, tenha sido informada previamente e de modo fundamentado, para que possa estar em plenas condições de organizar utilmente a sua defesa a este respeito.

60 — EU:C:2013:289.

61 — EU:C:2013:386.

62 — EU:C:2007:88, n.º 41.

81. Tal exigência impõe-se mais ainda no contexto da aplicação do direito da concorrência aos grupos de sociedades, quando se considera a possibilidade de agravar, por reincidência, a sanção imposta a uma pessoa, com base não numa decisão que constata uma infração semelhante anteriormente cometida por essa pessoa, ou seja, um facto juridicamente constatado e demonstrado por uma decisão definitiva, mas apenas com base na constatação de que uma infração semelhante anterior lhe era eventualmente imputável e lhe podia ter sido imputada, sem que tal tenha sido constatado por uma decisão que lhe tenha sido dirigida.

82. Uma constatação de reincidência em circunstâncias como as do presente processo só poderia, assim, ser eventualmente admitida se a Comissão respeitasse, além das exigências de fundamentação já identificadas pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos *Eni/Comissão*<sup>63</sup> e *Versalis/Comissão*<sup>64</sup>, uma garantia estrita dos direitos de defesa da sociedade cuja reincidência é alegada.

83. A Comissão deve, portanto, antes de mais, dirigir à sociedade-mãe uma comunicação de acusações que a informe de modo específico da sua intenção de a sancionar e de agravar a sanção por reincidência, expondo precisamente a base e os fundamentos da sua posição. Não basta, portanto, que a Comissão faça simplesmente «menção» da existência de uma decisão que constatou a infração anterior. Deve, pelo contrário, além disso, quando a referida decisão sanciona outra sociedade sem visar, nem sequer mencionar, a sociedade-mãe, especificar não só que tenciona basear-se na presunção de que esta exercia efetivamente uma influência determinante sobre a sociedade sancionada para constatar a sua reincidência, como também os fundamentos que a conduzem a esta presunção bem como as razões pelas quais considera necessário agravar a sanção por reincidência.

84. É só nestas condições que a sociedade-mãe, prévia e devidamente informada, terá a possibilidade de ilidir a presunção subjacente à constatação da reincidência e assegurar, assim, utilmente a sua defesa na perspectiva da adoção da decisão definitiva de sanção. Esta exigência impõe-se tanto mais quanto existem sempre dificuldades objetivas para a sociedade-mãe ilidir, por vezes anos mais tarde, a presunção de que exercia efetivamente uma influência determinante sobre a filial, considerada responsável e sancionada pela primeira infração.

85. Há que observar, a este respeito, que estas exigências são exatamente as mesmas que teriam sido impostas à Comissão se tivesse efetivamente imputado a primeira infração à sociedade-mãe, na sua qualidade de sociedade que exerce uma influência determinante sobre a filial sancionada. Simplesmente, nesta situação, o respeito destas exigências só se impõe posteriormente, no momento em que, por assim dizer, a imputabilidade da primeira infração à sociedade-mãe é ativada.

86. Há que recordar, com efeito, que, como resulta de jurisprudência reiterada, o princípio do respeito dos direitos de defesa impede que se possa considerar lícita uma decisão através da qual a Comissão impõe a uma *empresa* uma coima em matéria de concorrência sem lhe ter previamente comunicado as acusações que lhe eram imputadas, sendo que, atendendo à sua importância como garantia processual essencial, a comunicação de acusações deve não só indicar inequivocamente a *pessoa jurídica* à qual possam ser aplicadas coimas, o que implica a sua identificação<sup>65</sup>, como também a *qualidade* em que tal pessoa jurídica é acusada dos factos alegados, e ser-lhe, consequentemente, dirigida<sup>66</sup>.

63 — EU:C:2013:289, n.º 129.

64 — EU:C:2013:386, n.º 142.

65 — Acórdão *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão* (T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colet., EU:T:1999:80, n.º 978).

66 — V., em especial, acórdãos *Musique Diffusion française e o./Comissão* (100/80 a 103/80, Recueil, EU:C:1983:158, n.º 14); *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão* (C-395/96 P e C-396/96 P, Colet., EU:C:2000:132, n.ºs 142 a 145); *Papierfabrik August Koehler e o./Comissão* (C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, Colet., EU:C:2009:500, n.ºs 34 a 48); *Akzo Nobel e o./Comissão* (EU:C:2009:536, n.ºs 57 a 64) bem como *Ballast Nedam/Comissão* (C-612/12 P, Colet., EU:C:2014:193, n.ºs 24 a 30).

87. A Comissão indicou, neste caso, nos seus articulados, que a comunicação de acusações chamava a atenção dos destinatários para a reincidência<sup>67</sup>.

88. Ora, em circunstâncias como as do caso em apreço, a Comissão não pode ser considerada liberada das suas obrigações por ter feito esta simples menção. Competia-lhe, pelo contrário, especificar na comunicação de acusações as razões pelas quais considerava que podia basear-se na presunção de que a Eni exercia uma influência determinante sobre as duas filiais sancionadas pelas referidas decisões bem como os fundamentos pelos quais decidia ativar tal presunção para efeitos de agravamento da sanção que tencionava aplicar-lhe.

89. O respeito destas exigências impunha-se tanto mais quanto a Eni era completamente transparente no âmbito da constatação das primeiras infrações, na medida em que não era destinatária nem sequer referida nas decisões finais, e que nem mesmo era evocada a possibilidade de as infrações constatadas quanto às suas filiais lhe poderem ter sido imputadas.

90. Consequentemente, apesar das falhas de que o acórdão recorrido enferma, a apreciação do Tribunal Geral, segundo a qual a Comissão não podia tomar em conta a circunstância agravante da reincidência quanto à Eni, deve ser confirmada, dado que a decisão impugnada se afigura, em qualquer caso, viciada por uma violação dos direitos de defesa da Eni e por uma insuficiência de fundamentação.

*C – Quanto à qualificação da reincidência da Versalis e à condenação solidária da Eni para efeitos do pagamento do agravamento da coima (quinto fundamento no processo C-123/13 P)*

#### 1. Fundamentos do acórdão recorrido

91. O Tribunal Geral declarou, essencialmente, nos n.ºs 277 a 280 do acórdão recorrido, que a Comissão se podia basear na decisão PVC II, através da qual a EniChem tinha sido condenada, para constatar a reincidência da Polimeri Europa, atualmente Versalis, e aumentar o montante da coima, por cujo pagamento a Eni era considerada solidariamente responsável, na medida em que a Polimeri Europa era o sucessor económico da EniChem para a atividade da borracha de cloropreno e, como tal, responsável pela segunda infração por esta cometida durante o período compreendido entre 13 de maio de 1993 e 31 de dezembro de 2001, constatada na decisão impugnada.

92. O Tribunal Geral declarou, pelo contrário, nos n.ºs 281 e 282 do acórdão recorrido, que a Comissão não se podia basear na decisão Polipropileno para determinar a reincidência da Polimeri Europa, na medida, essencialmente, em que a Eni não podia ser qualificada como reincidente, pelos fundamentos expostos nos n.ºs 272 a 274 do acórdão recorrido, acima examinados. Consequentemente, declarou a decisão impugnada ilícita também quanto a este aspeto (n.º 287 do acórdão recorrido) e foi por esse motivo que decidiu reduzir a percentagem do agravamento da coima aplicada às recorrentes de 60 para 50% (n.º 367 do acórdão recorrido).

#### 2. Argumentos das partes

93. Através do seu quinto fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao confirmar que a circunstância agravante da reincidência era aplicável à Polimeri Europa, atualmente Versalis, com base na condenação da EniChem no âmbito da decisão PVC II. As recorrentes contestam simultaneamente a fundamentação do acórdão, a aplicação ao caso em apreço do critério da sucessão económica e a circunstância de o Tribunal Geral ter constatado a reincidência

<sup>67</sup> — V. n.º 42 das presentes conclusões.

a partir de bases diferentes das adotadas pela Comissão (primeira parte). Consideram, além disso, que o Tribunal Geral violou o princípio da proporcionalidade ao fixar a redução da percentagem do agravamento da coima de 60 para 50% (segunda parte) e cometeu um erro de direito ao condenar solidariamente a Eni no pagamento do agravamento da coima a título de reincidência (terceira parte).

94. A Comissão alega que o quinto fundamento, considerado nas suas diferentes partes, deve ser julgado improcedente.

### 3. Análise

95. Entendo que, na medida em que o segundo fundamento invocado pelas recorrentes no processo C-123/13 P deve ser julgado improcedente<sup>68</sup>, o quinto fundamento, considerado nas suas diferentes partes, deve, conseqüentemente, ser também julgado improcedente.

96. Penso, com efeito, que, após uma fundamentação suficiente, embora sucinta, o Tribunal Geral podia acertadamente considerar que, nas circunstâncias do caso em apreço, em que a Versalis é o sucessor económico da EniChem no âmbito de um grupo de sociedades controladas pela mesma pessoa coletiva, neste caso, a Eni, é efetivamente a mesma pessoa coletiva que é responsável pelas infrações constatadas, respetivamente, pela decisão PVC II e pela decisão impugnada. Caso contrário, com efeito, como o Tribunal Geral constatou (n.º 279 do acórdão recorrido), bastaria aos grupos de sociedades transferirem a responsabilidade pela atividade económica de uma sociedade condenada por infração às regras da concorrência para outra sociedade do grupo, de modo a escaparem sistematicamente a qualquer constatação de reincidência. O argumento segundo o qual o Tribunal Geral teria constatado a reincidência a partir de bases diferentes das adotadas pela Comissão deve, nesta perspetiva, ser julgado improcedente.

*D – Quanto à legalidade da redução do coeficiente multiplicador aplicado à Eni e à Versalis (segundo e terceiro fundamentos no processo C-93/13 P)*

#### 1. Argumentos das partes

97. Através dos seus segundo e terceiro fundamentos, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu vários erros de direito na sua apreciação da aplicação do coeficiente multiplicador à Eni e à Versalis.

98. A Comissão considera, antes de mais (segundo fundamento, que visa o n.º 326 do acórdão recorrido) que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, mais precisamente violou o princípio dispositivo, o artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e os artigos 44.º, n.º 1 e 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, ao examinar se a aplicação de um coeficiente multiplicador de 1,4 à Eni e à Versalis era, em comparação com o coeficiente aplicado à Dow, conforme ao princípio da igualdade, quando as recorrentes apenas tinham, quando muito, invocado tal princípio na fase da audiência.

99. A Comissão considera, seguidamente (terceiro fundamento, que visa os n.ºs 323 a 325 do acórdão recorrido) que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na interpretação e aplicação do princípio da igualdade de tratamento ao caso em apreço.

100. As recorrentes pedem que estes dois fundamentos sejam julgados improcedentes.

68 — V. n.º 27 das presentes conclusões.

## 2. Análise

101. O segundo fundamento da Comissão deve ser julgado manifestamente improcedente. Com efeito, não pode considerar-se que o Tribunal Geral tenha apreciado oficiosamente a crítica relativa à violação do princípio da igualdade, quando, no n.º 106 da sua petição em primeira instância, as recorrentes criticavam já a Comissão por lhes ter aplicado o coeficiente multiplicador sem o aplicar a outras empresas. Esta mesma crítica é depois reiterada e desenvolvida nos n.ºs 56 e 57 da sua réplica em primeira instância, alegando as recorrentes explicitamente que a Comissão lhes tinha aplicado um agravamento quatro vezes superior ao aplicado à Dow. Por fim, as recorrentes explicitaram na audiência que, nestas circunstâncias, o aumento que lhes era aplicado era contrário ao princípio da igualdade (n.ºs 310 e 322 do acórdão recorrido).

102. O terceiro fundamento da Comissão deve também ser julgado improcedente.

103. É certo que o Tribunal de Justiça teve já a oportunidade de salientar que, no âmbito do cálculo das coimas aplicadas ao abrigo do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, um tratamento diferenciado entre as empresas em questão é inerente ao exercício dos poderes atribuídos à Comissão, devendo esta, no âmbito da sua margem de apreciação, individualizar a sanção em função dos comportamentos e das características próprias das empresas em questão, para garantir, em cada caso concreto, a plena eficácia das regras de concorrência no direito da União<sup>69</sup>.

104. O Tribunal de Justiça declarou também, todavia, que, no que respeita à determinação do montante da coima, a aplicação de métodos de cálculo diferentes não pode resultar numa discriminação entre as empresas que participaram num acordo<sup>70</sup>. Decorre, de modo mais geral, da jurisprudência que o tratamento diferenciado de empresas que se encontrem na mesma situação só pode ser admitido em presença de razões objetivas<sup>71</sup>.

105. O que a Comissão contesta, neste caso, é, porém, menos o próprio princípio da aplicação do princípio da igualdade, do que as modalidades segundo as quais o Tribunal Geral procedeu à sua aplicação ao caso em apreço. A Comissão alega, mais precisamente, que o Tribunal Geral comparou os volumes de negócios totais da Eni e da Dow, respetivamente utilizados pela Comissão para efeitos do cálculo do coeficiente, quando havia que comparar a relação entre o volume de negócios total dos dois grupos e o volume de negócios realizado pela venda dos produtos objeto do cartel, da ordem dos 3000:1 no caso da Eni e de 1000:1 no caso da Dow.

106. Há que constatar, todavia, que a apreciação do Tribunal Geral a este respeito se baseia exclusivamente na fundamentação que consta do n.º 584 da decisão impugnada (v. n.ºs 308 e 323 a 325 do acórdão recorrido). Ora, esse parágrafo refere-se apenas ao volume de negócios total dos grupos. Foi, conseqüentemente, sem cometer qualquer erro de direito que o Tribunal Geral pôde concluir pela violação, no caso em apreço, do princípio da igualdade, dado que a Comissão não apresentou qualquer razão objetiva que justificasse a diferença de tratamento entre a Eni e a Dow.

69 — V. acórdãos *Britannia Alloys & Chemicals/Comissão* (C-76/06 P, EU:C:2007:326, n.º 44) e *Caffaro/Comissão* (EU:C:2013:797, n.º 50).

70 — V., nomeadamente, acórdãos *Sarrió/Comissão* (C-291/98 P, Colet., EU:C:2000:631, n.º 97); *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Comissão* e *Comissão/Alliance One International e o.* (C-628/10 P e C-14/11 P, Colet., EU:C:2012:479, n.º 58), bem como *Ziegler/Comissão* (C-439/11 P, Colet., EU:C:2013:513, n.º 133).

71 — V., neste sentido, acórdãos *Dow Chemical e o./Comissão* (C-499/11 P, Colet., EU:C:2013:482, n.ºs 50 e 51) bem como *Kendrion/Comissão* (C-50/12 P, Colet., EU:C:2013:771, n.ºs 65 e 66).

E – *Quanto à determinação do limiar de 10% do volume de negócios (sexto fundamento no processo C-123/13 P)*

#### 1. Argumentos das partes

107. Através do seu sexto fundamento, as recorrentes consideram que, na medida em que, como alegam no âmbito do seu primeiro e segundo fundamentos, não podem ser julgadas responsáveis pelas infrações que lhes são imputadas, o montante máximo da coima prevista no artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 devia ter sido aplicado ao volume de negócios apenas da [confidencial] e ser fixado, portanto, em 82 milhões de euros, ou seja, 10% dos 820 milhões do volume de negócios desta em 2006.

#### 2. Análise

108. Na medida em que, como se expõe nos n.ºs 24 e 27 das presentes conclusões, o primeiro e o segundo fundamentos das recorrentes devem ser julgados improcedentes, entendo que não há que decidir quanto ao sexto fundamento.

F – *Quanto à inexistência de fiscalização jurisdicional da apreciação da cooperação da [confidencial] e da Versalis a título da comunicação sobre a clemência (sétimo fundamento no processo C-123/13 P)*

#### 1. Argumentos das partes

109. Através do seu sétimo fundamento, as recorrentes alegam, essencialmente, que o Tribunal Geral se absteve ilegalmente de exercer a fiscalização jurisdicional que lhe competia efetuar quanto à recusa da Comissão de reduzir a coima que lhes foi aplicada a título da Comunicação da Comissão, de 19 de fevereiro de 2002, relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis<sup>72</sup>, ou, ainda, em conformidade com o ponto 29 das orientações para o cálculo das coimas. Ao considerar, no essencial, que as informações prestadas pela [confidencial] e Versalis não continham um acréscimo de valor significativo, o Tribunal Geral teria cometido um erro de apreciação e fundamentado insuficientemente o seu acórdão.

110. A Comissão considera que este fundamento deve ser julgado inadmissível, dado que as recorrentes se limitam a repetir os argumentos avançados em primeira instância e tentam obter uma nova apreciação dos factos. Em qualquer caso, deve ser julgado improcedente, porquanto o Tribunal Geral fiscalizou a apreciação da Comissão a este respeito, ainda que de modo limitado, atendendo à margem de apreciação de que a Comissão dispõe nesta matéria.

#### 2. Análise

111. Há que constatar que a argumentação avançada pelas recorrentes no âmbito do presente recurso reproduz em grande medida a que o Tribunal Geral apreciou no acórdão recorrido (n.ºs 350 a 365), pelo que este fundamento pode, por esta razão, ser julgado inadmissível.

72 — JO C 45, p. 3.

*G – Quanto à intensidade da fiscalização efetuada pelo Tribunal Geral sobre as apreciações da Comissão relativas à quantificação da coima (oitavo fundamento no processo C-123/13 P)*

## 1. Argumentos das partes

112. Através do seu oitavo fundamento, as recorrentes alegam que o montante da coima que lhes foi aplicada é injusto, inadequado e desproporcionado e que o Tribunal Geral não exerceu a competência de plena jurisdição que lhe é reconhecida pelo artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003. O Tribunal Geral teria, mais precisamente, violado o seu direito a uma proteção jurisdicional efetiva e completa, limitando-se a exercer uma mera fiscalização da legalidade da decisão impugnada, sem apreciar as circunstâncias do processo.

## 2. Análise

113. Como o Tribunal de Justiça já teve já ocasião de declarar, não lhe compete, ao pronunciar-se sobre um recurso de uma decisão do Tribunal Geral, substituir-se, por razões de equidade, ao Tribunal Geral na sua apreciação, quando este decide, no exercício da sua competência de plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas devido à violação, por estas, das regras da concorrência<sup>73</sup>.

114. Consequentemente, na medida em que o oitavo fundamento das recorrentes se limita a questionar a proporcionalidade da coima que lhes foi aplicada e visa obter um reexame de apreciações de facto para as quais o Tribunal de Justiça não é competente no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral<sup>74</sup>, deve ser julgado inadmissível.

## VII – Quanto às despesas

115. Nos termos do artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado improcedente o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas.

116. Na medida em que considero que deve ser negado provimento a ambos os recursos e que as partes pediram a sua condenação respetiva nos dois processos, proponho, em aplicação das disposições conjugadas dos artigos 184.º, n.º 1, e 137.º do Regulamento de Processo, condenar nas despesas cada uma das partes que tenha sido vencida no seu recurso.

## VIII – Conclusão

117. À luz das considerações anteriores, sugiro ao Tribunal de Justiça que:

- 1) Negue provimento aos recursos nos processos C-93/13 P e C-123/13 P.
- 2) Condene a Comissão nas despesas do processo C-93/13 P.
- 3) Condene a Versalis SpA e a Eni SpA nas despesas do processo C-123/13 P.

73 — V., nomeadamente, acórdãos Finsider/Comissão (EU:C:1994:414, n.º 46); BPB Industries e British Gypsum/Comissão (C-310/93 P, Colet., EU:C:1995:101, n.º 34); Eni/Comissão (EU:C:2013:289, n.º 105), bem como Solvay Solexis/Comissão (C-449/11 P, EU:C:2013:802, n.º 74).

74 — V., nomeadamente, acórdãos British Sugar/Comissão (C-359/01 P, EU:C:2004:255, n.º 49) e Dansk Rørindustri e o./Comissão (EU:C:2005:408, n.º 246).