ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

25 de Outubro de 2011 *

No processo C-109/10 P,

que tem por objecto um recurso de uma decisão do Tribunal Geral, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, interposto em 26 de Fevereiro de 2010,

Solvay SA, com sede em Bruxelas (Bélgica), representada por P. Foriers, R. Jafferali, F. Louis e A. Vallery, avocats,

recorrente,

sendo a outra parte no processo:

Comissão Europeia, representada por J. Currall e F. Castillo de la Torre, na qualidade de agentes, assistidos por N. Coutrelis, avocate, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

* Língua do processo: francês.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot e U. Lõhmus, presidentes de secção, A. Rosas (relator), R. Silva de Lapuerta, E. Levits, A. Ó Caoimh, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Arabadjiev e E. Jarašiūnas, juízes,

advogado-geral: J. Kokott,
secretário: R. Şereş, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 18 de Janeiro de 2011,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 14 de Abril de 2011,

profere o presente

Acórdão

1 Com o seu recurso, a Solvay SA (a seguir «Solvay») pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 17 de Dezembro de 2009, Solvay/Comissão (T-57/01, Colect., p. II-4621, a seguir «acórdão recorrido»), que negou provimento ao seu recurso de anulação da Decisão 2003/6/CE da Comissão, de 13 de Dezembro de 2000, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE (COMP/33.133 – C:

Carbonato de sódio – Solvay) (JO 2003, L 10, p. 10, a seguir «decisão controvertida»), e, a título subsidiário, a anulação ou redução da coima que lhe foi aplicada.

Antecedentes do litígio

2 A Solvay é uma importante empresa química. O seu fundador, Ernest Solvay, inventou um processo que permite produzir de forma sintética o sódio, matéria utilizada principalmente no fabrico do vidro. O sódio é também utilizado na indústria química para o fabrico de detergentes, bem como na metalurgia.

3 Cerca de 1870, a Solvay concedeu uma licença de produção à empresa Brunner, Mond & Co., uma das sociedades que esteve na origem da constituição da Imperial Chemical Industries (a seguir «ICI»). A Solvay e a Brunner, Mond & Co. repartiram entre si as esferas de influência respectivas («Alkali Cartel»), operando a Solvay no continente europeu e a Brunner, Mond & Co. nas ilhas Britânicas, no Commonwealth britânico e noutros países de África, da Ásia e da América do Sul. O acordo inicial foi prorrogado por diversas ocasiões, nomeadamente em 1945.

4 No final dos anos 1980, a Solvay era o principal produtor de sódio tanto na Comunidade Europeia, onde detinha 60 % do mercado, como a nível mundial. A ICI era o segundo produtor desse produto. Esta era seguida por quatro pequenos produtores, a saber, a Rhône-Poulenc, a Akzo, a Matthes & Weber e a Chemische Fabrik Kalk (a seguir «CFK»).

5 A extracção de sódio natural era feita nos Estados Unidos. O seu custo de produção era inferior ao do sódio sintético, mas a este custo era necessário acrescentar as despesas de transporte. As empresas comunitárias foram protegidas durante alguns anos por medidas antidumping, mas estas foram objecto de reapreciação no momento em que a Comissão das Comunidades Europeias deu início aos procedimentos controvertidos. Com efeito, era possível que já não se pudesse provar a existência de práticas de dumping.

6 Os produtores dos países da Europa de Leste eram também concorrentes, mas relativamente a quantidades pouco significativas de sódio. As importações provenientes destes países tinham também sido objecto de medidas de antidumping.

7 No mercado comunitário, podia verificar-se uma repartição das esferas de influência entre a Solvay e a ICI, bem como uma comparticipação dos mercados nacionais, com importantes diferenças de preço.

8 A Comissão, suspeitando que existiam acordos entre as diferentes empresas produtoras da Comunidade, realizou, no início de 1989, inspecções junto dos principais produtores de sódio e foram-lhe entregues fotocópias de diversos documentos. Estas inspecções foram complementadas por pedidos de informação.

9 Em 13 de Março de 1990, a Comissão enviou uma comunicação de acusações comum à Solvay, à ICI e à CFK. As infracções imputadas consistiam em violações:

— do artigo 85.º do Tratado CEE (que passou a artigo 85.º do Tratado CE, que passou, por sua vez, a artigo 81.º CE) pela Solvay e pela ICI;

— do artigo 85.º do Tratado pela Solvay e pela CFK;

— do artigo 86.º do Tratado CEE (que passou a artigo 86.º do Tratado CE, que passou, por sua vez, a artigo 82.º CE) pela Solvay;

— do artigo 86.º do Tratado pela ICI.

10 A Comissão comunicou a cada empresa acusada apenas os documentos relativos à infracção que lhe era imputada e não a totalidade dos documentos. Além disso, diversos documentos ou partes de documentos não foram transmitidos às empresas em causa por razões de confidencialidade.

11 As referidas empresas foram convidadas a ser ouvidas. Aparentemente, a Solvay não pretendeu participar nas audições.

12 Em 19 de Dezembro de 1990, a Comissão adoptou as quatro decisões seguintes:

— a Decisão 91/297/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/33.133 – A: Carbonato de sódio – Solvay, ICI) (JO 1991, L 152, p. 1), na qual acusava a Solvay e a ICI, no essencial, de terem continuado a repartir o mercado do sódio, apesar de estas empresas terem afirmado que o acordo celebrado em 1945 caiu em desuso, e na qual, para demonstrar que os comportamentos não eram autónomos («comportamentos paralelos»), acentuou, nomeadamente, o facto de que, em determinadas circunstâncias, os fornecimentos eram efectuados pela Solvay em nome da ICI, bem como a existência de contactos frequentes entre estas duas empresas;

— a Decisão 91/298/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º CE] (IV/33.133 – B: Carbonato de sódio – Solvay, CFK) (JO 1991, L 152, p. 16), na qual acusava a Solvay e a CFK de terem celebrado um acordo em matéria de preços, tendo a CFK recebido, em contrapartida, a garantia de escoar uma quantidade mínima revista anualmente;

— a Decisão 91/299/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo [82.º CE] (IV/33.133 – C: Carbonato de sódio – Solvay) (JO 1991, L 152, p. 21), na qual acusava a Solvay de ter abusado da sua posição dominante, na medida em que aplicou vários sistemas de descontos de fidelidade e de descontos relativos à tonelagem marginal que tinham por objecto a vinculação dos clientes em relação à totalidade das suas necessidades e a exclusão dos concorrentes;

— a Decisão 91/300/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo [82.º CE] (IV/33.133 – D: Carbonato de sódio – ICI) (JO 1991, L 152, p. 40), na qual acusava a ICI de um comportamento semelhante.

13 Estas quatro decisões foram impugnadas no Tribunal de Primeira Instância. A Solvay pediu a anulação das Decisões 91/297 (processo T-30/91), 91/298 (processo T-31/91) e 91/299 (processo T-32/91). A ICI pediu a anulação das Decisões 91/297 (processo T-36/91) e 91/300 (processo T-37/91). Em contrapartida, a CFK procedeu ao pagamento da coima que lhe foi aplicada na Decisão 91/298.

14 A este respeito, importa recordar que, em 27 de Fevereiro de 1992, o Tribunal de Primeira Instância declarou inexistente uma decisão da Comissão relativa a uma coligação entre empresas produtoras de Policloreto de vinilo (PVC) com fundamento na falta de autenticação regular da referida decisão (acórdão de 27 de Fevereiro de 1992, BASF e o./Comissão, T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, Colect., p. II-315). Nos processos referidos no n.º 13 do presente acórdão em que era recorrente, a Solvay apresentou «petições supervenientes», nas quais invocou um fundamento novo relativo à

declaração de inexistência da decisão cuja anulação pedia inicialmente, remetendo para dois artigos de imprensa nos quais a Comissão reconhecia que há 25 anos que não procedia à autenticação de nenhuma decisão.

15 Depois de o Tribunal de Justiça ter proferido o acórdão de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, Colect., p. I-2555), no qual decidiu o recurso do referido acórdão, o Tribunal de Primeira Instância proferiu outras medidas de organização do processo no presente processo, tendo convidado, nomeadamente, a Comissão a apresentar, entre outros, o texto da decisão impugnada pela recorrente, tal como tinha sido autenticada à época. A Comissão respondeu que não se lhe afigurava indicado proceder à apreciação do mérito deste fundamento enquanto o Tribunal de Primeira Instância não se tivesse pronunciado sobre a sua admissibilidade. Todavia, tendo o Tribunal de Primeira Instância, por despacho de 25 de Outubro de 1994, ordenado que a Comissão apresentasse o texto acima mencionado, esta deu cumprimento ao pedido e apresentou o texto da referida decisão. As partes foram ouvidas em alegações e nas respostas às perguntas do Tribunal de Primeira Instância na audiência de 6 e 7 de Dezembro de 1994.

16 O Tribunal de Primeira Instância proferiu cinco acórdãos em 29 de Junho de 1995.

17 A Decisão 91/297 foi anulada por violação dos direitos de defesa pelos acórdãos de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91, Colect., p. II-1775) e ICI/Comissão (T-36/91, Colect., p. II-1847), com o fundamento de que a Comissão não facultou, durante o procedimento administrativo, um acesso suficiente aos documentos e, nomeadamente, aos documentos que poderiam ter sido úteis à defesa. Por considerar que o vício de que padecia o procedimento administrativo não podia ser sanado pelo processo judicial, o Tribunal de Primeira Instância salientou, designadamente, no n.º 98 do acórdão Solvay/Comissão, já referido, que, «se a recorrente tivesse podido invocar, durante o procedimento administrativo, documentos susceptíveis de a justificar, teria eventualmente podido influenciar as apreciações feitas pelo colégio dos membros da Comissão, pelo menos no que diz respeito ao valor probatório do comportamento paralelo e passivo que lhe era reprovado em relação ao início e portanto em relação à duração da infracção». Tanto no acórdão Solvay/Comissão, já referido, como no

acórdão ICI/Comissão, já referido, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que a Comissão deveria, pelo menos, ter fornecido uma lista dos documentos provenientes das outras empresas, de modo a permitir uma verificação do seu conteúdo exacto e da sua utilidade para a defesa.

18 No acórdão de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-31/91, Colect., p. II-1821), a Decisão 91/298 foi anulada na medida em que era aplicável à Solvay com o fundamento de que esta decisão da Comissão não tinha sido objecto de um processo regular de autenticação.

19 O acórdão de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-32/91, Colect., p. II-1825), anulou a Decisão 91/299, com base no mesmo fundamento.

20 A Decisão 91/300 foi objecto do acórdão de 29 de Junho de 1995, ICI/Comissão (T-37/91, Colect., p. II-1901). O Tribunal de Primeira Instância julgou improcedentes os fundamentos e os argumentos relativos à não comunicação dos documentos provenientes de outras empresas, com o fundamento de que estes documentos não poderiam ter sido úteis à defesa da recorrente e de não ter sido comunicada uma lista de documentos da própria recorrente. O Tribunal de Primeira Instância anulou, contudo, a decisão impugnada por falta de autenticação regular.

21 Os acórdãos, já referidos, de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-31/91) e Solvay/Comissão (T-32/91), foram objecto de recurso por parte da Comissão, tendo dado origem ao acórdão de 6 de Abril de 2000, Comissão/Solvay (C-287/95 P e C-288/95 P, Colect., p. I-2391). Do mesmo modo, o acórdão de 29 de Junho de 1995, ICI/Comissão (T-37/91), já referido, foi objecto do recurso que deu origem ao acórdão de 6 de Abril de 2000, Comissão/ICI (C-286/95 P, Colect., p. I-2341). O Tribunal de Justiça negou provimento a estes recursos nos dois acórdãos, já referidos, Comissão/Solvay e Comissão/ICI.

22 No que diz respeito à Solvay, a Comissão adoptou, em 13 de Dezembro de 2000, duas novas decisões:

— a decisão controvertida, equivalente da Decisão 91/299. O teor destas decisões é, no essencial, o mesmo. Além disso, a decisão controvertida contém uma descrição do procedimento. Tem por destinatária a Solvay, empresa à qual a Comissão aplicou uma coima de 20 milhões de euros.

— a Decisão 2003/5/CE, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (COMP/33.133 – B: Carbonato de sódio – Solvay, CFK) (JO 2003, L 10, p. 1), equivalente da Decisão 91/298, mas que contém, além disso, uma descrição do procedimento. Nessa decisão, a Comissão aplicou à Solvay uma coima de 3 milhões de euros.

23 A Solvay interpôs recurso dessas decisões. Por acórdão de 17 de Dezembro de 2009, Solvay/Comissão (T-58/01, Colect., p. II-4781), e pelo acórdão recorrido, o Tribunal Geral negou provimento a esses recursos.

Tramitação do processo no Tribunal de Primeira Instância

24 Tendo a recorrente invocado o fundamento relativo à falta de acesso ao processo, o Tribunal de Primeira Instância convidou a Comissão, em 19 de Dezembro de 2003, a apresentar, designadamente, uma lista enumerativa detalhada de todos os documentos que constavam do processo. Após ter solicitado um adiamento do prazo fixado, a Comissão apresentou uma primeira lista e, posteriormente, uma segunda lista. A Solvay requereu o acesso a determinados documentos. Durante esta fase da instrução, a Comissão reconheceu ter extraviado uma parte do processo e ser-lhe impossível elaborar uma lista dos documentos que dele faziam parte, visto que, segundo a Comissão, o índice dos ficheiros em causa também tinha sido perdido. A recorrente

e a Comissão apresentaram, respectivamente, em 15 de Julho e 17 de Novembro de 2005, observações escritas sobre a utilidade para a defesa da Solvay dos documentos que esta consultou. No decurso de 2008, ainda foram colocadas diversas questões às partes. A audiência realizou-se em 26 de Junho do mesmo ano.

Acórdão recorrido

Argumentos invocados em defesa dos pedidos de anulação da decisão controvertida

25 A recorrente invocou seis fundamentos, subdivididos em partes, as quais contêm vários argumentos.

Primeiro fundamento, relativo ao decurso do tempo

– Aplicação errada das regras de prescrição

26 A Solvay defendeu que não existe suspensão da prescrição do procedimento, calculada em conformidade com o Regulamento (CEE) n.º 2988/74 do Conselho, de 26 de Novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO L 319, p. 1; EE 08 F2 p. 41), durante o processo de recurso do acórdão do Tribunal Geral. A Comissão podia, segundo a Solvay, adoptar uma nova decisão imediatamente após a prolação do acórdão de 29 de Junho de 1995, Solvay/

Comissão (T-31/91), já referido. Ao interpor o recurso, assumiu um risco, tanto mais porque tinha conhecimento do acórdão Comissão/BASF e o., já referido, no qual o Tribunal de Justiça tinha tomado posição sobre a questão da falta de autenticação dos actos.

27 Baseando-se no acórdão de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colect., p. I-8375), relativo à segunda decisão «PVC», o Tribunal Geral entendeu, no acórdão recorrido, que se deveria considerar que o período de pendência do recurso no Tribunal de Justiça constituía um período de suspensão do prazo de prescrição (n.os 96 a 109). Salientou as dificuldades práticas que a solução proposta pela Solvay provoca, a saber, a eventual coexistência de duas decisões, caso o Tribunal de Justiça tivesse dado provimento ao recurso da Comissão.

– Violação do princípio do prazo razoável

28 O Tribunal Geral examinou todas as fases do processo e o processo na generalidade. Além disso, salientou que, sendo a decisão controvertida, no essencial, idêntica à Decisão 91/299, não tinham sido violados os direitos de defesa, não obstante o decurso do tempo. Salientou, nomeadamente, no n.º 141 do acórdão recorrido, que a recorrente tinha expressamente renunciado à possibilidade de uma redução da coima a título de reparação e que também não tinha apresentado um pedido de indemnização.

Segundo fundamento, relativo a uma preterição das formalidades essenciais exigíveis em matéria de adopção e de autenticação da decisão controvertida

29 O Tribunal Geral julgou improcedentes as duas primeiras partes deste fundamento, relativas à violação do princípio da colegialidade e do princípio da segurança jurídica. No que diz respeito à violação do direito da recorrente a ser novamente ouvida, o Tribunal Geral salientou que a decisão controvertida tinha sido redigida em termos

substancialmente idênticos aos da Decisão 91/299 e que, por conseguinte, a Comissão não tinha de ouvir de novo a recorrente (n.º 191 do acórdão recorrido). O Tribunal Geral rejeitou, além disso, uma parte do referido fundamento, relativa ao facto de o comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes não ter sido consultado de novo e à composição irregular desse comité.

30 Nos n.os 218 a 230 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou improcedente uma parte do mesmo fundamento relativa à utilização de documentos apreendidos em violação 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). A Solvay considerava que, como a decisão de inspecção de 5 de Abril de 1989 apenas tinha por objecto uma infracção ao artigo 81.º CE, a Comissão não podia utilizar os documentos apreendidos para dar início a um processo de aplicação do artigo 82.º CE contra a recorrente. O Tribunal Geral respondeu que a Comissão não tinha de proceder nessa decisão de inspecção a uma qualificação rigorosa da infracção e que, no caso em apreço, uma parte dos factos imputados referidos na dita decisão de inspecção, a saber, a «execução de acordos de compra exclusiva», correspondia aos factos que tinham sido imputados no âmbito da infracção por abuso de posição dominante. Por conseguinte, a Comissão não excedeu o quadro legal constituído pela mesma decisão de inspecção.

31 O Tribunal Geral também julgou improcedente uma parte do mesmo fundamento relativa à violação dos princípios da imparcialidade, da boa administração e da proporcionalidade.

Terceiro fundamento, relativo a uma definição errada do mercado geográfico relevante

32 Após ter examinado este fundamento, o Tribunal Geral concluiu, no n.º 256 do acórdão recorrido, que a Solvay detinha uma posição dominante no mercado, quer o mercado geográfico relevante seja definido como a Comunidade, com excepção do Reino Unido e da Irlanda, quer seja cada um dos Estados em que as infracções ao artigo 82.º CE lhe são imputadas no mercado do carbonato de sódio.

Quarto fundamento, relativo à inexistência de posição dominante

33 Nos n.os 275 a 279 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral recordou a jurisprudência relativa ao conceito de posição dominante. Determinou a quota de mercado detida pela Solvay e considerou, nos n.os 286 a 304, que os argumentos apresentados pela recorrente não levam a admitir a existência de circunstâncias excepcionais que justifiquem que se ponha em causa a consideração de que estava em posição dominante nesse mercado.

Quinto fundamento, relativo à inexistência de abuso de posição dominante

34 Após se ter assegurado por diversas ocasiões, nos n.os 325, 327, 349, 368, 369, 376 e 388 do acórdão recorrido, que a Solvay não contestava a materialidade das provas existentes contra ela, o Tribunal Geral concluiu que as práticas imputadas, a saber, descontos relativos à tonelagem marginal, descontos de fidelidade, descontos de «grupo» ao principal cliente e os acordos de exclusividade, constituíam um abuso de posição dominante. Expôs, nomeadamente, a forma como o sistema de descontos relativos à tonelagem marginal conduzia a práticas discriminatórias.

Sexto fundamento, relativo a uma violação do direito de acesso ao processo

35 O Tribunal Geral verificou se a falta de acesso a determinados documentos durante o procedimento administrativo tinha impedido a recorrente de tomar conhecimento de documentos susceptíveis de serem úteis à sua defesa. Concluiu pela negativa após ter verificado se os documentos invocados podiam modificar a determinação do

mercado geográfico relevante, o mercado do produto em causa e as conclusões de que a Solvay detinha uma posição dominante e tinha abusado dessa posição. O Tribunal Geral examinou a parte relativa à falta de consulta completa do processo. Após ter tentado determinar o conteúdo dos ficheiros extraviados pela Comissão, o Tribunal Geral verificou que os documentos constantes do processo existente provavam os comportamentos imputados à Solvay e concluiu, no n.º 479 do acórdão recorrido, que «[se podia] excluir, portanto, a possibilidade de que a recorrente viesse a encontrar documentos úteis à sua defesa [...] nos "subprocessos" em falta».

Argumentos invocados em apoio dos pedidos de anulação ou redução da coima

36 A recorrente invocou cinco fundamentos, relativos à apreciação errada da gravidade das infracções, a uma apreciação errada da duração da infracção, à existência de circunstâncias atenuantes, ao carácter desproporcionado da coima e ao decurso do tempo.

37 Nos n.os 510 e 511 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que, numa decisão relativa à aplicação do artigo 82.º CE, não podia ser imputada uma circunstância agravante de reincidência com fundamento em condenações relativas a infracções ao artigo 81.º CE e que, além disso, as infracções pelas quais a Solvay já tinha sido condenada eram muito diferentes das que estavam em causa neste processo. Em consequência, reduziu a coima aplicada em 5 %.

38 Em resposta ao quinto fundamento invocado, o Tribunal Geral decidiu que uma coima, mesmo após um certo período de tempo, não perde o seu carácter punitivo e dissuasor.

39 Em conclusão, o Tribunal Geral fixou a coima em 19 milhões de euros. Condenou a recorrente a suportar as suas próprias despesas e 95 % das despesas apresentadas pela Comissão, e esta última a suportar 5 % das suas próprias despesas.

Quanto ao presente recurso

40 A recorrente invoca nove fundamentos. O primeiro fundamento é relativo a uma violação do direito de ser ouvido num prazo razoável. O segundo fundamento respeita à violação dos artigos 14.º e 20.º do Regulamento n.º 17. O terceiro fundamento tem por objecto a violação dos direitos de defesa, resultante do facto de, após ter recusado à recorrente o acesso ao processo durante o procedimento administrativo, a Comissão ter extraviado uma parte deste último. O quarto fundamento refere-se à violação dos direitos de defesa no que diz respeito aos documentos ilibatórios que foram consultados na Secretaria. O quinto fundamento refere-se a uma violação do direito de a recorrente ser ouvida antes da adopção da decisão controvertida pela Comissão. O sexto fundamento é relativo à violação do dever de fundamentar os acórdãos e do artigo 82.º CE no que diz respeito à definição de mercado geográfico relevante adoptada pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido. O sétimo fundamento refere-se à violação do dever de fundamentar os acórdãos e do artigo 82.º CE na apreciação da posição dominante efectuada no acórdão recorrido. O oitavo fundamento refere-se à violação do dever de fundamentar os acórdãos e do artigo 82.º CE no que diz respeito ao desconto acordado ao grupo Saint-Gobain. O nono fundamento tem por objecto a violação do dever de fundamentar os acórdãos e do artigo 82.º CE no que diz respeito à existência de um abuso discriminatório.

41 Em primeiro lugar e conjuntamente, importa examinar o terceiro e quinto fundamentos, ambos relativos à violação dos direitos de defesa.

Argumentos das partes

42 Na primeira parte do terceiro fundamento, a recorrente censura o Tribunal Geral de lhe ter exigido uma prova impossível, na medida em que lhe impôs a demonstração de que os documentos extraviados poderiam ter sido úteis à sua defesa, dado que não podiam ser examinados.

43 Na segunda parte deste fundamento, a recorrente censura o Tribunal Geral de ter violado o princípio segundo o qual é suficiente que os referidos documentos possam ter influência, mesmo que reduzida, na decisão controvertida.

44 Na terceira parte do referido fundamento, a recorrente censura o Tribunal Geral de não se ter limitado a um exame provisório do processo para verificar se os documentos em falta poderiam ter influência nessa decisão, mas de ter decidido, antes de mais, quanto ao mérito. Com efeito, o Tribunal Geral considerou, inicialmente, que os fundamentos de mérito invocados pela recorrente em apoio do seu recurso de anulação da decisão controvertida deveriam ser julgados improcedentes, tendo concluído, posteriormente, que os documentos não divulgados à recorrente não poderiam ter exercido nenhuma influência na referida decisão.

45 Na quarta parte do mesmo fundamento, a recorrente censura o Tribunal Geral de ter considerado, no n.º 470 do acórdão recorrido, que «nenhum indício permit[ia] presumir que a recorrente poderia ter descoberto nos "subprocessos" em falta quaisquer

documentos que desmentissem o facto de deter uma posição dominante» com fundamento exclusivamente na quota de mercado e de ter, assim, invertido o ónus da prova e violado a presunção de inocência. A recorrente contestou a existência de posição dominante e não seria de excluir que outros documentos lhe permitissem confirmar a sua argumentação.

46 Na quinta parte do terceiro fundamento, a recorrente censura o Tribunal Geral de ter violado os direitos de defesa ao considerar, no n.º 474 do acórdão recorrido, a respeito do desconto de «grupo» concedido à Saint-Gobain, que «deveria ter indicado em que medida outros elementos de prova poderiam ter posto em causa o conteúdo do protocolo secreto ou, pelo menos, dar-lhe uma perspectiva diferente».

47 Na sexta parte deste fundamento, a recorrente defende que o Tribunal Geral violou os direitos de defesa ao considerar, no n.º 471 do acórdão recorrido, que um erro da Comissão quanto à definição do mercado geográfico «não podia ter tido uma influência determinante quanto ao resultado», uma vez que a recorrente não poderia ter encontrado nas pastas extraviadas pela Comissão quaisquer documentos úteis à sua defesa.

48 Na primeira parte do quinto fundamento, a recorrente censura o Tribunal Geral de não ter dado resposta ao seu argumento segundo o qual deveria ter sido ouvida antes da adopção da decisão controvertida, não obstante o acórdão Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido, na medida em que o procedimento administrativo padecia de irregularidades resultantes da falta de acesso ao processo numa fase prévia à da adopção desta decisão, afectando a validade das suas medidas preparatórias, e uma vez que essas irregularidades tinham sido declaradas pelo Tribunal antes de a decisão controvertida ter sido adoptada, no acórdão de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91), já referido.

49 Na segunda parte deste fundamento, a recorrente censura o Tribunal Geral de não ter reconhecido que, antes de adoptar a decisão controvertida, a Comissão tinha a obrigação de ouvir a empresa em causa, uma vez que um acórdão do Tribunal Geral, apesar de ter sido proferido no quadro de um procedimento distinto, tinha considerado existir um vício que tinha afectado as medidas preparatórias da decisão anulada. A este respeito, a recorrente recorda o acórdão de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91), já referido, e sublinha que o procedimento, no presente processo, padecia de vícios idênticos aos vícios de que padecia o processo que deu origem a esse acórdão. Nos termos do artigo 233.º CE, a Comissão deveria ter retirado todas as consequências decorrentes de um acórdão proferido pelo Tribunal Geral. Apesar de a Decisão 91/299 ter sido anulada pelo Tribunal de Primeira Instância por falta de autenticação, a Comissão também deveria ter levado em consideração o acórdão de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91), já referido, que declarou definitivamente outra irregularidade de procedimento. Por conseguinte, a Comissão deveria, segundo a recorrente, sanar este vício de natureza processual declarado pelo Tribunal Geral para regularizar o procedimento e, por conseguinte, permitir-lhe aceder ao processo e apresentar-lhe todas as suas observações escritas e orais, antes da adopção da decisão controvertida.

50 A Comissão contesta a admissibilidade e o mérito dos fundamentos e argumentos assim invocados pela recorrente.

Apreciação do Tribunal

51 Ao invés do que alega a Comissão, no fundamento relativo à violação do direito de acesso ao processo, a recorrente não critica as apreciações de facto efectuadas pelo Tribunal Geral, mas as normas por este aplicadas em matéria de ónus da prova da utilidade de documentos em parte extraviados. A questão de saber se o Tribunal Geral aplicou um critério jurídico correcto na apreciação da utilidade desses documentos para a defesa da recorrente constitui uma questão de direito sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal Geral (v., neste sentido, acórdãos de 25 de Janeiro de 2007, Sumitomo Metal Industries e Nippon

Steel/Comissão, C-403/04 P e C-405/04 P, Colect., p. I-729, n.º 40, e de 10 de Julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, Colect., p. I-4951, n.º 117).

52 Os direitos de defesa são direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça (acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 64).

53 O respeito dos direitos de defesa num procedimento perante a Comissão que tenha por objecto aplicar uma coima a uma empresa por violação das regras de concorrência exige que a empresa interessada tenha podido dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados, bem como sobre os documentos utilizados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infracção ao Tratado (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 66). Estes direitos são referidos no artigo 41.º, n.º 2, alíneas a) e b), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

54 Como recordou correctamente o Tribunal Geral, no n.º 405 do acórdão recorrido, o direito de acesso ao processo implica que a Comissão faculte à empresa em causa a possibilidade de proceder a um exame de todos os documentos que figuram no processo de instrução e que possam ser pertinentes à sua defesa. Estes incluem elementos de prova, tanto de acusação como de defesa, com a ressalva dos segredos comerciais de outras empresas, dos documentos internos da Comissão e de outras informações confidenciais (acórdãos, já referidos, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, n.º 315, e Aalborg Portland e o./Comissão, n.º 68).

55 A violação do direito de acesso ao processo durante o procedimento que antecede a adopção da decisão é susceptível, em princípio, de levar à anulação dessa decisão quando se verificar uma violação do direito de defesa (acórdão Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido, n.º 317).

56 Neste caso, a violação ocorrida não fica sanada pelo simples facto de o acesso ter sido possibilitado durante o processo judicial (acórdão Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido, n.º 318). Com efeito, uma vez que a apreciação do Tribunal Geral se limita a uma fiscalização jurisdicional dos fundamentos invocados, esta não tem por objectivo nem por efeito substituir uma instrução completa do processo no âmbito de um procedimento administrativo. Além disso, o conhecimento tardio de certos documentos do processo não volta a colocar a empresa que recorreu de uma decisão da Comissão na situação em que se encontraria se tivesse podido basear-se nos mesmos documentos para apresentar as suas observações escritas e orais nessa instituição (v. acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 103 e jurisprudência aí referida).

57 Quando o acesso ao processo, e mais especificamente os documentos ilibatórios, é garantido na fase do processo judicial, a empresa em causa não tem de demonstrar que, se tivesse tido acesso aos documentos não comunicados, a decisão da Comissão teria tido um conteúdo diferente, mas apenas que esses documentos poderiam ter sido úteis à sua defesa (acórdão de 2 de Outubro de 2003, Corus UK/Comissão, C-199/99 P, Colect., p. I-11177, n.º 128; Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido, n.º 318; e Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 131).

58 Apesar de o Tribunal Geral ter correctamente recordado estes princípios, concluiu, no entanto, no n.º 481 do acórdão recorrido, que, «mesmo não tendo tido acesso a todos os documentos do processo instrutor, isso não impediu a recorrente de assegurar

a sua defesa quanto às acusações de fundo dadas por provadas pela Comissão na comunicação de acusações e na decisão [controvertida]».

59 Para chegar a esta conclusão, o Tribunal Geral examinou previamente as acusações constantes da referida decisão e as provas materiais apresentadas em apoio destas. Este modo de proceder não pode ser criticado, na medida em que é à luz destes elementos que deve ser apreciada a utilidade de outros documentos de defesa.

60 Todavia, o Tribunal Geral baseou, nomeadamente, a sua conclusão em considerações segundo as quais, em primeiro lugar, «as quotas de mercado muito grandes constituem só por si, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante» e, admitindo que essas circunstâncias tenham existido, a recorrente não as podia ignorar (n.º 470 do acórdão recorrido), em segundo lugar, «um eventual erro da Comissão [no que se refere à definição do mercado geográfico] não podia ter tido uma influência determinante quanto ao resultado» (n.º 471 desse acórdão) e, em terceiro lugar, «a recorrente deveria ter indicado em que medida outros elementos de prova poderiam ter posto em causa o conteúdo do protocolo secreto ou, pelo menos, dar-lhe uma perspectiva diferente» (n.º 474 do referido acórdão).

61 Estas afirmações ignoram as consequências que se devem tirar, no caso em apreço, da perda das pastas, relativamente aos direitos da recorrente. Com efeito, ao raciocinar nestes termos, o Tribunal Geral baseia-se em hipóteses não apenas no que diz respeito ao conteúdo dos documentos extraviados mas também no que diz respeito ao conhecimento que a recorrente deveria ter tido deste conteúdo. Nomeadamente, como salientou a advogada-geral no n.º 202 das suas conclusões, o Tribunal Geral não explica a razão pela qual a recorrente deveria ter tido por si própria conhecimento de eventuais circunstâncias excepcionais que pudessem ter contribuído para inverter a presunção da existência de uma posição dominante baseada nos dados relativos às quotas de mercado.

62 A este respeito, importa recordar que, segundo a Comissão, os subprocessos em falta continham provavelmente as respostas aos pedidos de informação apresentados nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17. Por conseguinte, não é de excluir que a recorrente pudesse encontrar nestes subprocessos elementos provenientes de outras empresas que lhe permitissem dar aos factos uma interpretação diferente da interpretação da Comissão, o que poderia ter sido útil para a sua defesa.

63 Uma vez que a recorrente não teve acesso a estes documentos e que o seu conteúdo não tinha sido determinado nem era determinável, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao impor que a recorrente, como fez no n.º 474 do acórdão recorrido, precisasse os argumentos que poderia ter invocado caso tivesse tido à sua disposição esses documentos, os quais, porém, não tinha a possibilidade material de conhecer.

64 No caso em apreço, importa salientar que estão em falta não apenas alguns documentos, cujo conteúdo poderia ter sido reconstituído a partir de outras fontes, mas subprocessos completos que, se as suposições da Comissão referidas no n.º 62 do presente acórdão forem exactas, poderiam conter documentos essenciais do procedimento da Comissão e que poderiam ser relevantes para a defesa da recorrente.

65 Daqui decorre que, ao concluir, no n.º 481 do acórdão recorrido, que a circunstância de a recorrente não ter tido acesso a todos os documentos do processo instrutor não a impediu de assegurar a sua defesa, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito quanto à violação, por parte da Comissão, dos direitos de defesa, violou os princípios do ónus da prova e baseou-se em hipóteses quanto ao conteúdo dos documentos em falta, cuja verificação lhe era impossível a ele próprio.

66 No que se refere à audição da empresa antes da adopção da decisão controvertida, invocada pela recorrente no quinto fundamento do seu recurso, há que recordar que essa audição faz parte dos direitos de defesa. Ora, uma violação dos direitos de defesa deve ser examinada em função das circunstâncias específicas de cada caso concreto.

67 No n.º 184 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral recordou correctamente que, quando a Comissão, depois da anulação de uma decisão que aplica sanções a empresas que infringiram o artigo 81.º, n.º 1, CE, com fundamento em vício de forma relativo exclusivamente às modalidades da sua adopção definitiva pelo colégio dos comissários, adopta uma nova decisão, com um conteúdo substancialmente idêntico e com base nas mesmas acusações, não tem de proceder a nova audição das empresas em causa (v., neste sentido, acórdão Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, já referido, n.ºs 83 a 111).

68 No presente processo, a questão da audição da recorrente não pode, todavia, ser dissociada do acesso ao processo. Com efeito, se a decisão controvertida tiver um conteúdo substancialmente idêntico e se basear nas mesmas acusações constantes da primeira decisão anulada pelo Tribunal Geral por vício de forma ocorrido na última fase do procedimento, a saber, um vício de autenticação regular pelo colégio de comissários, a adopção dessa primeira decisão também é afectada por um vício bem anterior a este último vício. Com efeito, como resulta do n.º 17 do presente acórdão, é pacífico que, durante o procedimento administrativo que conduziu à adopção da referida primeira decisão, a Comissão não apresentou à recorrente todos os documentos do seu processo, em particular os documentos ilibatórios.

69 Ora, como foi recordado no n.º 17 do presente acórdão, nos acórdãos, já referidos, de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91) e ICI/Comissão (T-36/91), o Tribunal de Primeira Instância declarou, no que se refere à Decisão 91/297 referida no n.º 12 do presente acórdão, conexa à decisão controvertida e objecto da mesma comunicação de acusações, que esse procedimento administrativo padecia de uma violação

dos direitos de defesa, na medida em que a Comissão não tinha concedido à empresa em causa um acesso suficiente aos documentos, nomeadamente aos susceptíveis de serem úteis à defesa desta última. Portanto, o Tribunal de Primeira Instância anulou essas decisões, recordando, nomeadamente, por um lado, que o acesso ao processo em questões de concorrência se insere nas garantias processuais que têm por fim proteger os direitos da defesa e, por outro, a necessidade de elaborar uma lista detalhada dos documentos que constam do processo que permita à empresa em causa avaliar a oportunidade de pedir para ter acesso a documentos específicos susceptíveis de serem úteis à sua defesa (acórdãos, já referidos, de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão, T-30/91, n.os 59 e 101, e ICI/Comissão, T-36/91, n.os 69 e 111).

70 Apesar destes elementos e não obstante uma jurisprudência do Tribunal de Justiça que confirma a importância do acesso ao processo e, mais particularmente, aos documentos ilibatórios (v., designadamente, acórdão de 8 de Julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão, C-51/92 P, Colect., p. I-4235), a Comissão adoptou uma decisão idêntica à que tinha sido anulada por falta de autenticação regular, sem ter dado início a um novo procedimento administrativo, no âmbito do qual teria ouvido a recorrente depois de lhe ter dado acesso ao processo.

71 Daqui resulta que, ao não levar em consideração as circunstâncias específicas do processo, nomeadamente ao basear-se no facto de a primeira decisão ter sido anulada por falta de autenticação regular e a segunda conter as mesmas acusações, o Tribunal Geral considerou erradamente que a audição da recorrente não era necessária. Por conseguinte, cometeu um erro de direito ao decidir que a Comissão não tinha violado os direitos de defesa pelo facto de não ter procedido à audição desta última antes da adopção da decisão controvertida.

72 Resulta destas considerações que o terceiro e quinto fundamentos do recurso são procedentes e que o acórdão recorrido deve ser anulado, na medida em que, nesse acórdão, o Tribunal Geral não anulou a decisão controvertida por violação dos direitos de defesa.

73 Uma vez que o reconhecimento da procedência do terceiro e quinto fundamentos implica a anulação do acórdão recorrido, não há que examinar os restantes fundamentos do recurso.

Quanto ao recurso da decisão controvertida

74 Nos termos do artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, se o recurso for julgado procedente, o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal Geral. Pode, nesse caso, decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado. Assim acontece no presente caso.

75 Resulta dos n.ºs 51 a 72 do presente acórdão que o recurso é julgado procedente e a decisão controvertida deve ser anulada por violação dos direitos de defesa.

Quanto às despesas

76 Nos termos do artigo 122.º do Regulamento de Processo, se o recurso for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, deste regulamento, aplicável ao processo perante o Tribunal de Justiça que tenha por objecto um recurso de uma decisão do Tribunal Geral por força do artigo 118.º deste, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida no essencial dos seus fundamentos e a recorrente pedido a sua condenação, há que

condená-la a suportar, para além das suas próprias despesas, a totalidade das despesas da recorrente, tanto em primeira instância como no presente recurso.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) decide:

1) **É anulado o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 17 de Dezembro de 2009, Solvay/Comissão (T-57/01).**

2) **É anulada a Decisão 2003/6/CE da Comissão, de 13 de Dezembro de 2000, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE (COMP/33.133 – C: Carbonato de sódio – Solvay).**

3) **A Comissão Europeia é condenada nas despesas tanto da primeira instância como do presente recurso.**

Assinaturas