CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 25 de octubre de 2001 [1]

I. Introducción

A. *Hechos que dieron origen al litigio*

1. Como consecuencia de inspecciones llevadas a cabo en el sector del polipropileno, los días 13 y 14 de octubre de 1983, basadas en el artículo 14 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, [2] la Comisión de las Comunidades Europeas abrió un expediente en relación con el policloruro de vinilo (en lo sucesivo, «PVC»). A continuación, efectuó varias visitas de inspección en los locales de las empresas afectadas y dirigió a estas últimas una serie de solicitudes de información.

2. El 24 de marzo de 1988, la Comisión inició, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 17, un procedimiento de oficio contra catorce fabricantes de PVC. El 5 de abril de 1988, envió a cada una de estas empresas el pliego de cargos previsto en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17. [3] Todas las empresas destinatarias del pliego de cargos presentaron observaciones durante el mes de junio de 1988. A excepción de Shell International Chemical Company Ltd, que no lo había solicitado, las empresas fueron oídas a lo largo del mes de septiembre de 1988.

3. El 1 de diciembre de 1988, el comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes (en lo sucesivo, «comité consultivo») emitió su dictamen sobre el anteproyecto de decisión de la Comisión.

4. Al finalizar el procedimiento, la Comisión adoptó la Decisión 89/190/CEE, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.865, PVC) [4] (en lo sucesivo, «Decisión PVC I»). Mediante esta Decisión, la Comisión sancionó, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente

1 — Lengua original: francés.
2 — DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.
3 — DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62.
4 — DO 1989, L 74, p. 1.

artículo 81 CE, apartado 1), a los siguientes fabricantes de PVC: Atochem SA, BASF AG, DSM NV, Enichem SpA, Hoechst AG (en lo sucesivo, «Hoechst»), Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc (en lo sucesivo, «ICI»), Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedison SpA, Norsk Hydro AS (en lo sucesivo, «Norsk Hydro»), Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Company Ltd, Solvay et Cie (en lo sucesivo, «Solvay») y Wacker-Chemie GmbH.

5. Todas estas empresas, a excepción de Solvay, interpusieron un recurso contra la Decisión ante el órgano jurisdiccional comunitario, con objeto de obtener su anulación.

6. Mediante auto de 19 de junio de 1990, Norsk Hydro/Comisión,[5] el Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad del recurso de dicha empresa.

7. Los demás asuntos se acumularon a efectos de la fase oral y de la sentencia.

8. Mediante sentencia de 27 de febrero de 1992, BASF y otros/Comisión,[6] el Tribunal de Primera Instancia declaró inexistente la Decisión PVC I.

9. Pronunciándose sobre un recurso de casación interpuesto por la Comisión, el Tribunal de Justicia anuló, mediante sentencia de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros,[7] la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y la Decisión PVC I.

10. Como consecuencia de dicha sentencia, la Comisión adoptó, el 27 de julio de 1994, una nueva Decisión contra los fabricantes sancionados por la Decisión PVC I, a excepción, no obstante, de Solvay y de Norsk Hydro AS [Decisión 94/599/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/31.865 — PVC) (DO L 239, p. 14; en lo sucesivo, «Decisión PVC II»)]. Esta Decisión impuso a las empresas destinatarias multas de la misma cuantía que las previstas en la Decisión PVC I.

11. La Decisión PVC II contiene las siguientes disposiciones:

«*Artículo 1*

BASF AG, DSM NV, Elf Atochem SA, Enichem SpA, Hoechst AG, Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedi-

5 — T-106/89, no publicado en la Recopilación.

6 — Asuntos acumulados T-79/89, T-84/89 a T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 y T-104/89, Rec. p. II-315.

7 — C-137/92 P, Rec. p. I-2555.

son SpA, Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical [Company] Ltd y Wacker-Chemie GmbH infringieron el artículo 85 del Tratado al participar (junto con Norsk Hydro [...] y Solvay [...]) durante los períodos descritos en la presente Decisión en un acuerdo y/o en una práctica concertada que se inició aproximadamente en agosto de 1980, en virtud de la cual los productores que suministraban PVC en la Comunidad asistieron a reuniones periódicas cuya finalidad era fijar precios "objetivo" y cuotas "objetivo", planificar iniciativas concertadas para elevar el nivel de precios y supervisar la aplicación de dichos acuerdos colusorios.

Artículo 2

Las empresas mencionadas en el artículo 1 que aún desarrollen actividades en el sector del PVC de la Comunidad, aparte de Norsk Hydro y Solvay respecto a las cuales la intimación al cese de la infracción todavía es válida, pondrán fin de inmediato a la infracción (si no lo hubieren hecho ya), y, en sus actividades relacionadas con el PVC, se abstendrán en adelante de cualquier acuerdo o práctica concertada que pudiere tener un objeto o efecto idéntico o similar, incluido el intercambio de información del tipo que normalmente queda amparado por el secreto profesional y que permita a los participantes, directa o indirectamente, tener conocimiento de la producción, distribución, nivel de existencias, precios de venta, costes o planes de inversión de los demás productores o que les permita controlar la adhesión a cualquier acuerdo tácito o expreso o a cualquier práctica concertada que se refiera a los precios o al reparto del mercado dentro de la Comunidad. Todo sistema de intercambio de información general al que estén abonados los productores con respecto al sector del PVC será administrado de forma que quede excluida toda información que permita identificar el comportamiento de los distintos productores; las empresas en particular se abstendrán de intercambiarse información adicional relativa a la competencia que no esté prevista en dicho sistema.

Artículo 3

Se imponen las siguientes multas a las empresas que a continuación se mencionan con respecto a la infracción a que se refiere el artículo 1:

i) Basf AG, una multa de 1.500.000 ecus,

ii) DSM NV, una multa de 600.000 ecus,

iii) Elf Atochem SA, una multa de 3.200.000 ecus,

iv) Enichem SpA, una multa de 2.500.000 ecus,

v) Hoechst AG, una multa de 1.500.000 ecus,

vi) Hüls AG, una multa de 2.200.000 ecus,

vii) Imperial Chemical Industries plc, una multa de 2.500.000 ecus,

viii) Limburgse Vinyl Maatschappij NV, una multa de 750.000 ecus,

ix) Montedison SpA, una multa de 1.750.000 ecus,

x) Société artésienne de vinyle SA, una multa de 400.000 ecus,

xi) Shell International Chemical Company Ltd, una multa de 850.000 ecus,

xii) Wacker-Chemie GmbH, una multa de 1.500.000 ecus.»

B. *Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia*

12. Mediante diferentes demandas presentadas en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia entre el 5 y el 14 de octubre de 1994, las empresas Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA (en lo sucesivo, «Elf Atochem»), BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV y DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst, Société artésienne de vinyle SA, Montedison SpA, ICI, Hüls AG y Enichem SpA interpusieron recursos ante el Tribunal de Primera Instancia.

13. Cada una de las demandantes solicitó la anulación, total o parcial, de la Decisión PVC II y, con carácter subsidiario, la anulación de la multa que se le impuso o la reducción de su cuantía. Montedison

SpA solicitó también que se condenase a la Comisión a pagarle una indemnización, como consecuencia de los gastos relacionados con la constitución de la garantía y por cualquier otro gasto originado por la Decisión PVC II.

C. *La sentencia del Tribunal de Primera Instancia*

14. Mediante sentencia de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión [8] (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), el Tribunal de Primera Instancia decidió:

— Acumular los asuntos a los efectos de la sentencia.

— Anular el artículo 1 de la Decisión PVC II en la medida en que considera que la Société artésienne de vinyle SA participó en la infracción reprochada después del primer semestre de 1981.

— Reducir las multas impuestas a Elf Atochem, a la Société artésienne de vinyle SA y a ICI a 2.600.000 euros, 135.000 euros y 1.550.000 euros, respectivamente.

— Desestimar los recursos en todo lo demás.

— Resolver sobre las costas.

D. *Procedimiento ante el Tribunal de Justicia*

15. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 29 de junio de 1999, Elf Atochem interpuso un recurso de casación con arreglo al artículo 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia.

16. La recurrente solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida y resuelva definitivamente el litigio.

— Condene en costas a la Comisión.

17. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso.

8 — Asuntos acumulados 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 y T-335/94, Rec. p. II-931.

— Condene en costas a la recurrente.

II. Análisis

18. La parte recurrente alega dos motivos que procede analizar sucesivamente.

Sobre el primer motivo

19. Elf Atochem reprocha, en primer lugar, al Tribunal Primera Instancia el no haberse pronunciado sobre un motivo basado en que la Decisión PVC II constituía una decisión esencialmente diferente de la Decisión PVC I, motivo que tanto ella misma como otras recurrentes habían desarrollado ampliamente ante él, como refleja, a su juicio, el apartado 222 de la sentencia recurrida. Estima que tal falta de motivación basta por sí misma para dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida.

20. Procede señalar, a este respecto que, en el apartado 257 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «la Decisión contiene solamente modificaciones de redacción que no afectan a los cargos».

21. Así pues, respondió a este argumento de la recurrente y además examinaré a continuación el fundamento de su posición.

22. Por consiguiente, Elf Atochem le reprocha equivocadamente que no se pronunciara.

23. De ello se desprende que el motivo basado en la falta de motivación carece de fundamento y debe desestimarse.

Sobre el segundo motivo

24. Elf Atochem alega que el Tribunal de Primera Instancia declaró erróneamente que la Comisión no estaba obligada a incoar un nuevo procedimiento administrativo, con arreglo a los Reglamentos n°s 17 y 99/63, para adoptar la Decisión PVC II. Su motivo se divide en cuatro partes.

25. Las dos primeras se refieren a la necesidad de realizar actos preparatorios, a saber, la audiencia de las empresas y del comité consultivo, antes de la adopción de la Decisión PVC II. Su análisis depende pues de la cuestión de si los actos prepara-

torios realizados anteriormente, con vistas a la Decisión PVC I, conservaron su validez, lo que es objeto de la tercera parte de este motivo. Procede por tanto examinar ésta en primer lugar.

Sobre la tercera parte, basada en la anulación de toda la Decisión PVC I mediante la sentencia Comisión/BASF y otros, antes citada

26. Elf Atochem señala que dicha sentencia anuló la Decisión PVC I por haber infringido tanto las normas de autenticación como el principio de colegialidad. Estima que tal nulidad se aplicaba a todo el acto, puesto que el Tribunal de Justicia no limitó el alcance de la anulación a determinadas partes. Pues bien, según la recurrente, el procedimiento administrativo previo es consustancial al acto. Por consiguiente, apunta, la anulación de este último suponía que debían realizarse de nuevo los actos administrativos previos previstos por los Reglamentos n°s 17 y 99/63.

27. Cita, en este sentido, las sentencias Transocean Marine Paint/Comisión [9] y British Aerospace y Rover/Comisión. [10]

28. La cuestión de los efectos de la anulación de una decisión sobre la validez de los actos previos depende, como declaró acertadamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 184 de la sentencia recurrida, de los motivos de anulación, lo que por otra parte no discute la parte recurrente.

29. Esta afirmación, que no es más que la aplicación al caso de autos de la regla general de la fuerza de cosa juzgada, se ve confirmada tanto por la jurisprudencia que cita el Tribunal de Primera Instancia como por la que invoca la propia recurrente.

30. En efecto, en los precedentes citados por ésta, el origen de la nulidad de la decisión de la Comisión era, contrariamente al caso de autos, un vicio de procedimiento que afectaba a actos anteriores a la fase de adopción final del texto y suponía lógicamente la obligación del autor de la decisión de poner remedio a la invalidez que afectaba a dichos actos preparatorios.

31. Así, en el asunto Transocean Marine Paint/Comisión, antes citado, la nulidad parcial de la decisión impugnada se debía al hecho de que, durante el procedimiento preparatorio, la Comisión no había informado a las empresas de una condición que posteriormente incluyó en su decisión final,

9 — Sentencia de 23 de octubre de 1974 (17/74, Rec. p. 1063).

10 — Sentencia de 4 de febrero de 1992 (C-294/90, Rec. p. I-493).

lo que explicaba la necesidad de repetir el procedimiento previo.

32. En el asunto British Aerospace y Rover/Comisión, antes citado, se trataba de la adopción por la Comisión de una nueva decisión en materia de ayudas de Estado, en el marco de litigios relativos a la ejecución de decisiones anteriores, y no de las consecuencias de una sentencia de anulación. Había, a diferencia del caso de autos, hechos nuevos que podían exigir un nuevo procedimiento.

33. De estas consideraciones resulta que el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente que procedía determinar, a la luz del fallo y de los fundamentos de Derecho de la sentencia del Tribunal de Justicia relativa a la Decisión PVC I, el efecto de la anulación de ésta sobre los actos preparatorios.

34. Pues bien, tal anulación derivaba únicamente del hecho de que la Comisión infringió las normas de procedimiento que rigen exclusivamente la adopción definitiva de la decisión. La nulidad no podía pues extenderse a las etapas procesales anteriores a la producción de este vicio de procedimiento y a las que no cabía aplicar dichas reglas.

35. La insistencia con la que la parte recurrente alega que la anulación, cuyo carácter íntegro subraya, no se debía únicamente a tal vicio de procedimiento sino también, incluso esencialmente, a la violación del principio de colegialidad, no desvirtúa en modo alguno esta conclusión.

36. En efecto, ninguna de las dos causas de nulidad afecta a los actos anteriores a la Decisión final. Tanto la falta de autenticación de su texto como la violación del principio de colegialidad producida en el momento de su adopción definitiva son, por naturaleza, ajenos al desarrollo anterior del procedimiento y no pueden por tanto afectar a su validez. El hecho de que estas causas de nulidad afecten a la integridad de la Decisión carece de pertinencia a este respecto, puesto que de ello no se desprende que la nulidad se extienda a otros actos, como los preparatorios.

37. Por consiguiente, la situación era análoga a la que dio lugar a la sentencia España/Comisión, [11] citada por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 184 de la sentencia recurrida, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el procedimiento destinado a reemplazar el acto anulado podía retomarse en el mismo punto en el que se produjo la ilegalidad.

38. Así pues, el Tribunal de Primera Instancia no cometió un error de Derecho al considerar que la nulidad de la Decisión PVC I no se extendía a los actos previos a la Decisión anulada.

11 — Sentencia de 12 de noviembre de 1998 (C-415/96, Rec. p. I-6993).

39. Debe por tanto desestimarse la tercera parte de este motivo.

Sobre la primera parte, basada en la violación del derecho a ser oído vinculado a la adopción de una nueva decisión

40. Elf Atochem estima que, para adoptar la Decisión PVC II, la Comisión debería haber aplicado de nuevo los Reglamentos nos 17 y 99/63, porque dicha Decisión no sólo se adoptó seis años después de la Decisión PVC I, es decir, en un contexto económico sustancialmente diferente, que habría justificado la audiencia de las partes, sino que además contenía elementos nuevos con respecto a esta última.

41. Afirma que la primera diferencia residía en que los destinatarios de la Decisión PVC II no eran los mismos que los de la Decisión PVC I. En efecto, tanto la motivación como la parte dispositiva de la Decisión PVC II distinguían a las sociedades Norsk Hydro y Solvay, que no fueron condenadas, al haber indicado la Comisión en el punto 59 de dicha Decisión: «Dado que Solvay no presentó al Tribunal de Justicia un recurso de anulación de la [Decisión PVC I], y que el recurso de Norsk Hydro fue declarado improcedente, la [Decisión PVC I] continúa siendo válida por lo que a ellos se refiere». Considera que esto ilustra perfectamente la coexistencia de dos Decisiones, a saber, la Decisión PVC I que se adoptó respecto a Norsk Hydro y Solvay y la Decisión PVC II, que se refería a las demás empresas. Pues bien, sólo la Decisión PVC I fue objeto de un procedimiento administrativo previo.

42. La segunda diferencia, apunta la recurrente, se debía al hecho de que, en la Decisión PVC II, la Comisión basó, de manera significativa, los cargos en los comportamientos colectivos de empresas entre las que seguían figurando Norsk Hydro y Solvay, a pesar de que ambas sociedades no eran destinatarias de tal Decisión. Así, paradójicamente, la Comisión seguía teniendo en cuenta el comportamiento de las mencionadas sociedades, terceras respecto a la Decisión PVC II, para determinar la importancia de la infracción alegada contra las empresas destinatarias de la Decisión PVC II. Por consiguiente, según Elf Atochem, las Decisiones PVC I y PVC II se referían a supuestos acuerdos y/o prácticas concertadas colectivas, cuyos miembros en 1994 eran distintos de los inculpados en 1988.

43. Estimo, al igual que la Comisión, que este razonamiento procede de una concepción equivocada de la naturaleza jurídica de la Decisión de la Comisión. En efecto, como señaló acertadamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 167 de la sentencia recurrida, la Decisión, aunque se presente como un sólo acto, constituye, en realidad, un conjunto de Decisiones indivi-

duales. Por consiguiente, la anulación sólo podía referirse a los destinatarios cuyo recurso hubiera prosperado, como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia Comisión/AssiDomän Kraft Products y otros. [12]

44. Por el contrario, para Solvay y Norsk Hydro, la Decisión inicial seguía siendo válida y no procedía, por tanto, dirigirles la Decisión PVC II. Ésta sólo podía dirigirse a las empresas a las que ya no se aplicaba la Decisión PVC I.

45. De ello se deduce que el hecho de que las Decisiones PVC I y PVC II se dirigieran a destinatarios diferentes no implicaba en modo alguno que la segunda presentara, respecto a la primera, una diferencia sobre la que debería haberse oído a las empresas.

46. Lo mismo ocurre con el argumento de que la Decisión PVC II tuvo en cuenta los comportamientos de Solvay y Norsk Hydro, cuando, a diferencia de la Decisión PVC I, dichas empresas no formaban parte de los destinatarios de la Decisión.

47. En efecto, de los apartados 768 a 778 de la sentencia recurrida resulta que el Tribunal de Primera Instancia demostró, sin que la recurrente lo contradijera, que la Comisión no había imputado a las empresas una responsabilidad colectiva, sino la responsabilidad por los hechos en los que cada empresa participó.

48. De ello se desprende que la responsabilidad que se imputó a cada empresa no dependía de las infracciones cometidas por las otras. No cabe, por consiguiente, alegar que la Decisión PVC II, a diferencia de la Decisión PVC I, tuvo en cuenta los comportamientos de empresas que no eran destinatarias de la Decisión.

49. Finalmente, las consideraciones que la Comisión dedicó a la prescripción [13] tampoco suponían, con respecto a la Decisión PVC I, una diferencia sobre la que se debería haber consultado a las empresas.

50. En efecto, mediante tales consideraciones, la Comisión completó sus alegaciones en apoyo de los cargos existentes, sobre los que se había consultado a las empresas antes de adoptar la Decisión PVC I, pero no

12 — Sentencia de 14 de septiembre de 1999 (C-310/97 P, Rec. p. I-5363).

13 — Véanse los puntos 56 a 58 de la Decisión.

añadió ningún cargo nuevo. Por tanto, la nueva Decisión sólo se refería a comportamientos sobre los que las empresas habían podido pronunciarse.

51. Por consiguiente, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [14] el hecho de que la Comisión completara posteriormente sus alegaciones es admisible sin que fuera necesario oír de nuevo a las empresas.

52. No obstante, resulta de las alegaciones de la recurrente que la existencia o no de cargos nuevos, incluso de meras diferencias entre ambas Decisiones, no fue, en su opinión, determinante en modo alguno.

53. Estima, en efecto, que cada una de las Decisiones adoptadas por la Comisión contenía sus propios cargos. A su juicio, la Comisión no podía retomar pura y simplemente los cargos de una decisión anterior anulada.

54. En apoyo de este argumento la recurrente cita el artículo 4 del Reglamento nº 99/63 que dispone que, en sus decisiones, la Comisión solamente ha de mantener los cargos respecto de los cuales las partes hayan podido manifestar sus puntos de vista.

55. Considera, por consiguiente, que cualquier decisión de la Comisión por la que se declare una infracción debe haber estado precedida de su propio procedimiento previo.

56. Ha de recordarse, a este respecto, que, como he señalado anteriormente, los actos preparatorios realizados antes de la autenticación del texto de la Decisión no vieron afectada su validez por la anulación de ésta.

57. De ello se deriva que, en el caso de autos, las empresas afectadas fueron oídas y pudieron exponer sus argumentos sobre los cargos formulados en su contra por la Comisión.

58. Se cumple, por consiguiente, el requisito que impone el artículo 4 del Reglamento nº 99/63, citado por la demandada, puesto que no se alegó que la Comisión hubiera estimado cargos sobre los que las empresas no pudieron dar a conocer sus puntos de vista.

14 — Sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 15.

59. En efecto, de esta disposición sólo se deduce que toda decisión debe basarse en cargos sobre los que las partes hayan podido manifestarse. Ello no implica que una decisión anterior anulada no hubiera podido basarse en los mismos cargos.

60. Tal requisito no sólo no resulta del texto del Reglamento, sino que tampoco está justificado por su finalidad.

61. Dicho Reglamento pretende, en efecto, salvaguardar el derecho de defensa impidiendo que las empresas sean víctimas de sorpresas por parte de la Comisión y puedan, por el contrario, pronunciarse en tiempo hábil sobre los cargos que se les imputan.

62. El respeto de esta finalidad no se opone a que dichos cargos ya hubieran figurado en una decisión anterior cuando, como en el caso de autos, ésta se anuló sin que la anulación afectara a los actos preparatorios.

63. No obstante, Elf Atochem alega, con carácter subsidiario, que si la obligación de la Comisión de oír nuevamente a las partes no se desprendiera de los Reglamentos n°s 17 y 99/63, resultaría, en cualquier caso, de las exigencias del respeto «escrupuloso» del derecho de defensa.

64. No comparto esta tesis.

65. En efecto, como acabo de señalar, la finalidad de la audiencia de las empresas es permitirles pronunciarse sobre los comportamientos que se les reprochan. Pues bien, en el caso de autos, esto se hizo en el marco del procedimiento preparatorio de la Decisión PVC I. No veo por qué razón el derecho de defensa habría exigido que las empresas volvieran a manifestar sus puntos de vista sobre los mismos hechos.

66. Procede recordar, en este contexto, que la Decisión PVC II se refiere únicamente a los comportamientos producidos entre 1980 y 1984 y sobre los que las empresas pudieron perfectamente manifestarse.

67. Por consiguiente, el derecho a ser oído se respetó plenamente, a pesar de las eventuales evoluciones ulteriores en el contexto fáctico y jurídico. No cabe, en efecto, considerar que tal derecho impone a la Comisión la obligación de permitir que las empresas formulen observaciones sobre otros aspectos de su acción, como el

ejercicio de su facultad de apreciación sobre la oportunidad de una decisión.

68. Además, como señala la Comisión, la pretensión de la recurrente de comentar las diferencias entre las Decisiones PVC I y PVC II equivale a exigir, en la práctica, un examen contradictorio del anteproyecto de decisión. Ahora bien, de la jurisprudencia se desprende que tal propuesta es contraria al sistema que quiere establecer el Reglamento nº 17. [15]

69. En cuanto al argumento que la recurrente basa en el papel que el consejero auditor habría podido jugar en su favor, tal consideración nada resta al hecho de que, en el caso de autos, éste intervino y elaboró un informe con motivo de la preparación de la Decisión PVC I. Al no existir una obligación de celebrar una nueva audiencia, no procedía volver a hacer intervenir al consejero auditor.

70. Añadiré también en este punto que la referencia a la jurisprudencia Transocean Marine Paint/Comisión, antes citada, tampoco puede apoyar la tesis de la recurrente. En efecto, dicho asunto difería básicamente del caso de autos en que la decisión impugnada contenía una novedad sustancial, a saber, un nuevo requisito añadido a una exención, respecto al procedimiento previo.

15 — Sentencia Musique diffusion française y otros/Comisión, antes citada, apartado 35.

71. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la primera parte de este motivo debe ser desestimada.

Sobre la segunda parte, basada en la falta de consulta al comité consultivo

72. Elf Atochem alega que debía haberse respetado, so pena de nulidad, el requisito sustancial de forma de la consulta al comité consultivo prevista en los artículos 10, apartado 3, y 15, apartado 3, del Reglamento nº 17. Considera que la consulta al comité tiene por objeto recabar la opinión de los representantes de los Estados miembros y su objetivo es por tanto diferente del de la audiencia de las empresas. El hecho de que la Comisión hubiera omitido esta última no le dispensaba de la primera.

73. Basta recordar, a este respecto, que, como ya he señalado, los actos preparatorios anteriores a la Decisión PVC I, incluida la consulta al comité consultivo, no resultaron afectados por su anulación. De ello se deduce que, al haber tenido lugar dicha consulta, en el caso de autos se respetaron las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 17.

74. Procede, por consiguiente, desestimar la tercera parte de este motivo.

Sobre la cuarta parte, basada en la violación del derecho de acceso al expediente

75. Elf Atochem apunta que, a pesar de la ampliación de las condiciones de acceso al expediente entre 1988 y 1994, la Comisión no ofreció espontáneamente a las empresas acceso a los elementos inculpatorios y exculpatorios que poseía.

76. Afirma que el examen de los documentos a los que finalmente se dio acceso en el marco de una diligencia de ordenación del procedimiento adoptada por el Tribunal de Primera Instancia reveló la existencia de violaciones muy graves del principio de contradicción, ya que no se comunicaron ciertos documentos exculpatorios y la Comisión ocultó pura y simplemente los elementos exculpatorios en determinados documentos que sí se comunicaron.

77. La recurrente reprocha al Tribunal de Primera Instancia el haber subordinado la constatación de la existencia de una violación del derecho de defensa a la prueba de que la decisión de no dar traslado de los documentos en cuestión pudo influir, en perjuicio de la demandante, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la Decisión.

78. Estima, en efecto, que el Tribunal de Justicia nunca confirmó esta concepción restrictiva del derecho de defensa en el marco de los artículos 85 y 86 del Tratado, sino sólo en materia de ayudas de Estado. [16] Considera que, en este ámbito, tal solución se explica por la posición privilegiada de la que disponen los Estados miembros frente a la Comisión y a las partes interesadas. Así pues, el contexto no es comparable al de los procedimientos que tienen por objeto que se declare la infracción del artículo 85 por parte de una empresa.

79. En cualquier caso, según Elf Atochem, el principio de contradicción se habría violado aunque la Comisión no hubiera utilizado directamente los documentos de los que no se dio traslado.

80. ¿Qué debe pensarse de este razonamiento?

81. Debe señalarse, en primer lugar, que, contrariamente a lo que afirma la recurrente, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la mera decisión de no dar traslado de los documentos no entraña la anulación de la Decisión.

82. En efecto, del apartado 80 de la sentencia Hercules Chemicals/Comisión [17] se

16 — Sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), apartados 47 y 48.

17 — Sentencia de 8 de julio de 1999 (C-51/92 P, Rec. p. I-4235).

desprende indudablemente que si la empresa no demuestra que los documentos de que se trata contenían elementos útiles para su defensa y que, por consiguiente, la imposibilidad de tomar conocimiento de ellos antes de adoptarse la Decisión había vulnerado su derecho de defensa, no procede anular la Decisión de la Comisión.

83. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia consideró acertadamente que la mera existencia de una irregularidad en el acceso al expediente no justificaba la anulación de la Decisión.

84. No obstante, la recurrente estima que el examen de los documentos que efectuó el Tribunal de Primera Instancia para determinar si había habido, en el caso de autos, violación del derecho de defensa se basaba en un planteamiento erróneo.

85. En efecto, la recurrente ha alegado que, en lugar de situarse en la perspectiva *ex ante* de la empresa, el Tribunal de Primera Instancia recurrió por el contrario a un enfoque *ex post*. En otros términos, en lugar de examinar si la empresa habría podido utilizar los documentos controvertidos, analizó si la utilización de estos documentos por parte de la empresa habría llevado a que la Decisión tuviera un contenido diferente del que finalmente tuvo.

86. Es cierto que, en el apartado 1.074 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia observa que ninguna de las demandantes «ha acreditado que el desarrollo del procedimiento o la Decisión hayan podido verse influidos, en perjuicio de la demandante, por el hecho de no haberle dado traslado de un documento que debería haber conocido».

87. Pues bien, en el apartado 81 de su sentencia Hercules Chemicals/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia afirmó expresamente que «la empresa de que se trate no debe demostrar que, si hubiera tenido acceso a las respuestas que los demás productores dieron a los pliegos de cargos, la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que habría podido utilizar dichos documentos para su defensa.»

88. ¿Debe, por consiguiente, considerarse que el Tribunal de Primera Instancia utilizó un criterio de análisis erróneo?

89. No lo creo. Así, para analizar determinados documentos, utilizó igualmente los términos «afectar a las posibilidades de defensa de las demandantes» (aparta-

do 1.035 de la sentencia recurrida), «en qué medida quedaron afectados sus derechos de defensa» (apartado 1036), «haber afectado a las posibilidades de defensa de las empresas» (apartado 1041), «contener ningún elemento útil para la defensa de las demandantes» (apartado 1073).

90. Es más, la propia expresión «desarrollo del procedimiento» utilizada en el apartado 1074 se refiere implícitamente a las posibilidades de las empresas de defenderse en el transcurso de aquél.

91. Por otra parte, la lectura de los argumentos que el Tribunal de Primera Instancia dedica a este análisis muestra de forma indiscutible que dicho Tribunal examinó si los documentos de que se trata habrían tenido la más mínima utilidad para la demandante. Por tanto, no limitó su análisis a la cuestión de si la falta de traslado de los documentos litigiosos había tenido consecuencias en el contenido de la Decisión final.

92. En efecto, su exposición lleva, esencialmente, a demostrar que los documentos de que se trata, lejos de proporcionar un argumento a la recurrente, bien no podían ser invocados por ésta, debido a su naturaleza o a su objeto, o bien, por su contenido, confirmaban las conclusiones de la Comisión o, en todo caso, no aportaban a éstas la más mínima contradicción.

93. Estimo, por consiguiente, que el método de análisis del Tribunal de Primera Instancia respetó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada.

94. Además, aunque no fuera así, correspondería a la recurrente demostrar la existencia de documentos respecto de los que el Tribunal de Primera Instancia hubiera considerado equivocadamente que la decisión de no dar traslado de ellos no menoscababa el derecho de defensa.

95. En efecto, la recurrente no puede limitarse a indicar en abstracto que el Tribunal de Primera Instancia utilizó un criterio erróneo. Debe además demostrar que dicho error tuvo como consecuencia que las empresas hubieran podido invocar un documento respecto al cual el Tribunal de Primera Instancia consideró que no podía llevar a la Comisión a adoptar una decisión diferente.

96. Es más, no cabe interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que basta que una empresa afirme que, en teoría, habría podido emplear el documento de que se trata para su defensa. Procede, en efecto, considerar, para no llegar a consecuencias absurdas, que debe probarse que la utilización de dicho documento por la defensa tenía posibilidades plausibles de éxito, aunque no se tenga la certeza de que habría cambiado la opinión de la Comisión.

97. En todo caso, la recurrente se cuida bien de identificar el más mínimo documento que habría podido emplear para su defensa y respecto al que el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que su falta de traslado no supuso una violación del derecho de defensa.

98. De ello se deduce, independientemente del criterio de análisis utilizado, que la recurrente no demuestra que la irregularidad cometida en el contexto del acceso al expediente tuviera la más mínima consecuencia sobre sus posibilidades de defenderse.

99. Así pues, debe desestimarse la cuarta parte del motivo y, por consiguiente, éste en su totalidad.

III. Conclusión

100. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la parte recurrente.