CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 25 de Outubro de 2001 [1]

I — Introdução

A — *Matéria de facto na origem do litígio*

1. Na sequência das diligências de instrução efectuadas no sector do polipropileno, em 13 e 14 de Outubro de 1983, baseadas no artigo 14.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado [2], a Comissão das Comunidades Europeias deu início a um processo relativo ao policloreto de vinilo (a seguir «PVC»). Procedeu então a diversas diligências de instrução junto das empresas em causa, tendo-lhes enviado vários pedidos de informação.

2. Em 24 de Março de 1988, a Comissão, nos termos do artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, iniciou oficiosamente um processo contra catorze produtores de PVC. Em 5 de Abril de 1988, enviou a cada uma destas empresas a comunicação das acusações prevista no artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 [3]. Todas as empresas destinatárias da comunicação das acusações apresentaram observações durante o mês de Junho de 1988. Com excepção da Shell International Chemical Company Ltd, que não fez o pedido, foram ouvidas ao longo do mês de Setembro de 1988.

3. Em 1 de Dezembro de 1988, o comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes (a seguir «comité consultivo») emitiu o seu parecer sobre o anteprojecto de decisão da Comissão.

4. No final do processo, a Comissão adoptou a Decisão 89/190/CEE, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/31.865, PVC) [4] (a seguir «decisão PVC I»). Com esta decisão, puniu, por infracção ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 81.°, n.° 1, CE), os seguintes produtores de PVC: Atochem SA, BASF AG, DSM NV, Enichem SpA, Hoechst AG (a seguir «Hoechst»),

1 — Língua original: francês.
2 — JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22.
3 — JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62.
4 — JO 1989, L 74, p. 1.

Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc (a seguir «ICI»), Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedison SpA, Norsk Hydro AS (a seguir «Norsk Hydro»), Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Company Ltd, Solvay et Cie (a seguir «Solvay») e Wacker-Chemie GmbH.

5. Todas estas empresas, com excepção da Solvay, recorreram desta decisão para o tribunal comunitário para obter a sua anulação.

6. Por despacho de 19 de Junho de 1990, Norsk Hydro/Comissão [5], o Tribunal de Primeira Instância julgou inadmissível o recurso desta empresa.

7. Os outros processos foram apensos para efeitos da fase oral e do acórdão.

8. Por acórdão de 27 de Fevereiro de 1992, BASF e o./Comissão [6], o Tribunal de Primeira Instância declarou inexistente a decisão PVC I.

9. Após recurso da Comissão, o Tribunal de Justiça, por acórdão de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o. [7], anulou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância e a decisão PVC I.

10. Após este acórdão, a Comissão adoptou, em 27 de Julho de 1994, uma nova decisão contra os produtores em causa na decisão PVC I, com excepção, no entanto, da Solvay e da Norsk Hydro AS [Decisão 94/599/CE da Comissão, de 27 de Julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE (IV/31.865 — PVC) (JO L 239, p. 14, a seguir «decisão PVC II»)]. Esta decisão aplicou às empresas destinatárias coimas dos mesmos montantes que lhes tinham sido aplicadas pela decisão PVC I.

11. A decisão PVC II inclui as seguintes disposições:

«*Artigo 1.°*

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

5 — T-106/89, não publicado na Colectânea.

6 — 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.

7 — C-137/92 P, Colect., p. I-2555.

tedison SpA, Société Artésienne de Vinyl SA, Shell International Chemical [Company] Ltd e Wacker Chemie GmbH violaram o artigo 85.° do Tratado CE (juntamente com a Solvay [...] e a Norsk Hydro [...]) ao participarem, durante os períodos referidos na presente decisão, num acordo e/ou prática concertada com início por volta de Agosto de 1980, segundo os quais os produtores de PVC abastecedores da Comunidade, por meio de reuniões regulares, fixavam objectivos de preços e de quotas, planeavam iniciativas concertadas de aumento dos níveis de preços e controlavam o funcionamento dos referidos acordos colusórios.

Artigo 2.°

As empresas referidas no artigo 1.° que se encontram ainda envolvidas no sector do PVC na Comunidade (com excepção da Norsk Hydro [...] e da Solvay [...] que já são objecto de uma decisão válida que as obriga a pôr termo à infracção) devem pôr termo imediatamente à supracitada infracção (caso não o tenham ainda feito) e devem abster-se, relativamente às suas actividades no sector do PVC, de participar doravante em qualquer acordo ou prática concertada que possa ter objecto ou efeito idêntico ou semelhante, incluindo qualquer troca de informações normalmente abrangidas pelo segredo comercial, pela qual os participantes sejam directa ou indirectamente informados sobre as produções, entregas, nível das existências, preços de venda, custos ou planos de investimento de outros produtores, ou pela qual possam controlar a adesão a qualquer acordo expresso ou tácito ou a qualquer prática concertada relacionada com os preços ou a repartição dos mercados na Comunidade. Qualquer sistema de troca de informações gerais relativas ao sector do PVC subscrito pelos produtores deve ser aplicado de forma a excluir qualquer informação susceptível de identificar o comportamento de produtores determinados; as empresas devem abster-se, em especial, de trocar entre si qualquer informação complementar não abrangida por tal sistema e que seja relevante do ponto de vista da concorrência.

Artigo 3.°

Às empresas referidas na presente decisão são aplicadas, em relação com a infracção verificada no artigo 1.°, as seguintes coimas:

i) Basf AG: uma coima de 1 500 000 ecus;

ii) DSM NV: uma coima de 600 000 ecus;

iii) Elf Atochem SA: uma coima de 3 200 000 ecus;

iv) Enichem SpA: uma coima de 2 500 000 ecus;

v) Hoechst AG: uma coima de 1 500 000 ecus;

vi) Hüls AG: uma coima de 2 200 000 ecus;

vii) Imperial Chemical Industries plc: uma coima de 2 500 000 ecus;

viii) Limburgse Vinyl Maatschappij NV: uma coima de 750 000 ecus;

ix) Montedison SpA: uma coima de 1 750 000 ecus;

x) Société Artésienne de Vinyl SA: uma coima de 400 000 ecus;

xi) Shell International Chemical Company Ltd: uma coima de 850 000 ecus;

xii) Wacker Chemie GmbH: uma coima de 1 500 000 ecus.»

B — *A tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância*

12. Mediante petições diferentes, que deram entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância entre 5 e 14 de Outubro de 1994, as empresas Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA (a seguir «Elf Atochem»), BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst, Société artésienne de vinyle SA, Montedison SpA, ICI, Hüls AG e Enichem SpA interpuseram recursos para o Tribunal de Primeira Instância.

13. Cada uma das recorrentes concluiu pedindo a anulação, no todo ou em parte, da decisão PVC II e, a título subsidiário, a anulação da coima aplicada ou a redução do seu montante. A Montedison SpA con-

cluiu também pedindo a condenação da Comissão no pagamento de uma indemnização devido às despesas relacionadas com a constituição de uma garantia e em quaisquer outras despesas decorrentes da decisão PVC II.

C — *O acórdão do Tribunal de Primeira Instância*

14. Por acórdão de 20 de Abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão [8] (a seguir «acórdão recorrido»), o Tribunal de Primeira Instância:

— decidiu apensar os processos para efeitos do acórdão;

— anulou o artigo 1.° da decisão PVC II, na medida em que considera que a Société artésienne de vinyle SA participou na infracção censurada após o primeiro semestre de 1981;

— reduziu para um montante de, respectivamente, 2 600 000 euros, 135 000 euros e 1 550 000 euros as coimas aplicadas à Elf Atochem, à Société artésienne de vinyle SA e à ICI;

— negou provimento aos recursos quanto ao restante;

— decidiu sobre as despesas.

D — *A tramitação no Tribunal de Justiça*

15. Por requerimento que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 29 de Junho de 1999, a Elf Atochem interpôs recurso nos termos do artigo 49.° do Estatuto CE do Tribunal de Justiça.

16. Conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular o acórdão impugnado e conhecer do fundo da causa;

— condenar a Comissão nas despesas.

17. A Comissão conclui que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

8 — T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colect., p. II-931.

— condenar a recorrente nas despesas.

II — Análise

18. A recorrente suscita dois fundamentos que importa analisar sucessivamente.

Quanto ao primeiro fundamento

19. A Elf Atochem critica, antes de mais, o Tribunal de Primeira Instância por não se ter pronunciado quanto ao fundamento baseado no facto de a decisão PVC II constituir uma decisão diferente em substância da decisão PVC I, fundamento que ela própria e outros recorrentes teriam largamente explanado, tal como resulta do n.° 222 do acórdão impugnado. Em seu entender, esta falta de fundamentação seria por si só suficiente para implicar a anulação do acórdão impugnado.

20. A este propósito, importa sublinhar que, no n.° 257 do acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que «a decisão só inclui alterações de redacção que não afectam as acusações».

21. Respondeu portanto a esta argumentação da recorrente e examinaremos a seguir a justeza da sua posição.

22. É, por conseguinte, erradamente que Elf Atochem o acusa de não se ter pronunciado sobre a questão.

23. Daí decorre que este fundamento não procede.

Quanto ao segundo fundamento

24. A Elf Atochem sustenta que o Tribunal de Primeira Instância entendeu erradamente que a Comissão não estava obrigada a iniciar novo processo administrativo, nos termos dos Regulamentos n.ºs 17 e 99/63, para adoptar a decisão PVC II. O seu fundamento subdivide-se em quatro vertentes.

25. As duas primeiras têm a ver com a necessidade de praticar actos preparatórios, a saber, a audição das empresas e do comité consultivo, antes da adopção da decisão PVC II. A sua análise depende portanto da questão de saber se os actos preparatórios

anteriormente realizados, com vista à decisão PVC I, continuaram válidos, o que é objecto da terceira vertente deste fundamento. Importa portanto examinar este em primeiro lugar.

Quanto ao terceiro fundamento assente na anulação do conjunto da decisão PVC I pelo acórdão Comissão/BASF e o., já referido

26. A Elf Atochem sublinha que este acórdão anulou a decisão PVC I por violação quer das regras de autenticação quer do princípio da colegialidade. A nulidade verificada aplicar-se-ia ao conjunto do acto, uma vez que o Tribunal de Justiça não limitou o alcance da anulação a determinadas partes deste. Ora o processo administrativo prévio é consubstancial ao acto. Por conseguinte, a anulação deste implicaria a necessidade de realizar de novo os actos administrativos prévios previstos nos Regulamentos n.os 17 e 99/63.

27. Cita neste sentido os acórdãos Transocean Marine Paint/Comissão [9] e British Aerospace e Rover/Comissão [10].

28. A questão dos efeitos da anulação de uma decisão quanto à validade dos actos prévios depende, como o entendeu, muito justamente, o Tribunal de Primeira Instância no n.º 184 do acórdão impugnado, dos fundamentos da anulação, o que não é contestado pela recorrente.

29. Esta afirmação, que apenas constitui a aplicação ao caso vertente da regra geral da força do caso julgado, é confirmada quer pela jurisprudência citada pelo Tribunal quer pela invocada pela própria recorrente.

30. Com efeito, nos precedentes citados por esta, a nulidade da decisão da Comissão encontra a sua origem, contrariamente ao caso em apreço, num vício processual que afecta actos anteriores à fase da adopção final do texto e implicaria, portanto, logicamente a obrigação de o autor da decisão sanar a invalidade que afecta os referidos actos preparatórios.

31. Assim, no processo Transocean Marine Paint/Comissão, já referido, a nulidade parcial da decisão impugnada era devida ao facto de, aquando do processo preparatório, a Comissão não ter informado as empresas de um requisito que incluiu ulteriormente na decisão final, o que

9 — Acórdão de 23 de Outubro de 1974 (17/74, Recueil, p. 1063, Colect., p. 463).

10 — Acórdão de 4 de Fevereiro de 1992 (C-294/90, Colect., p. I-493).

explica a necessidade de proceder de novo ao processo prévio.

32. No caso British Aerospace e Rover/ /Comissão, já referido, estava em causa a adopção, pela Comissão, de uma nova decisão em matéria de auxílios concedidos pelos Estados, no contexto de litígios relativos à execução de decisões anteriores, e não às consequências de um acórdão de anulação. Existiam, contrariamente ao caso ora em análise, factos novos susceptíveis de implicar a necessidade de um novo processo.

33. Daí que foi correctamente que o Tribunal de Primeira Instância entendeu determinar, à luz do dispositivo e dos fundamentos do acórdão do Tribunal de Justiça relativo à decisão PVC I, o efeito da anulação deste sobre os actos preparatórios.

34. Ora, esta anulação decorre do simples facto da violação pela Comissão das regras de processo que regem exclusivamente as modalidades da adopção definitiva da decisão. A nulidade não podia portanto estender-se às fases processuais anteriores à ocorrência deste vício processual e às quais as referidas regras não eram aplicáveis.

35. A insistência com que a recorrente alega que a anulação, cujo carácter integral sublinha, não era apenas devida a este vício processual mas igualmente, ou mesmo essencialmente, a violação do princípio da colegialidade, não infirma em nada esta conclusão.

36. Com efeito, nenhuma destas duas causas de nulidade afecta actos anteriores à decisão final. Na falta de autenticação do texto desta, ou violação do princípio da colegialidade no momento da adopção definitiva, são ambos, pela sua natureza, estranhos ao desenvolvimento anterior do processo e não são portanto de molde a afectar a validade desta. O facto de estas causas de nulidade afectarem a integralidade da decisão é irrelevante a tal propósito, uma vez que daí não decorre que a nulidade se alargue a outros actos, como os actos preparatórios.

37. A situação era, por conseguinte, análoga à que deu origem ao acórdão Espanha/ /Comissão [11], citado pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 184 do acórdão impugnado, em que o Tribunal de Justiça entendeu que o processo que visa substituir o acto anulado podia ser retomado no ponto preciso em que a ilegalidade ocorreu.

38. O Tribunal não cometeu portanto erro de direito ao considerar que a nulidade da decisão PVC I não abrangia actos prévios à decisão anulada.

11 — Acórdão de 12 de Novembro de 1998 (C-415/96, Colect., p. I-6993).

39. Há portanto que julgar improcedente a terceira vertente deste fundamento.

Quanto à primeira vertente, violação do direito de ser ouvido antes de uma nova decisão

40. A Elf Atochem entende que a Comissão deveria, para efeitos de adopção da decisão PVC II, aplicar de novo os Regulamentos n.° 17 e 99/63, porque esta decisão, não só surgiu seis anos após a decisão PVC I, ou seja, num contexto económico substancialmente diferente, que teria justificado a audição das partes, mas também porque apresenta, na sua redacção, elementos novos.

41. A primeira diferença reside no facto de os destinatários da decisão PVC II não serem os mesmo da decisão PVC I. Com efeito, os fundamentos e a parte decisória da decisão PVC II distinguem as sociedades Norsk Hydro e Solvay, que não foram condenadas, indicando a Comissão no n.° 59 da referida decisão: «Uma vez que Solvay não apresentou ao Tribunal de Justiça um pedido de anulação da decisão e que o pedido da Norsk Hydro foi declarado inadmissível, a [decisão PVC I] continua a ser válida contra essas empresas». Tal ilustra claramente a coexistência de duas decisões, a saber, a decisão PVC I adoptada contra a Norsk Hydro e a Solvay e a decisão PVC II adoptada contra outras empresas. Ora, apenas a decisão PVC I foi objecto de um processo administrativo prévio.

42. A segunda diferença tem a ver com o facto de, na decisão PVC II, a Comissão assentar, significativamente, as suas acusações em comportamentos colectivos de empresas entre as quais continuariam a constar Norsk Hydro e Solvay, se bem que estas duas sociedades não sejam destinatárias desta decisão. Assim, paradoxalmente, o comportamento das referidas sociedades, terceiros relativamente à decisão PVC II, continuava a ser tomado em consideração pela Comissão para determinar a importância da alegada infracção contra as empresas destinatárias da decisão PVC II. As decisões PVC I e PVC II visam portanto alegados acordos e/ou práticas concertadas colectivas, cujos membros considerados em 1994 eram diferentes dos postos em causa em 1988.

43. Tal como a Comissão, entendemos que este raciocínio resulta de uma errónea concepção da natureza jurídica da decisão da Comissão. Com efeito, como, muito justamente, considerou o Tribunal de Primeira Instância no n.° 167 do acórdão impugnado, a decisão, apesar de redigida e publicada sob a forma de uma só decisão, deve ser vista como um conjunto de

decisões individuais. A anulação, por conseguinte, apenas incide sobre empresas cujo recurso foi provido, tal como o Tribunal de Justiça aliás entendeu no seu acórdão Comissão/AssiDomän Kraft Products e o. [12].

44. Ao invés, para a Solvay e a Norsk Hydro, a decisão inicial continua válida e não há portanto que lhe dirigir a decisão PVC II. Esta apenas pode ser dirigida às empresas às quais a decisão PVC I já não se aplicava.

45. Daí decorre que o facto de as decisões PVC I e PVC II terem sido dirigidas a destinatários diferentes não implica de modo algum que a segunda apresente relativamente à primeira uma diferença sobre a qual as empresas deveriam ser ouvidas.

46. Do mesmo modo no que respeita à alegação segundo a qual a decisão PVC II tomou em consideração comportamentos da Solvay e da Norsk Hydro, enquanto que, contrariamente à decisão PVC I, estas empresas não são destinatárias da decisão.

47. Resulta, com efeito, dos n.os 768 a 778 do acórdão impugnado, que o Tribunal de Primeira Instância demonstrou, sem ser posto em causa pela recorrente, que a Comissão não imputou a cada empresa uma responsabilidade colectiva, mas a responsabilidade dos factos em que cada uma participou.

48. Daí decorre que a responsabilidade imputada a cada empresa não depende das infracções cometidas pelas outras. Não poderá, por conseguinte, alegar-se que a decisão PVC II, ao contrário da decisão PVC I, tomou em consideração comportamentos de empresas que não eram destinatárias da decisão.

49. Por último, os desenvolvimentos consagrados pela Comissão à prescrição [13] também não constituem, relativamente à decisão PVC I, uma diferença sobre a qual as empresas deveriam ter sido consultadas.

50. Com efeito, com estes desenvolvimentos, a Comissão completa a sua argumentação no sentido de sustentar as declarações existentes, sobre as quais as empresas foram anteriormente consultadas antes da adopção da decisão PVC I, mas não

12 — Acórdão de 14 de Setembro de 1999 (C-310/97 P, Colect., p. I-5363).

13 — V. n.os 56 a 58 da decisão.

acrescenta nova acusação. A nova decisão apenas incide sobre comportamentos sobre os quais as empresas tiveram oportunidade de se exprimir.

51. O facto de a Comissão completar ulteriormente a sua argumentação é, por conseguinte, admissível sem necessidade de ouvir de novo as empresas, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça [14].

52. Resulta no entanto da argumentação da recorrente que a existência, ou não, de novas acusações, ou mesmo de simples diferenças entre as duas decisões, em seu entender, não é, de modo algum, determinante.

53. Entende, com efeito, que cada decisão adoptada pela Comissão contém as suas acusações particulares. A Comissão não pode pura e simplesmente retomar acusações de uma decisão anteriormente anulada.

54. A recorrente cita em apoio deste argumento o artigo 4.° do Regulamento n.° 99/63 que estabelece que, nas suas decisões, a Comissão apenas terá em conta acusações contra as partes que tenham tido oportunidade de se pronunciar.

55. Entende, por conseguinte, que qualquer decisão da Comissão que constata uma infracção deve ter sido precedida de um processo prévio.

56. Importa lembrar, a este propósito, que, como já referimos acima, os actos preparatórios cumpridos antes da autenticação do texto da decisão não viram a sua realidade afectada pela anulação desta.

57. Daí decorre que, no caso em análise, as empresas em causa foram ouvidas e puderam pronunciar-se sobre as acusações contra si formuladas pela Comissão.

58. Por conseguinte, o requisito previsto no artigo 4.° do Regulamento n.° 99/63, citado pela recorrida, está preenchido, uma vez que não se alega que a Comissão tenha acolhido acusações sobre as quais as empresas não tiveram possibilidade de se pronunciar.

14 — Acórdão de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.° 15).

59. Decorre, com efeito, unicamente desta disposição que qualquer decisão deve assentar em acusações relativamente às quais as partes se puderam pronunciar. Tal não implica que uma decisão anterior anulada não tenha podido basear-se nas mesmas acusações.

60. Não só tal requisito não se infere do texto do regulamento como também não pode encontrar justificação no fim por este prosseguido.

61. Este visa, com efeito, salvaguardar direitos da defesa impedindo que as empresas possam ser vítimas de surpresas da parte da Comissão e, pelo contrário, estejam em condições de tomar posição em tempo útil sobre todas as acusações que contra si possam ser formuladas.

62. O cumprimento desta finalidade não se opõe a que as referidas acusações tenham constado já de uma decisão anterior uma vez que esta, como no caso vertente, foi anulada sem que esta anulação afecte os actos preparatórios.

63. A Elf Atochem alega no entanto, a título subsidiário, que se a obrigação da Comissão de ouvir de novo as partes não decorre dos Regulamentos n.ºs 17 e 99/63, ela resultaria, de qualquer modo, das exigências de um cumprimento «escrupuloso» dos direitos da defesa.

64. Não partilhamos desta análise.

65. Com efeito, como acabámos de ver, a finalidade da audição das empresas é permitir-lhes a tomada de posição relativamente a comportamentos que lhe são imputados. Ora, no caso concreto, tal foi feito no quadro do processo preparatório da decisão PVC I. Não se consegue vislumbrar em que ponto os direitos de defesa teriam exigido que as empresas se expressem novamente relativamente aos mesmos factos.

66. Importa recordar, neste contexto, que a decisão PVC II incide unicamente sobre comportamentos ocorridos entre 1980 e 1983 e sobre os quais as empresas tiveram a oportunidade de se pronunciar.

67. Por conseguinte, o direito de ser ouvido foi plenamente respeitado, não obstante eventuais evoluções ulteriores nos contextos de facto e de direito. Com efeito, não pode ser considerado como implicando uma obrigação para a Comissão de colocar as empresas em condições de formular observações relativamente a outros aspectos da acção, tais como o exercício do seu

poder de apreciação e de oportunidade de uma decisão.

68. Além disso, como sublinha a Comissão, a pretensão da recorrente de comentar as diferenças entre as decisões PVC I e PVC II redunda, na prática, na exigência de um exame contraditório do anteprojecto da decisão. Ora, resulta da jurisprudência que tal pedido é contrário ao sistema pretendido pelo Regulamento n.º 17 [15].

69. Quanto ao argumento da recorrente baseado no papel que poderia jogar, a seu favor, o consultor-auditor, tal consideração nada retira ao facto de, no caso concreto, o consultor-auditor ter intervido e elaborado um relatório aquando da preparação da decisão PVC I. Na ausência de obrigação de proceder a uma nova audição, não há que fazer intervir novamente o consultor-auditor.

70. Acresce que também aqui, a referência à jurisprudência Transocean Marine Paint/ /Comissão, já referida, é insusceptível de estribar a tese da recorrente. Com efeito, este caso difere fundamentalmente do caso em apreço na parte em que a decisão impugnada comporta uma novidade substancial, a saber, o acrescento de uma condição a uma isenção, relativamente ao processo prévio.

15 — Acórdão Musique diffusion française e o./Comissão, já referido, n.º 35.

71. Decorre do que precede que há que declarar improcedente a primeira vertente deste fundamento.

Quanto à segunda vertente, baseada na não consulta do comité consultivo

72. A Elf Atochem sustenta que deveria ter sido respeitada, sob pena de nulidade, a formalidade substancial de consulta do comité consultivo, prevista nos artigos 10.º, n.º 3, e 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17. A consulta do comité visa recolher o parecer dos representantes dos Estados-Membros e ter portanto um objectivo diferente do da audição das empresas. O facto de a Comissão ter omitido esta última não a dispensa da primeira.

73. Basta, a este propósito, lembrar que, tal como vimos acima, os actos preparatórios anteriores à decisão PVC I, incluindo a consulta do comité consultivo, não foram afectados pela anulação desta. Daí que, tendo tal consulta tido lugar, foram cumpridas as pertinentes disposições do Regulamento n.º 17.

74. Cabe, por conseguinte, declarar improcedente esta terceira vertente do fundamento.

Quanto à quarta vertente, baseada na violação do direito de acesso ao documento

75. A Elf Atochem salienta que a Comissão não permitiu espontaneamente às empresas o acesso aos elementos que lhes eram imputáveis e que a mesma possuía, apesar do alargamento das condições de acesso ao processo entre 1988 e 1994.

76. A recorrente pretende que o exame dos documentos finalmente tornados acessíveis no âmbito de uma medida de organização do processo adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância demonstrou graves violações do princípio do contraditório dado que determinados documentos favoráveis à defesa não foram comunicados e que, noutros que foram comunicados, os elementos de defesa foram pura e simplesmente escamoteados pela Comissão.

77. A recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância por ter subordinado a constatação de uma violação dos direitos de defesa à prova de que a não divulgação dos documentos em questão teria podido influir, em detrimento da recorrente, no desenrolar do processo e no conteúdo da decisão.

78. Com efeito, entende que tal concepção restritiva dos direitos de defesa nunca foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no âmbito dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, mas apenas em matéria de auxílios de Estado [16]. Neste âmbito, esta solução explicar-se-ia pela posição privilegiada de que dispõem os Estados-Membros relativamente à Comissão e às partes interessadas. O contexto não é portanto comparável ao dos processos que visam obter a declaração de violação do artigo 85.° por uma empresa.

79. De todo o modo, no entender da Elf Atochem, a violação do princípio do contraditório verificar-se-ia, ainda que os documentos não divulgados não tivessem sido directamente utilizados pela Comissão.

80. Que pensar desta argumentação?

81. Antes de mais, é necessário declarar que, contrariamente ao afirmado pela recorrente, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a simples não divulgação do documento não pode implicar a anulação da decisão.

82. Decorre, com efeito, indubitavelmente, do n.° 80 do acórdão Hercules Chemicals/

16 — Acórdão de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-959, n.os 47 e 48).

/Comissão[17] que, se a empresa não demonstra que os documentos em causa continham elementos úteis à sua defesa e que, por conseguinte, a impossibilidade de deles tomar conhecimento antes da decisão tinha violado os seus direitos de defesa, não há que anular a decisão da Comissão.

83. Foi portanto correctamente que o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a simples existência de irregularidade no acesso aos documentos não justifica a anulação da decisão.

84. No entanto a recorrente entende que o exame dos documentos a que procedeu o Tribunal de Primeira Instância para determinar se existia, no caso concreto, uma violação dos direitos de defesa, assenta numa perspectiva errada.

85. Com efeito, argumenta que o Tribunal de Primeira Instância, em vez de se colocar na perspectiva *ex ante* da empresa, recorreu, pelo contrário, a uma abordagem *ex post*. Por outras palavras, em vez de apreciar se a empresa teria podido utilizar os documentos controvertidos, verificou se a utilização pela empresa desses documentos teria levado a que a decisão tivesse conteúdo diferente daquele que finalmente teve.

86. É verdade que, no n.º 1074 do acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância declara que nenhuma das recorrentes «provou que a sequência do processo e a decisão foram influenciadas, em seu detrimento, pela falta de divulgação de um documento de que deveria ter tido conhecimento».

87. Ora, no n.º 81 do acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça declarou expressamente que «a empresa em causa não tem que demonstrar que, se tivesse acesso às respostas dadas pelos outros produtores às comunicações das acusações, a decisão da Comissão teria tido um conteúdo diferente, mas apenas que podia ter utilizado os referidos documentos em sua defesa».

88. É de considerar, por conseguinte, que o Tribunal de Primeira Instância recorreu efectivamente a um critério de análise errado?

89. Não o entendemos. Assim, para apreciar documentos utilizou as expressões «afectar as possibilidades de defesa das recorrentes» (n.º 1035 do acórdão impug-

17 — Acórdão de 8 de Julho de 1999 (C-51/92 P, Colect., p. I-4235).

nado), «em que medida os seus direitos de defesa foram afectados» (n.° 1036), «afectado as possibilidades de defesa das empresas» (n.° 1041), «incluir um qualquer elemento útil à defesa das recorrentes» (n.° 1073).

90. Aliás, a expressão «a sequência do processo» utilizada no n.° 1074 refere-se, implicitamente, às possibilidades das empresas de se defenderem no decurso deste.

91. Além disso, a leitura dos desenvolvimentos consagrados a esta análise pelo Tribunal de Primeira Instância revela indiscutivelmente que este apreciou se os documentos em causa teriam apresentado a mínima utilidade para a recorrente. Não limitou portanto a sua análise à questão de saber se a falta de comunicação dos documentos controvertidos tinha tido consequências sobre o conteúdo da decisão final.

92. Com efeito, a sua exposição, no essencial, demonstra que os documentos em causa, longe de constituírem argumento a favor da recorrente, eram ou insusceptíveis de serem invocados por esta, devido à sua natureza e objecto, ou, devido ao seu conteúdo, susceptíveis de confirmar as conclusões da Comissão, ou, em qualquer caso, insusceptíveis de nelas introduzirem a mínima contradição.

93. Entendemos, por conseguinte, que o Tribunal de Primeira Instância actuou em conformidade, no seu método de análise, com a jurisprudência já referida do Tribunal de Justiça.

94. Além disso, mesmo se assim não fosse, cabia ainda à recorrente provar a existência de documentos cuja não divulgação o Tribunal de Primeira Instância teria erradamente considerado insusceptível de pôr em causa os direitos da defesa.

95. Ela não poderia, com efeito, limitar-se a referir *in abstracto* que o Tribunal de Primeira Instância usou um critério errado. Caberia ainda demonstrar que este erro teve como consequência que um documento, que o Tribunal de Primeira Instância teria considerado insusceptível de implicar por parte da Comissão a adopção de uma decisão diferente, teria podido ser invocado pelas empresas.

96. Não podemos aliás interpretar a jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de que basta à empresa afirmar que teria podido, em teoria, utilizar em sua defesa o documento em causa. É necessário, com efeito, considerar, salvo na hipótese de se chegar a resultados absurdos que deve ser demonstrado que a utilização do referido documento pela defesa, mesmo não tendo a certeza de que poderia ter alterado a opinião da Comissão, poderia representar uma hipótese plausível de êxito.

97. Seja como for, a recorrente de modo algum identificou o mínimo documento que poderia ter utilizado na sua defesa e cuja não divulgação o Tribunal de Primeira Instância erradamente considerou não implicar a violação dos direitos da defesa.

98. Daí decorre que, independentemente do critério de análise que possamos acolher, a recorrente não demonstrou que a irregularidade cometida no contexto de acesso ao documento tenha tido a menor consequência sobre as suas possibilidade de defesa.

99. Cabe portanto julgar improcedente a quarta vertente deste fundamento e, por conseguinte, o mesmo na sua globalidade.

III — Conclusões

100. Pelas razões que antecedem, propomos que o Tribunal de Justiça:

— negue provimento ao recurso;

— condene a recorrente nas despesas.