CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GEORGES COSMAS

apresentadas em 15 de Julho de 1997 *

No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a decidir do recurso de anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992 [1], apresentado pela sociedade Shell International Chemical Company Ltd (a seguir «Shell»), nos termos do artigo 49.º do Estatuto CEE do Tribunal de Justiça. O acórdão objecto do recurso negou provimento ao recurso de anulação, apresentado pela recorrente nos termos do artigo 173.º do Tratado CEE (a seguir «Tratado»), da decisão da Comissão de 23 de Abril de 1986 [2] (a seguir «decisão polipropileno»). Esta decisão respeitava à aplicação do artigo 85.º do Tratado no sector da produção de polipropileno.

I — Matéria de facto e tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância

1. No que respeita à matéria de facto subjacente ao litígio e à tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância, resultam do acórdão recorrido os seguintes elementos: antes de 1977, o mercado da Europa ocidental do polipropileno era abastecido quase exclusivamente por dez produtores, entre os quais se encontrava a Shell (um dos que eram considerados como os «quatro grandes»), cuja quota de mercado oscilava entre os 10,7% e os 11,7%. Depois de 1977, na sequência da caducidade das patentes da Montedison, surgiram no mercado sete novos produtores, com grande capacidade de produção. Este facto não foi acompanhado de um correspondente aumento da procura, pelo que não houve equilíbrio entre a oferta e a procura, pelo menos até 1982. De um modo geral, o mercado do polipropileno caracterizou-se, durante a maior parte do período de 1977 a 1983, por uma fraca rentabilidade e/ou por prejuízos importantes.

2. Em 13 e 14 de Outubro de 1983, funcionários da Comissão, agindo no uso dos poderes que lhes são conferidos pelo artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 [3] (a seguir «Regulamento n.º 17»), procederam a diligências de instrução simultâneas nas instalações de uma série de empresas activas no sector da produção de polipropileno. Na sequência destas diligências de instrução, a Comissão apresentou pedidos de informações, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, às empresas atrás referidas, bem como a outras sociedades com um objecto conexo. As informações recolhidas no âmbito destas diligências de instrução e dos pedidos de informações levaram a Comissão a concluir que, entre 1977 e 1983, certos produtores de polipropileno, de entre os quais a Shell, tinham

* Língua original: grego.

1 — Shell/Comissão (T-11/89, Colect., p. II-757).

2 — IV/31.149 — Polipropileno, JO L 230, de 18.08.1986, p. 1.

3 — JO 13, p. 204; EE 08 F1, p. 22.

agido em violação do artigo 85.° do Tratado. Em 30 de Abril de 1984, a Comissão decidiu instaurar o processo previsto no artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 e comunicou por escrito as acusações às empresas em questão.

3. No termo deste processo, a Comissão adoptou, em 23 de Abril de 1986, a decisão já referida, cuja parte decisória é a seguinte:

«Artigo 1.°

[As empresas] (...) Shell International Chemical Co Ltd... infringiram o disposto no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CEE, ao participarem:

...

— no caso da Hoechst, ICI, Montepolimeri e Shell, desde meados de 1977 até, pelo menos, Novembro de 1983,

...

num acordo e prática concertada criados em meados de 1977 pelo qual os produtores fornecedores de polipropileno do território do mercado comum:

a) se contactaram e encontraram regularmente (desde o início de 1981, duas vezes por mês) no âmbito de reuniões secretas, a fim de examinar e definir a sua política comercial;

b) fixaram periodicamente preços 'objectivo' (ou mínimos) para a venda do produto em cada Estado-Membro da Comunidade;

c) acordaram diversas medidas destinadas a facilitar a aplicação de tais objectivos de preços, incluindo (principalmente) limitações temporárias da produção, troca de informações pormenorizadas sobre as suas entregas, efectivação de reuniões locais e, a partir do final de 1982, um sistema de *account management* que visava aplicar subidas de preços a clientes específicos;

d) aplicaram aumentos de preços simultâneos, executando os ditos objectivos;

e) repartiram o mercado, atribuindo a cada produtor um objectivo ou quota anual de vendas (1979, 1980 e durante parte, pelo menos, de 1983) ou, na falta de acordo definitivo quanto a todo o ano, obrigando os produtores a limitarem as suas vendas mensais por referência a um período anterior (1981, 1982).

...

Artigo 3.º

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

...

xiii) Shell International Chemical Co. Ltd, uma multa de 9 000 000 ecus, ou seja, 5 803 173 UKL;

...»

4. Das quinze empresas destinatárias da decisão em questão, catorze — entre as quais a ora recorrente — apresentaram um recurso de anulação desta decisão da Comissão. Aquando da audiência perante o Tribunal de Primeira Instância, que decorreu de 10 a 15 de Dezembro de 1990, as partes expuseram os seus argumentos e responderam às questões apresentadas pelo Tribunal de Primeira Instância.

5. Por carta apresentada na secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 6 de Março de 1992, depois do encerramento tanto da fase escrita como da fase oral, mas antes de o acórdão ser proferido, a Shell requereu a reabertura da fase oral. Para sustentar o seu pedido, invocou um certo número de elementos de facto de que, segundo afirma, não teve conhecimento senão depois do encerramento da fase oral e, mais precisamente, só depois da audiência e da prolação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância nos processos apensos BASF e o./Comissão (a seguir, «processos PVC») [4]. Segundo a Shell, resulta destes elementos que a decisão impugnada enferma de vícios de forma essenciais, sendo portanto inexistente; além disso, esses mesmos elementos indiciariam que a decisão em questão viola ainda outras formalidades essenciais. Com estes fundamentos, a Shell pediu ao Tribunal de Primeira Instância, através do seu requerimento, que ordenasse a reabertura da fase oral e novas diligências de instrução.

Depois de ouvir novamente o advogado-geral sobre a questão levantada, o Tribunal

4 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1992 (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). Os debates sobre estes processos terminaram em 10 de Dezembro de 1991.

de Primeira Instância rejeitou os referidos pedidos, através do seu acórdão de 10 de Março de 1992; paralelamente, acolheu em parte o recurso e reduziu as multas que tinham sido aplicadas.

6. A Shell interpôs recurso deste indeferimento dos seus pedidos, pedindo ao Tribunal de Justiça que:

«1) anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, na parte em que rejeita o pedido de reabertura da fase oral e de diligências de instrução, e

— declare inexistente ou anule a decisão da Comissão por incompetência ou violação de uma formalidade essencial;

— ou remeta o processo ao Tribunal de Primeira Instância;

2) ordene as diligências de instrução suplementares necessárias à resolução do litígio;

3) condene a recorrida nas despesas.»

A Comissão conclui pedindo ao Tribunal de Justiça que rejeite o recurso e que condene a recorrente nas despesas.

A sociedade DSM NV interveio no presente processo, em apoio das conclusões da Shell.

II — Admissibilidade da intervenção

7. No que respeita à admissibilidade da intervenção da sociedade DSM, as considerações expostas nos números pertinentes das conclusões que apresentei no processo conexo Hüls/Comissão [5], aplicam-se perfeitamente ao caso em apreço.

III — Exame dos fundamentos de anulação

A — *Argumentos das partes*

8. Segundo a recorrente, o acórdão objecto do recurso enferma de um erro de direito na parte em que examinou e rejeitou as alegações contidas no requerimento de 6 de

5 — N.os 10 a 16 das conclusões hoje apresentadas no processo C-199/92 P.

Março de 1992. A Shell entende que o requerimento em questão continha elementos de prova decisivos, que nenhuma jurisdição podia, legitimamente, ignorar. Elementos estes relativos à falta de autenticação da decisão polipropileno, em conformidade com o disposto no artigo 12.º do regulamento interno da Comissão, de onde resulta que a decisão impugnada é juridicamente inexistente. Não era portanto necessário demonstrar que o texto da decisão tinha sido modificado depois da sua adopção. De qualquer modo, a Shell invoca o texto da decisão polipropileno que lhe foi notificado e que apresentou como elemento de prova dessas modificações. Observa ainda que não pôde apresentar provas mais completas, precisamente porque o Tribunal de Primeira Instância se recusou a ordenar as medidas de organização do processo necessárias para a recolha de tais provas. A recorrente deduz daí que o Tribunal de Primeira Instância devia ter ordenado a reabertura da fase oral e constatado a inexistência da decisão impugnada, rejeitando o recurso por inadmissível. Não o tendo feito, o seu acórdão deve ser anulado, pelas seguintes razões:

1) O Tribunal de Primeira Instância não era competente para decidir dos n.os 1 a 4 do dispositivo do acórdão objecto do recurso;

2) Ao rejeitar, sem razão juridicamente válida, o pedido formulado no requerimento de 6 de Março de 1992, o Tribunal de Primeira Instância violou as normas de processo;

3) Ao rejeitar o referido pedido e ao recusar-se a constatar a inexistência da decisão polipropileno, o Tribunal de Primeira Instância infringiu as normas do direito comunitário.

9. Subsidiariamente, a recorrente alega que, no seu requerimento, invocou elementos dos quais decorre uma forte probabilidade de que a decisão impugnada enferme de vícios de forma essenciais. Ao recusar ter em conta estes elementos e ordenar diligências de instrução quanto aos mesmos, o Tribunal de Primeira Instância teria violado as normas (processuais e substantivas) do direito comunitário.

10. A recorrente observa, por fim, que o Tribunal de Justiça pode declarar oficiosamente a inexistência da decisão impugnada, dado que promove por sua própria iniciativa as diligências de instrução adequadas para proceder a tal constatação. Segundo a Shell, o Tribunal de Justiça deve agir deste modo para proteger o interesse público.

11. As alegações avançadas pela Comissão para refutar as da recorrente são, em tudo, idênticas às que suportam a sua defesa no processo conexo ICI/Comissão. Os argumentos da Comissão no processo ICI/Comissão são pormenorizadamente expostos nas conclusões que apresentei nesse processo, para as quais remeto a fim de evitar repetições [6].

6 — V. n.os 19 e segs. das conclusões que hoje apresentei no processo C-200/92 P.

B — *A minha posição sobre estes argumentos*

a) Quanto aos limites do controlo no âmbito do recurso e aos poderes do tribunal *ad quem*

12. O pedido da recorrente segundo o qual o Tribunal de Justiça pode ou deve ordenar as diligências de instrução adequadas com vista à recolha de provas da inexistência da decisão impugnada é inadmissível perante o Tribunal de Justiça, uma vez que ultrapassa os limites do controlo no âmbito do recurso. Vejam-se, a este respeito, os números pertinentes das conclusões que apresentei no processo conexo Hüls/Comissão, para os quais remeto [7].

A Shell não tem razão ao referir-se a elementos de prova que não constariam do acórdão objecto do recurso e não alega que tenham sido validamente avançados fundamentos de facto perante o tribunal *a quo* [8].

b) Quanto à competência do Tribunal de Primeira Instância

13. Este fundamento é inadmissível, porque vago. Em nenhuma parte do seu recurso a recorrente expõe os argumentos de facto e de direito em que se baseia para afirmar que o Tribunal de Primeira Instância não era competente para proferir um acórdão contendo o dispositivo do acórdão objecto do recurso.

c) Quanto ao facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter constatado a inexistência da decisão polipropileno

14. O raciocínio seguido no acórdão objecto do recurso, segundo o qual os vícios alegados no requerimento de 6 de Março de 1992 não bastavam para considerar inexistente a decisão polipropileno, é correcto. Com efeito, nos termos da posição adoptada pelo Tribunal de Justiça nos processos PVC [9], que me parece dever ser também seguida no processo em apreço, o facto de não ter sido seguido o processo previsto no artigo 12.° do regulamento interno da Comissão não torna a decisão que enferma de tal vício inexistente, mas constitui fundamento da sua anulação.

15. Ora, ainda que se afaste o facto de a recorrente ter dado uma qualificação jurídica errada aos vícios de forma que invocou no requerimento que apresentou ao Tribunal de Primeira Instância [10], o acór-

7 — V. n.os 26 e 27.

8 — V. os n.os 19 e 20 das conclusões que hoje apresentei no processo Hoechst/Comissão (C-227/92 P).

9 — Acórdão de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o., (C-137/92P, Colect., p. I-2555). V. também os n.os 20 e segs. das conclusões que apresentei no processo Hüls/Comissão.

10 — O elemento decisivo, avançado pela recorrente em primeira instância, não reside na probabilidade de a decisão impugnada ser inexistente, mas na eventualidade da existência de certos vícios de forma, a saber, a falta de autenticação do acto, a modificação *a posteriori* do seu conteúdo e a violação do seu regime linguístico. Por outras palavras, não é a qualificação jurídica que as partes dão aos factos que importa para o tribunal comunitário, mas sim os próprios factos por elas invocados, especialmente quando tais factos, a existirem, possam não tornar o acto inexistente mas constituam, no entanto, violação de uma formalidade essencial no processo de adopção da decisão em litígio, que é de conhecimento oficioso e que leva à sua anulação.

dão do Tribunal de Primeira Instância não deve ser anulado. Com efeito, não decorre do acórdão objecto do recurso que o tribunal *a quo* tenha verificado a existência de elementos que comprovem tais vícios. Consequentemente, as alegações da recorrente a este respeito, bem como a intervenção, no seu conjunto, são infundadas. (A este propósito, remeto para a análise que consta dos n.os 31 e seguintes das conclusões que apresentei no processo Hoechst/ /Comissão).

d) Quanto à eventual existência de vícios de forma essenciais de que enfermaria a decisão impugnada

16. A recorrente alega que os elementos invocados no seu requerimento de 6 de Março de 1992 permitiam deduzir indícios suficientes de que a decisão polipropileno impugnada tinha sido adoptada com violação de uma formalidade essencial; o Tribunal de Primeira Instância teria portanto cometido um erro ao recusar-se a reabrir a fase oral do processo e a ordenar diligências de instrução suplementares para verificar a existência ou inexistência de tais violações.

17. Há que salientar, em primeiro lugar, que a questão levantada pela recorrente é de carácter jurídico e é portanto admissível na presente fase do recurso, contrariamente ao que a Comissão alega. Em especial, a questão de saber em que medida a interpretação e a aplicação correctas das normas relativas ao ónus da prova, conjuntamente com as disposições dos artigos 48.°, 62.° e 64.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, obrigavam ou não este último a ordenar a reabertura da fase oral apenas com base nos indícios invocados pela Shell no seu requerimento de 6 de Março de 1992, é uma questão de direito, que respeita à sujeição dos factos provados às normas de direito aplicáveis, pelo que pode ser objecto de controlo no âmbito de um recurso de uma decisão de primeira instância [11].

18. Além disso, entendo que a fundamentação com base na qual o Tribunal de Primeira Instância rejeitou o pedido de reabertura da fase oral, apresentado pela recorrente, é juridicamente errada [12]. No entanto, a solução dada em primeira instância é correcta, independentemente da fundamentação específica que consta do acórdão objecto do recurso. O pedido da Shell não preenchia as condições legais necessárias para ser declarado fundado pelo Tribunal de Primeira Instância, e as regras relativas ao controlo jurisdicional oficioso não obrigavam esta jurisdição a ordenar a reabertura da fase oral [13]. Os fundamentos deste pedido não merecem, pois, acolhimento.

11 — V. o n.° 9 das conclusões que apresentei no processo Hüls/ /Comissão.

12 — Na medida em que a fundamentação do acórdão objecto do recurso é absolutamente idêntica à que é desenvolvida no n.° 401 do acórdão de 10 de Março de 1992, ICI/ /Comissão (T-13/89, Colect., p. II-1021), parece-me útil, para evitar repetições, remeter para o n.° 26 das conclusões que apresentei no processo ICI/Comissão (C-200/92 P), no que respeita à legalidade de tal fundamentação.

13 — V. a análise que consta dos n.os 57 a 59 das conclusões que apresentei no processo Hüls/Comissão, para a qual remeto.

IV — Conclusão

19. À luz das considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«1) rejeite, na totalidade, o recurso interposto pela sociedade Shell International Chemical Company Ltd;

2) rejeite o pedido de intervenção;

3) condene a interveniente nas suas próprias despesas;

4) condene a recorrente nas restantes despesas.»