Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILS WAHL
apresentadas em 3 de setembro de 2015 [1]

Processo C-154/14 P

SKW Stahl-Metallurgie GmbH
SKW Stahl-Metallurgie Holding AG
contra

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho — Artigos 12.° e 14.° do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão — Regras processuais aplicáveis à investigação das violações das regras de concorrência da UE — Direito de ser ouvido — Audição oral — Audição à porta fechada»

1. É inquestionável que as empresas têm o direito de ser ouvidas no âmbito da investigação das violações das regras de concorrência da UE. No entanto, assistir-lhes-á o direito de serem ouvidas em privado? Esta é a questão essencial suscitada no presente recurso. Pelas razões adiante expostas, no meu entender, a resposta a esta questão deve ser negativa.

2. As recorrentes pedem ao Tribunal de Justiça para anular um acórdão proferido pelo Tribunal Geral [2], que confirmou uma decisão da Comissão [3] que aplicou às recorrentes uma coima no montante de 13 300 000 euros pela sua participação num cartel nos setores do carboneto de cálcio e do magnésio. A principal alegação das recorrentes é que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não admoestar a Comissão por ter indeferido o pedido das recorrentes de realização de uma audição oral à porta fechada [4] durante o processo administrativo.

3. No que respeita aos restantes fundamentos de recurso apresentados pelas recorrentes, considerá-los-ei de forma sucinta, dedicando voluntariamente maior atenção à análise do primeiro fundamento.

1 — Língua original: inglês.

2 — Acórdão de 23 de janeiro de 2014, SKW Stahl-Metallurgie Holding e SKW Stahl-Metallurgie/Comissão, T-384/09, EU:T:2014:27 (a seguir «acórdão recorrido»).

3 — Decisão C(2009) 5791 final da Comissão, de 22 de julho de 2009, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º [CE] e do artigo 53.º do Acordo EEE [Acordo sobre o Espaço Económico Europeu; JO L 1, p. 3 (a seguir «Acordo EEE»)] (Processo COMP/39.396 — Reagentes de carboneto de cálcio e magnésio nas indústrias siderúrgica e do gás; JO C 301, p. 18, a seguir «decisão impugnada»).

4 — Nas presentes conclusões, a expressão «audição à porta fechada» significa uma reunião entre uma das partes e a autoridade decisora sem a presença das contrapartes (*ex parte in camera*), e não uma audição que não é aberta ao público.

I – **Quadro jurídico**

4. O artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 [5] («Audição das partes, dos autores das denúncias e de outras pessoas») dispõe o seguinte:

«1. Antes de tomar as decisões previstas nos artigos 7.°, 8.° e 23.° e no n.º 2 do artigo 24.º, a Comissão dá às empresas ou associações de empresas sujeitas ao processo instruído pela Comissão oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas. A Comissão deve basear as suas decisões apenas em acusações sobre as quais as partes tenham tido oportunidade de apresentar as suas observações. [...]

2. Os direitos da defesa das partes interessadas serão plenamente acautelados no desenrolar do processo. [...]»

5. Em aplicação do artigo 33.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão emitiu disposições de execução respeitantes, nomeadamente, às modalidades práticas relativas às audições previstas no artigo 27.º do mesmo regulamento. Estas disposições encontram-se no Regulamento n.º 773/2004 [6]. Sob a epígrafe «Direito a audição oral», o artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 773/2004 dispõe que a Comissão dará aos interessados diretos a quem transmitir uma comunicação de objeções (a seguir «CO») a oportunidade de desenvolverem os seus argumentos numa audição oral, se o tiverem solicitado nas suas observações escritas.

6. O artigo 14.º do Regulamento n.º 773/2004 («Realização das audições orais») dispõe o seguinte:

«[…]

6. As audições orais não são públicas. As pessoas podem ser ouvidas separadamente ou na presença de outras pessoas convocadas, tendo em consideração o legítimo interesse das empresas na proteção dos seus segredos comerciais e de outras informações confidenciais.

7. O auditor pode permitir que os interessados a quem tiver sido enviada uma [CO], os autores da denúncia, outras pessoas convidadas a participar na audição, os serviços da Comissão e as autoridades dos Estados-Membros façam perguntas durante a audição.

[…]

8. As declarações de cada pessoa ouvida serão registadas. Mediante pedido, o registo da audição será disponibilizado às pessoas que tiverem participado na audição. Deve ser tido em consideração o legítimo interesse dos interessados diretos na proteção dos seus segredos comerciais e de outras informações confidenciais.»

7. Por último, o artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 773/2004 dispõe que as informações, incluindo documentos, não serão comunicadas, nem a Comissão facultará o acesso a tais informações se contiverem segredos comerciais ou informações confidenciais de qualquer pessoa.

5 — Regulamento Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.° e 82.° do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1), na redação em vigor.

6 — Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.° e 82.° do Tratado CE (JO 2004, L 123, p. 18), na redação em vigor.

II – **Antecedentes do litígio**

A – *Descrição*

8. O que é relevante para o presente processo é o facto de, segundo o acórdão recorrido [7], a Comissão ter considerado, na decisão impugnada, que os principais fornecedores de carboneto de cálcio e de magnésio para as indústrias siderúrgica e do gás violaram o artigo 81.º CE e o artigo 53.º do Acordo EEE, tendo participado, entre 7 de abril de 2004 e 16 de janeiro de 2007, numa infração única e continuada dessas disposições. A infração consistiu numa partilha de mercado, fixação de quotas, repartição de clientes, fixação de preços e troca de informações comerciais sensíveis entre fornecedores de carboneto de cálcio granulado e de magnésio granulado, numa parte substancial do mercado do Espaço Económico Europeu (a seguir «infração em apreço»).

9. Em especial, a Comissão concluiu, no artigo 1.º, alínea f), da decisão impugnada, que a SKW Stahl-Metallurgie GmbH (a seguir «SKW») tinha participado na infração em apreço desde 22 de abril de 2004 até 16 de janeiro de 2007, e que a SKW Stahl-Metallurgie Holding AG (a seguir «SKW Holding») tinha participado na infração desde 30 de agosto de 2004 até 16 de janeiro de 2007. No entender da Comissão, os funcionários da SKW tinham participado diretamente nos acordos de cartel e/ou nas práticas concertadas descritas na decisão impugnada durante aquele período. Entre 30 de agosto de 2004 e 16 de janeiro de 2007, a SKW era diretamente detida a 100% pela SKW Holding. Este facto levou a Comissão a considerar, com fundamento numa presunção decorrente daquela titularidade, que a SKW Holding exercia o controlo efetivo da SKW — uma presunção que, na perspetiva da Comissão, foi «confirmada» por elementos de facto adicionais [8] — e que a SKW Holding e a SKW constituíam uma entidade económica única e, por conseguinte, a primeira podia ser responsabilizada pela infração das regras da concorrência cometida pela SKW.

B – *Processo administrativo na Comissão* [9]

10. As recorrentes, na sua resposta de 6 de outubro de 2008 à CO da Comissão de 24 de junho de 2008, alegaram que, na realidade, era a Degussa e não a SKW Holding que exercia uma influência decisiva sobre a SKW e requereram a realização de uma audição oral para explicarem este argumento. Tendo sido convidadas para comparecer numa audição oral, as recorrentes requereram, através de mensagem de correio eletrónico de 31 de outubro de 2008, a realização de uma audição à porta fechada em relação à sua linha de argumentação sobre o papel da Degussa. As recorrentes justificaram o seu pedido invocando que a sobrevivência económica da SKW dependia da Degussa, a qual lhe fornecia a quase totalidade do seu aprovisionamento de carboneto de cálcio, e que, naquele momento, decorriam entre a SKW e a Degussa negociações para um novo contrato de fornecimento. As recorrentes alegaram ainda que a apresentação dos seus argumentos na presença da Degussa prejudicaria gravemente o seu relacionamento comercial e poderia resultar em represálias. Por mensagem de correio eletrónico de 5 de novembro de 2008, as recorrentes propuseram uma solução prática, que consistia em só revelar à Degussa os argumentos apresentados à porta fechada depois do final do ano de 2008 ou depois de celebrado um novo contrato de fornecimento. Em 6 de novembro de 2008, as recorrentes enviaram uma nova mensagem de correio eletrónico ao auditor a reiterar estas questões.

7 — Remete-se para os n.os 1 a 4 do acórdão recorrido (disponível apenas em alemão e em francês).

8 — Esses elementos incluíam i) o facto de a SKW integrar a divisão de Pós e Granulados da SKW Holding; ii) o facto de a SKW Holding participar nos contactos profissionais diários das suas filiais; iii) o facto de a SKW Holding ser responsável pelo desenvolvimento estratégico da SKW; iv) o facto de a SKW Holding tomar decisões relativas ao pessoal, ao recrutamento e ao financiamento; v) o facto de a SKW apresentar mensalmente à SKW Holding relatórios financeiros; vi) o facto de ser necessária a assinatura de um membro do conselho de administração da SKW Holding para a SKW poder negociar com instituições bancárias; e vii) o facto de o rendimento da SKW ser relevante para os dados sobre os resultados económicos da SKW Holding. A Comissão considerou que a tese de que a SKW Holding era um mero representante comercial da Evonik Degussa GmbH («Degussa») ou um investidor financeiro não estava fundamentada.

9 — Remete-se para os n.os 24 a 33 do acórdão recorrido.

11. Por carta de 6 de novembro de 2008, o auditor indeferiu o pedido de audição à porta fechada. Uma vez que o pedido não se baseava, *stricto sensu*, na proteção dos segredos comerciais ou de outras informações confidenciais das recorrentes, o auditor apreciou-o na perspetiva do direito de ser ouvido. Além de salientar que o argumento apresentado pelas recorrentes respeitava ao comportamento da Degussa e que, para ser considerado como circunstância atenuante [10], teria de ser confrontado com uma declaração da Degussa, o auditor afirmou ainda que uma audição à porta fechada privaria a Degussa do direito de responder oralmente às alegações das recorrentes. Por último, o auditor considerou que a solução prática sugerida pelas recorrentes não era exequível, dada a incerteza da duração e do resultado das negociações.

12. Em 10 e 11 de novembro de 2008, teve lugar uma audição oral.

13. Por carta de 28 de janeiro de 2009, as recorrentes informaram o auditor de que tinha sido celebrado um novo contrato de fornecimento entre a SKW e a Degussa e que não existia qualquer impedimento à realização de uma audição oral com a presença da Degussa. Consequentemente, requereram a oportunidade de apresentar o seu ponto de vista sobre o comportamento da Degussa numa nova audição oral, uma vez que se tinham abstido de o fazer na audição já realizada.

14. Por carta de 3 de fevereiro de 2009, o auditor indeferiu o pedido de realização de uma nova audição oral, considerando que o direito de ser ouvido é desencadeado pela emissão de uma CO e é concedido uma única vez. Porém, o auditor concedeu às recorrentes a possibilidade de apresentarem observações escritas adicionais sobre a questão, num prazo suplementar.

15. Finalmente, por carta de 10 de fevereiro de 2009 dirigida ao auditor, as recorrentes manifestaram o seu desacordo com o entendimento desta. Sustentaram que o direito de ser ouvido oralmente não é uma «oportunidade única», a conceder numa só ocasião, mas um direito que tem de ser assegurado durante todo o processo. Uma vez que os argumentos escritos já apresentados pelas recorrentes não tinham conseguido sensibilizar a Comissão para o papel da Degussa e para a dependência da SKW em relação à Degussa, as recorrentes opuseram-se à ideia de que a possibilidade de apresentar uma declaração escrita pudesse substituir o direito de ser ouvido oralmente.

16. Em 9 de julho de 2009, o auditor emitiu o seu relatório final sobre o projeto de decisão relativa à infração em apreço [11], no qual incluiu as suas observações sobre o pedido das recorrentes de audição à porta fechada. No seu relatório, o auditor concluiu que o projeto de decisão respeitava apenas a objeções relativamente às quais as partes tiveram oportunidade de se pronunciar e que o direito de todos os participantes no processo a serem ouvidos tinha sido respeitado.

III – **Tramitação do processo no Tribunal Geral**

17. Por petição apresentada em 1 de outubro de 2009, as recorrentes interpuseram um recurso de anulação da decisão impugnada. As recorrentes invocaram seis fundamentos de anulação: i) violação do direito de ser ouvido; ii) aplicação errada do artigo 81.º CE; iii) violação do dever de fundamentação; iv) violação do princípio da igualdade de tratamento; v) violação dos artigos 7.º e 23.º do Regulamento n.º 1/2003, bem como do princípio da proporcionalidade e do princípio da legalidade das penas; e vi) violação do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003.

10 — Recordo que a carta do auditor de 6 de novembro de 2008 refere, efetivamente, que as informações sobre o comportamento da Degussa poderiam ser relevantes «para exonerar [as recorrentes] de responsabilidade *ou* como um fator atenuante» (o sublinhado é meu). Não contém qualquer afirmação que confirme a tese de que o auditor considerou a argumentação das recorrentes apenas como a invocação de circunstâncias atenuantes (v. n.º 31, *infra*).

11 — JO 2009, C 301, p. 16 e 17.

18. Na sequência de uma audiência pública realizada em 16 de abril de 2013, o Tribunal Geral proferiu o acórdão recorrido, em que rejeitou todos os fundamentos de anulação e, por conseguinte, negou provimento ao recurso e condenou as recorrentes nas suas próprias despesas e nas da Comissão.

IV – **Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes**

19. No seu recurso interposto no Tribunal de Justiça em 2 de abril de 2014, as recorrentes pedem ao Tribunal de Justiça que se digne:

— anular na totalidade o acórdão recorrido, na parte em que indefere os pedidos das recorrentes, e dar provimento na totalidade aos pedidos apresentados na primeira instância;

— subsidiariamente, anular parcialmente o acórdão recorrido;

— mais subsidiariamente, reduzir, dentro da sua margem de apreciação, as coimas aplicadas às recorrentes no artigo 2.º, alíneas f) e g), da decisão impugnada;

— mais subsidiariamente, anular o acórdão recorrido e devolver o processo ao Tribunal Geral; e

— condenar a Comissão nas despesas.

20. Na sua contestação, apresentada no Tribunal de Justiça em 13 de junho de 2014, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que se digne:

— negar provimento ao recurso; e

— condenar as recorrentes nas despesas.

21. As recorrentes e a Comissão apresentaram observações orais na audiência que teve lugar em 13 de maio de 2015.

V – **Análise**

A – *Observações introdutórias*

22. Em apoio dos seus pedidos, as recorrentes invocam quatro fundamentos que consistem, essencialmente, no seguinte: i) ao não punir a violação dos direitos processuais das recorrentes, tal como o direito de ser ouvido, cometida pela Comissão durante o processo administrativo, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito e, além disso, violou o princípio da proporcionalidade e a proibição da apreciação antecipada das provas; ii) ao ignorar o facto de a Comissão ter aplicado erradamente tanto o artigo 101.º TFUE como o dever de fundamentação decorrente do artigo 296.º TFUE, o Tribunal Geral também cometeu um erro de direito; iii) ao manter a decisão impugnada, o Tribunal Geral violou os princípios da clareza das sanções e da fixação individual das penas e sanções; por último, iv) o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que um argumento apresentado pelas recorrentes durante o processo era um argumento novo e, consequentemente, inadmissível. Analisarei o segundo, terceiro e quarto fundamentos de forma breve e de imediato.

23. Deixando de lado a questão da admissibilidade da *primeira parte do segundo fundamento de recurso* — que a Comissão contesta — as recorrentes sustentam que o Tribunal Geral não teve em conta o facto de, alegadamente, a SKW Holding não retirar qualquer benefício económico da infração em apreço. No entanto, o Tribunal de Justiça já afirmou que, se a Comissão tiver conseguido reunir provas da infração alegada e estas provas se revelarem suficientes para demonstrar a existência de um

acordo de natureza anticoncorrencial, não é necessário analisar a questão de saber se a empresa acusada tinha um interesse comercial no acordo [12]. Por conseguinte, esta parte do segundo fundamento de recurso é inoperante.

24. Com a *segunda parte do segundo fundamento de recurso*, as recorrentes alegam que, ao manter a decisão impugnada, o Tribunal Geral interpretou incorretamente o artigo 296.º TFUE. Sustentam, em concreto, que o Tribunal Geral não censurou a Comissão por não ter considerado todos os argumentos das recorrentes, violando desse modo o seu dever «redobrado» de fundamentação da responsabilização de uma empresa-mãe pelo comportamento da sua filial. Porém, conforme já afirmei noutro local, não creio que o Tribunal de Justiça tenha defendido expressamente a existência de um dever redobrado de fundamentação nessa situação [13]. Em todo o caso, considero que o Tribunal Geral apreciou corretamente a fundamentação da decisão impugnada, rejeitando um dos fundamentos apresentados no processo pela Comissão, por ser incorreto (apesar de apresentado a título exaustivo). Por conseguinte, o Tribunal Geral não interpretou incorretamente o artigo 296.º TFUE e, consequentemente, a segunda parte do segundo fundamento é também improcedente.

25. O argumento invocado pelas recorrentes no seu *terceiro fundamento de recurso*, no sentido de que a Comissão devia ter especificado a repartição individual — *inter partes* — da coima entre os participantes no cartel, foi rejeitado no acórdão Comissão/Siemens Österreich e o. [14], proferido após a interposição do presente recurso. Decorre desse acórdão que este fundamento de recurso é igualmente improcedente, não obstante a tentativa das recorrentes de ajustarem o seu ponto de vista na audiência.

26. Por último, é inútil analisar o *quarto fundamento de recurso*. Neste fundamento, as recorrentes criticam o Tribunal Geral por declarar inadmissível o mesmo argumento sobre a repartição da coima que foi suscitado no terceiro fundamento de recurso. Consequentemente, o quarto fundamento de recurso é inoperante, à luz do acórdão acima referido.

27. Por conseguinte, volto ao primeiro fundamento de recurso.

B – *Primeiro fundamento de recurso*

1. Conclusões do acórdão recorrido [15]

28. Nos n.os 35 a 40 do acórdão recorrido, depois de recordar a importância dos direitos de defesa e a proteção de que beneficiam os segredos comerciais e outras informações confidenciais, o Tribunal Geral procedeu à interpretação do artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 773/2004. Além de considerar que esta disposição não exclui a realização de audições na presença de outras pessoas, o Tribunal Geral observou ainda que deve ser tido em conta o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos comerciais e de outras informações confidenciais. Por este motivo, o Tribunal Geral impôs à Comissão o dever de encontrar, em cada caso, o equilíbrio adequado entre, por um lado, o objetivo de proteção dos direitos de defesa das empresas acusadas de violar as regras da concorrência da UE e, por outro lado, o interesse legítimo dos terceiros na não divulgação dos seus segredos comerciais e de outras informações confidenciais.

12 — Acórdão Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão, C-403/04 P e C-405/04 P, EU:C:2007:52, n.º 46. Ver também, no mesmo sentido, o acórdão 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, EU:C:2004:6, n.º 335.

13 — Ver as minhas conclusões no processo Total/Comissão, C-597/13 P, EU:C:2015:207, n.º 133.

14 — C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, que anulou o acórdão Siemens e VA Tech Transmission & Distribution/Comissão, T-122/07 a T-124/07, EU:T:2011:70.

15 — Remete-se para os n.os 19 a 63 do acórdão recorrido.

29. Seguidamente, no n.º 41 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral analisou se a argumentação que as recorrentes desejavam apresentar à porta fechada era fundamental para a sua defesa.

30. A este respeito, o Tribunal Geral sustentou, nos n.os 42 a 44 do acórdão recorrido, que a Comissão concluiu que apenas os membros do pessoal ou da direção da SKW tinham participado diretamente na infração em apreço. Em contrapartida, a responsabilidade da SKW Holding pela mesma violação das regras da concorrência decorria do facto de ter exercido uma influência decisiva sobre a SKW. Em seguida, nos n.os 47 a 52 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que as recorrentes não tinham explicado de que modo a possibilidade de a Degussa ter exercido uma influência decisiva sobre a SKW exoneraria as recorrentes da sua própria responsabilidade. Em concreto, o Tribunal Geral entendeu que a questão do exercício da influência da Degussa sobre a SKW era irrelevante para a questão de saber se a SKW Holding tinha ilidido efetivamente a presunção do exercício de uma influência decisiva por a SKW ser detida a 100% pela SKW Holding.

31. Por esse motivo, o Tribunal Geral concluiu, nos n.os 53 a 56 do acórdão recorrido, que, em todo o caso, os argumentos das recorrentes não as isentavam de responsabilidade. O Tribunal Geral deduziu deste facto que o auditor, na sua carta de 6 de novembro de 2008 (v. n.º 11, *supra*), considerou corretamente o pedido de audição à porta fechada exclusivamente do ponto de vista do papel da Degussa como circunstância atenuante, uma vez que a argumentação das recorrentes a este respeito só as poderia beneficiar nessa perspetiva. A este propósito, o Tribunal Geral considerou que a participação da Degussa como circunstância atenuante da responsabilidade das recorrentes devia ser apreciada na segunda parte do seu quinto fundamento de recurso.

32. Relativamente ao primeiro fundamento de recurso, o Tribunal Geral considerou, nos n.os 57 a 63 do acórdão recorrido, que o argumento de que o papel da Degussa devia ser tido em conta como circunstância atenuante da responsabilidade das recorrentes conduziria, em contrapartida, ao agravamento da responsabilidade da Degussa. Por conseguinte, o auditor concluiu corretamente que o pedido de realização da audição à porta fechada não devia ser deferido, uma vez que assistia à Degussa o direito de responder às alegações proferidas. O Tribunal Geral concordou com o entendimento do auditor de que a solução prática proposta pelas recorrentes não satisfazia o direito de resposta da Degussa às acusações proferidas oralmente pelas recorrentes na audição. Tendo em conta o facto de que o correto desenrolar do processo administrativo exige a adoção de uma decisão num prazo razoável, o Tribunal Geral considerou que o auditor podia licitamente recusar a realização de uma audição oral adicional e que não assiste às partes o direito à realização de uma nova audição sempre que desaparece um obstáculo à apresentação de determinada argumentação. Por último, tendo em conta que o auditor tinha concedido às recorrentes a oportunidade de apresentarem observações escritas adicionais, o Tribunal Geral rejeitou o primeiro fundamento de recurso das recorrentes.

2. Argumentos das partes

33. As recorrentes alegam que o Tribunal Geral não reconheceu que o indeferimento, por parte da Comissão, do seu pedido de realização de uma audição à porta fechada constitui uma violação de um requisito processual fundamental. Esse indeferimento era manifestamente desproporcionado, nomeadamente porque o pedido das recorrentes era plenamente razoável e não colidia com os direitos processuais das outras partes. Consequentemente, o Tribunal Geral não respeitou os direitos da defesa, não obstante o artigo 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 dispor que «[o]s direitos da defesa das partes interessadas serão plenamente acautelados no desenrolar do processo». A realização de uma audição oral com a presença da Degussa não daria às recorrentes a possibilidade de exporem o seu ponto de vista à Comissão, uma vez que receavam que a Degussa adotasse medidas de retaliação. Foi por este motivo que requereram a realização de uma breve audição à porta fechada, com uma duração de aproximadamente 30 minutos. Além disso, as recorrentes apresentaram, sem sucesso, várias soluções alternativas suscetíveis de, alegadamente, acautelar o direito de serem ouvidas.

34. As recorrentes alegam que o Tribunal Geral, tal como a Comissão antes deste, violou manifestamente os seus interesses legítimos. Referem o artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 773/2004, relativo ao interesse das empresas em que os seus segredos comerciais não sejam divulgados. Sustentam ainda que, se pode ser autorizada a realização de uma audição à porta fechada para proteger segredos comerciais (e deve sê-lo quando não existe outra forma de proteção desses segredos), por maioria de razão também deve ser autorizada nos casos em que a sua realização assegurará, com elevado grau de probabilidade, uma proteção adequada dos direitos de defesa da empresa em causa e a sua não realização ameace a própria existência dessa empresa.

35. As recorrentes sustentam que só uma audição oral permite estabelecer com a Comissão um diálogo suscetível de eliminar dúvidas e responder a quaisquer questões que possam ser suscitadas. Ainda que, nos n.ºs 38 a 62 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral tenha considerado corretamente que os interesses da empresa que requer a audição à porta fechada têm de ser ponderados à luz dos interesses das outras empresas em se defenderem de possíveis acusações, o Tribunal Geral errou ao considerar que os interesses destas últimas eram mais importantes e justificavam a rejeição das soluções alternativas propostas pelas recorrentes. Assim, o Tribunal Geral errou ao não ter obrigado a Comissão a privilegiar a solução que teria conciliado os interesses de todas as partes interessadas e, consequentemente, efetuou uma ponderação desproporcionalmente desfavorável aos interesses das recorrentes.

36. As recorrentes afirmam ainda que, ao sustentar que a sua argumentação não era suscetível de as exonerar de responsabilidade e que a questão do controlo exercido pela Degussa sobre a SKW era irrelevante para o apuramento da responsabilidade da SKW Holding, o Tribunal Geral, por um lado, procedeu ilegalmente a uma apreciação antecipada das provas e, por outro, não teve em conta o facto de que a prova de que uma empresa exerce um controlo continuado sobre a sua antiga filial é suscetível de por em causa a influência da nova empresa-mãe sobre a filial em causa. Além disso, afirmam que o seu argumento relativo ao papel da Degussa não configurava apenas uma circunstância atenuante, mas também corroborava o entendimento de que a SKW Holding não tinha incorrido em qualquer responsabilidade.

37. Por último, no que respeita aos efeitos da violação dos seus direitos processuais, as recorrentes alegam que, tal como afirmado em primeira instância, o facto de o processo administrativo poder ter tido outro desfecho não fora o erro processual cometido pela Comissão é motivo suficiente para a anulação da decisão impugnada.

38. A Comissão contesta na íntegra os argumentos das recorrentes. No que respeita à influência exercida pela SKW Holding sobre a SKW, a Comissão sustenta que as recorrentes não contestam a aplicação de um nível de exigência errado em matéria de prova, mas sim o apuramento dos factos e a apreciação dos elementos de prova pelo Tribunal Geral, sem invocar a desvirtuação das provas, o que não é admissível em sede de recurso.

3. Apreciação

a) Admissibilidade

39. No que respeita à exceção da inadmissibilidade suscitada *en passant* pela Comissão (v. n.º 38, *supra*), recordo que, no seu primeiro fundamento de recurso, as recorrentes não questionam a responsabilidade da SKW Holding pelo exercício de uma influência decisiva sobre a SKW (o que, em contrapartida, constitui o cerne do seu segundo fundamento de recurso), mas sim a violação dos seus direitos processuais, nomeadamente o direito de ser ouvido de forma eficaz. No entender das recorrentes, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito quando procurava estabelecer o equilíbrio adequado entre o interesse das recorrentes em obter uma audição à porta fechada e o interesse das

contrapartes — concretamente da Degussa — em poder responder às alegações das recorrentes, bem como ao rejeitar as suas propostas alternativas. Nos termos do artigo 256.º, n.º 1, TFUE e do artigo 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça é competente para conhecer desta questão de direito.

b) Considerações gerais sobre o direito de ser ouvido em processos administrativos na Comissão

40. O processo administrativo na Comissão no âmbito de processos instaurados ao abrigo do artigo 101.º TFUE divide-se em duas fases distintas e sucessivas, cada uma com uma lógica própria: uma fase de instrução preliminar e uma fase contraditória. A instrução preliminar, que abrange o período até à notificação da CO, destina-se a permitir à Comissão reunir todos os elementos de prova pertinentes que confirmem ou não a existência de uma infração às regras de concorrência e a tomar uma primeira posição sobre a orientação e o ulterior destino a dar ao processo. A fase contraditória, que abrange o período entre a notificação da CO e a adoção da decisão final, deve permitir à Comissão pronunciar-se definitivamente sobre a alegada infração. Só no início da fase contraditória é que a parte em causa é informada, através da CO, de todos os elementos essenciais em que a Comissão se baseia nessa fase do processo. Consequentemente, esta parte só pode exercer plenamente os seus direitos de defesa depois de emitida a CO [16].

41. No que respeita à fase contraditória, o direito de ser ouvido pode ser exercido em dois momentos consecutivos: por escrito e oralmente.

42. No primeiro momento, de acordo com o artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 773/2004, a Comissão comunica aos interessados diretos as objeções contra eles deduzidas e a CO é notificada por escrito a cada um desses interessados contra quem sejam deduzidas objeções. O artigo 10.º, n.ºs 2 e 3, deste regulamento estabelece o direito de responder por escrito à CO, dentro de um prazo fixado pela Comissão, apresentando todos os factos relevantes para a defesa. A Comissão não é obrigada a tomar em consideração observações escritas recebidas após o termo desse prazo.

43. De acordo com o artigo 16.º, n.º 2, do Regulamento n.º 773/2004, as partes que respondam à CO devem identificar claramente os dados que considerem confidenciais, apresentando a respetiva fundamentação, e fornecer uma versão não confidencial em separado, até ao final do prazo estabelecido pela Comissão para a resposta à CO. Nos termos do artigo 16.º, n.º 3, deste regulamento, a Comissão pode oficiosamente fazer a mesma solicitação às partes. Salvo indicações em contrário, de acordo com o artigo 16.º, n.º 4, do referido regulamento, a Comissão pode considerar que os dados não contêm informações confidenciais. Neste contexto, há que ter em conta que, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, do referido regulamento, as partes podem requerer o acesso às informações não confidenciais do processo.

44. Daqui decorre que são as partes a decidir exatamente qual a medida das informações que desejam transmitir à Comissão na sua resposta escrita. Ao fazê-lo, têm de considerar se pretendem transmitir informações de natureza confidencial e, em caso afirmativo, identificar essas informações claramente como confidenciais. Inevitavelmente, se a Comissão discordar da natureza confidencial das informações — sem prejuízo da possibilidade de fiscalização jurisdicional pelos Tribunais da União — a parte que as transmitir corre o risco comercial de outra parte poder ter acesso ao processo e obter essas informações.

16 — V. acórdão Elf Aquitaine/Comissão, C-521/09 P, EU:C:2011:620, n.ºs 113 e 115.

45. Quanto ao segundo momento, ou seja, o direito de ser ouvido oralmente — que nem sempre constituiu um direito intrínseco [17] —, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 773/2004, assiste às partes o direito de participar numa audição oral com a Comissão, desde que o tenham solicitado na resposta à CO.

46. A audição oral é realizada nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 773/2004. De acordo com o artigo 14.º, n.º 6, deste regulamento, as pessoas podem ser ouvidas separadamente ou na presença de outras pessoas, tendo em consideração o legítimo interesse das empresas na proteção dos seus segredos comerciais e de outras informações confidenciais. As declarações de cada pessoa serão registadas, nos termos do artigo 14.º, n.º 8, do regulamento, e o registo da audição poderá ser disponibilizado às pessoas que nela tiverem participado, tendo sempre em consideração a proteção das informações confidenciais dos interessados diretos.

47. Portanto, o pedido de audição oral das partes que tiverem respondido a uma CO é opcional. O exercício dessa opção constitui mais uma decisão comercial, em que tem de ser considerada a possibilidade da presença de outras partes interessadas e de as informações divulgadas caírem nas mãos de outrem. No entanto, há que salientar que não existe uma obrigação de participar numa audição oral.

48. Em último lugar, mas não menos importante, o direito de ser ouvido compreende um aspeto substantivo fulcral: a proteção processual efetiva dos interessados diretos. Com efeito, nos processos em que podem ser aplicadas coimas, o respeito dos direitos de defesa constitui um princípio fundamental de direito da UE que tem de ser observado, mesmo nos processos administrativos [18]. De acordo com o artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 773/2004, a Comissão deve decidir apenas das objeções relativamente às quais os interessados diretos a quem dirigiu uma CO tenham podido apresentar as suas observações.

49. Porém, a particularidade do caso em apreço é que, na realidade, este diz respeito à questão de saber qual a *forma* que deve revestir o direito de ser ouvido na Comissão, e não ao conteúdo desse direito. Nessa medida, ser ouvido por escrito, e não oralmente, não é em si mesmo uma questão problemática. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»), nos processos administrativos dos quais possa resultar a aplicação de sanções, é suficiente que assista às partes o direito de participar numa audição oral subsequente, perante um órgão jurisdicional independente [19].

17 — O quadro jurídico tem variado ao longo do tempo. O artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho (JO 127, p. 228; EE 08 F1 p. 62), dispunha que a Comissão «dará às pessoas que o tenham solicitado, nas respetivas observações escritas, oportunidade de se pronunciarem oralmente, se tais pessoas mostrarem um interesse relevante ou se a Comissão se propuser aplicar-lhes uma multa ou adstrição». Posteriormente, o artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados diretos em certos processos, nos termos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE (JO L 354, p. 18), estabelecia simplesmente que aos requerentes e aos denunciantes, a Comissão «dará a oportunidade de exprimirem oralmente os respetivos pontos de vista, no caso de demonstrarem um interesse legítimo em fazê-lo e assim o requererem nas suas observações escritas».

18 — V. acórdão Thyssen Stahl/Comissão, C-194/99 P, EU:C:2003:527, n.º 30 e jurisprudência aí referida.

19 — V., entre outros, TEDH, acórdão Flisar c. Eslovénia, de 29 de setembro de 2011, n.º 3127/09, §§ 33 a 35. Além disso, a realização das audições orais nem sempre é obrigatória em todos os processos judiciais dos quais possa resultar a aplicação de sanções penais; ver, entre outros, acórdão Jussila c. Finlândia [GS], n.º 73053/01, CEDH 2006-XIII, § 43.

c) Apreciação do primeiro fundamento de recurso

50. Distingo, no primeiro fundamento de recurso invocado pelas recorrentes, dois argumentos principais, ambos baseados no direito de ser ouvido. Em primeiro lugar, o Tribunal Geral cometeu uma ilegalidade ao não censurar a Comissão por ter indeferido o pedido das recorrentes de uma audição à porta fechada, procedendo ilegalmente a uma apreciação antecipada da prova no processo. Em segundo lugar, o Tribunal Geral agiu de forma desproporcionada ao não admoestar a Comissão por não aceitar as soluções alternativas propostas pelas recorrentes. De seguida, analisarei cada um destes argumentos.

i) Direito a uma audição à porta fechada?

51. Começarei por salientar que o auditor parece ter considerado que as informações com base nas quais as recorrentes procuraram justificar o seu pedido de audição à porta fechada eram suscetíveis, em termos qualitativos, de lhes assegurar essa audição [20].

52. Seja como for, no meu entender, não existe um direito à audição à porta fechada [21].

53. Em nenhuma parte do Regulamento n.º 1/2003 ou do Regulamento n.º 773/2004 está consagrado tal direito. Em especial, o artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 773/2004 dispõe apenas que a Comissão dará aos interessados diretos a quem tiver dirigido uma CO a oportunidade de desenvolverem os seus argumentos numa audição oral, se o tiverem solicitado nas suas observações escritas. Porém, essa disposição é omissa quanto à audição à porta fechada.

54. Do mesmo modo, nem a letra, nem o contexto, nem a finalidade do artigo 14.º do Regulamento n.º 773/2004 — em especial, do artigo 14.º, n.º 6 — preveem tal direito.

55. A *letra* do artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 773/2004 dispõe que as pessoas *podem* ser ouvidas separadamente ou na presença de outras pessoas convocadas, tendo em consideração o legítimo interesse das empresas na proteção dos seus segredos comerciais e de outras informações confidenciais. Mais do que uma mera autorização, esta disposição implica uma opção e não uma obrigação. Tendo em conta o disposto no segundo período do artigo 14.º, n.º 6, deste regulamento, essa opção dependerá da apreciação do interesse das empresas na proteção dos seus segredos comerciais e de outras informações comerciais a efetuar pela Comissão.

56. Se bem entendo as recorrentes, estas sustentam essencialmente que, neste caso, «podem» deve ser interpretado como «devem». Porém, além de constituir um contrassenso, esse argumento é inoperante por várias outras razões.

57. Em primeiro lugar, o *contexto* do artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 773/2004 confirma o entendimento de que a concessão de uma audição à porta fechada depende do poder discricionário do auditor. O artigo 14.º, n.º 7, do Regulamento n.º 773/2004 dispõe que o auditor *pode* permitir que os interessados a quem tiver sido enviada uma CO, os autores da denúncia e outras pessoas convidadas a participar na audição façam perguntas durante a audição. Além disso, a epígrafe do artigo 14.º do Regulamento n.º 773/2004 («Realização das audições orais») sugere que esta disposição tem por principal objetivo o estabelecimento de regras que assegurem a condução eficiente das audições por parte do auditor, o que implica que este possua alguns poderes discricionários de gestão. Em

20 — No entanto, isso não impediu a Comissão de reiterar, em primeiro lugar, que as recorrentes reconheciam que a Degussa devia saber que aquelas tinham respondido à CO de um modo que lhe era desfavorável e, em segundo lugar, que a Degussa devia igualmente conhecer as razões pelas quais as recorrentes afirmaram que a Degussa controlava a SKW à distância, lançando deste modo dúvidas sobre a natureza confidencial dessas informações em relação à Degussa.

21 — A menos que se inverta totalmente o direito a audiência oral, também não existe, pela mesma razão,um direito de *não* ser ouvido à porta fechada.

contrapartida, nos casos em que são concedidos direitos específicos às empresas (ou em que é imposta uma obrigação específica ao auditor), o próprio texto determina-o expressamente, como acontece, por exemplo, nos artigos 12.°, n.º 1, ou 14.° do Regulamento n.º 773/2004, sendo que este último utiliza, várias vezes, frases imperativas. Não será certamente uma coincidência.

58. Acresce que *a finalidade* do Regulamento n.º 773/2004 também não sugere a existência de um direito a uma audição à porta fechada. Recordo que decorre do artigo 33.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1/2003 que o Regulamento n.º 773/2004 visa estabelecer as modalidades das práticas destinadas a assegurar que as empresas sujeitas ao processo instruído pela Comissão *tenham a oportunidade de se pronunciar* sobre as acusações formuladas pela Comissão, e que as decisões finais desta se baseiem apenas em acusações sobre as quais as partes *tenham tido oportunidade de apresentar as suas observações*. Por outro lado, o regulamento não tem como objetivo assegurar que as empresas sejam *efetivamente* ouvidas (e muito menos à porta fechada) — essa matéria depende essencialmente da solicitação das próprias empresas. Além disso, conforme referido, a ausência de um direito a uma audição à porta fechada parece não ser problemática na perspetiva dos direitos fundamentais (v. o n.º 49, *supra*). Acrescentaria que o facto de as recorrentes considerarem mais eficiente serem ouvidas oralmente e não por escrito é uma questão de preferência e não uma questão jurídica.

59. De uma forma mais geral, o processo na Comissão parece refletir o princípio não escrito de que o poder de decidir se uma audição se deve realizar à porta fechada pertence ao organismo imparcial que conduz a audição (que o exercerá oficiosamente ou a pedido). Com efeito, como o Tribunal de Justiça bem sabe, nos processos nos Tribunais da UE, a decisão de realizar uma audição à porta fechada não está compreendida na esfera de controlo das partes, mas na do órgão jurisdicional competente [22]. O mesmo acontece nas audições orais no TEDH [23]. Além disso, recordo ainda que, nos processos judiciais, o pedido de audição à porta fechada, sem a presença das contrapartes — ou seja, a sessão realizada apenas com a presença do órgão jurisdicional competente — deve ser considerado extremamente irregular [24].

60. No entanto, este cenário incomum não é pertinente para a questão em apreço, sendo crucial ter presente que o processo na Comissão é administrativo por natureza e que essa instituição não é entidade adjudicante. Quando muito, o processo é contraditório entre a parte em causa e a Comissão, e não entre as partes privadas suspeitas de terem participado numa determinada infração. Uma consequência disto é, por exemplo, que não se exige à Comissão que conceda às partes a oportunidade de contrainterrogar testemunhas ou de analisar os seus depoimentos na fase instrutória [25] (ou, pela mesma lógica, na fase contraditória). Não obstante, isto significa também que a Comissão só poderá aplicar sanções relativamente a infrações à lei da concorrência sobre as quais as partes se tenham podido pronunciar. Portanto, se uma parte pretender divulgar informações confidenciais e suscetíveis de responsabilizar uma contraparte no processo administrativo, parece-me óbvio que, assumindo que a Comissão desejará invocar essas informações, esta terá de dirigir à contraparte uma CO complementar [26] (não sendo exigido à Comissão que «deduza» novas acusações). Daqui decorre que, no caso em apreço, não existia qualquer obrigação de considerar os interesses da

22 — V. artigo 31.º do Estatuto do Tribunal de Justiça; artigo 79.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça; artigo 109.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral; e artigo 63.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal da Função Pública.

23 — V. a regra 63 do Regulamento do Tribunal de 1 de junho de 2015; v. também a regra A1, n.º 5.

24 — V., nesse sentido, acórdão ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, n.º 56.

25 — V., nesse sentido, acórdão 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, EU:C:2004:6, n.º 200.

26 — V., neste sentido, acórdão LG Display e LG Display Taiwan/Comissão, T-128/11, EU:T:2014:88, n.º 110 e jurisprudência aí referida (confirmado pelo acórdão LG Display e LG Display Taiwan/Comissão, C-227/14 P, EU:C:2015:258).

Degussa: se a Comissão quisesse responsabilizar também a Degussa com base nas informações das recorrentes, deveria emitir uma CO adicional. Por conseguinte, as razões indicadas pelo auditor para recusar a realização de uma audição à porta fechada e confirmadas pelo Tribunal Geral eram incorretas [27].

61. À luz das observações de caráter geral acima expostas, nada tem de surpreendente o facto de caber ao auditor o poder de realizar uma audição oral separada da parte em questão nos casos em que tal for adequado, por exemplo, para a proteção dos segredos comerciais ou de outras informações confidenciais de uma parte. Com efeito, os funcionários da UE estão obrigados a respeitar esses segredos [28] e, conforme referido, o processo administrativo decorre segundo regras concebidas para esse efeito. Contudo, é interessante verificar que, no que respeita à confidencialidade, o artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 773/2004 não estabelece qualquer distinção entre as audições à porta fechada e as audições abertas a todas as partes.

62. Este aspeto leva-me ao ponto seguinte: nada na redação do Regulamento n.º 773/2004 corrobora a tese de que as informações divulgadas numa audição à porta fechada — ou, para ser mais preciso, numa audição *separada* — podem ser automaticamente qualificadas de confidenciais. Isso depende exclusivamente do que for dito em tal audição Na verdade, ao contrário dos pedidos de tratamento confidencial relativos às observações escritas na CO, que exigem uma apreciação *ex post*, quando recebe um pedido de audição à porta fechada, a Comissão tem de avaliar antecipadamente (*ex ante*) se as informações que a parte lhe deseja divulgar são efetivamente confidenciais. Correndo o risco de constatar uma evidência, as informações não confidenciais divulgadas durante uma audição à porta fechada não podem ser licitamente ocultadas às contrapartes que pretendam consultar o processo.

63. Portanto, uma parte cujo pedido de audição à porta fechada seja indeferido terá de ponderar cuidadosamente se ainda deseja participar na audição oral aberta a todas as partes e, em caso afirmativo, o que dirá. Essa parte não está obrigada a divulgar informações confidenciais na presença de todos os participantes. Em alternativa, essa parte pode optar, num momento anterior, por divulgar as informações confidenciais por escrito à Comissão, na sua resposta à CO, e requerer o tratamento confidencial de tais informações. Embora, também nesse caso, possa existir algum risco comercial, em algumas circunstâncias poderá ser uma opção mais vantajosa do que o pedido de audição à porta fechada. Do mesmo modo, o processo administrativo garante às partes a possibilidade de divulgarem à Comissão informações que considerem confidenciais e, nesse caso, a possibilidade de escolher entre fazê-lo oralmente ou por escrito (ainda que, reconhecidamente, a última palavra em matéria de confidencialidade não lhes pertença). Por conseguinte, o exercício do direito de ser ouvido implica necessariamente decisões comerciais das partes [29]. O presente caso assim o demonstra: as recorrentes preferiram (compreensivelmente) dar prioridade a um objetivo comercial — a sobrevivência económica — em detrimento de outro, ou seja, a possibilidade de coimas mais baixas.

64. Obviamente, nos casos em que a Comissão divulga ilicitamente informações confidenciais, a parte tem o direito de intentar uma ação de indemnização ao abrigo do artigo 268.º TFUE [30]. Contudo, é da maior importância ter em mente que a questão de saber se as informações podem ser licitamente divulgadas é distinta do exercício do direito de ser ouvido. Por outras palavras, a divulgação ilícita de informações confidenciais não afeta necessariamente a validade de uma decisão da Comissão da qual resulta a imposição de coimas.

27 — Porém, deve ficar claro que o dever de fundamentação é uma questão distinta da questão do mérito desses fundamentos; v., entre outros, acórdão Países Baixos/Comissão, C-159/01, EU:C:2004:246, n.º 65 e jurisprudência aí referida.

28 — V. artigo 339.º TFUE; artigo 28.º do Regulamento n.º 1/2003 («Sigilo profissional»); e artigo 16.º do Regulamento n.º 773/2004 («Identificação e proteção de informações confidenciais»).

29 — Esta situação é ilustrada pelo facto de, na sua carta de 28 de janeiro de 2009 (n.º 13, *supra*), as recorrentes referiram que «numa perspetiva comercial, era impossível para as nossas clientes discutir o papel da Degussa durante uma audição à porta aberta».

30 — De acordo com o princípio estabelecido no acórdão Adams/Comissão, 145/83, EU:C:1985:448.

65. Por último, ainda que a decisão de conceder uma audição à porta fechada possa ser tomada discricionariamente pela Comissão, na qualidade de organismo público, esse poder discricionário deve ser exercido nos termos da lei. Apesar de acreditar que, se adequadamente justificada pela tramitação do processo administrativo, só raramente os Tribunais da UE poderiam criticar o mérito de uma decisão sobre a realização de uma audição à porta fechada, isso não exclui a possibilidade de censura no caso de desvio de poder, de fundamentação insuficiente (incluindo ausência total de resposta), de apreciação incorreta dos factos ou até de erro manifesto de apreciação [31]. No entanto, além do facto de que espero que a Comissão respeite o princípio da boa administração consagrado no artigo 41.º da Carta aquando da tomada de decisões sobre a realização de audições à porta fechada, não é necessário, no caso em apreço, explorar os limites precisos do controlo jurisdicional dessas decisões.

66. Ainda assim, decorre do exposto que ao impor à Comissão, no n.º 39 do acórdão recorrido, o dever de estabelecer, caso a caso, um equilíbrio adequado entre, por um lado, o objetivo de proteção dos direitos de defesa das empresas acusadas da infração das regras da concorrência da UE e, por outro, o interesse legítimo de terceiros na não divulgação dos seus segredos comerciais e de outras informações confidenciais durante a fase instrutória, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito.

67. No entanto, não decorre desse erro que o primeiro fundamento de recurso seja procedente. Com efeito, o argumento das recorrentes de que lhes assistia o direito à realização de uma audição à porta fechada padece igualmente de erro e foi corretamente rejeitado em primeira instância. Conforme veremos, o mesmo se pode dizer do remanescente deste fundamento de recurso que, juntamente com os restantes fundamentos de recurso, é também improcedente. Segundo jurisprudência constante, se a fundamentação de um acórdão do Tribunal Geral revelar uma violação do direito da UE, mas a sua parte decisória estiver bem apoiada noutros fundamentos legais, o recurso deve ser rejeitado [32].

68. Consequentemente, sendo a questão principal uma pura questão de direito, proponho que o Tribunal de Justiça substitua a fundamentação incorreta nos n.ºs 35 a 59, 62 e 63 do acórdão recorrido por uma fundamentação segundo a qual não existe o direito de ser ouvido oralmente à porta fechada perante a Comissão no âmbito de uma investigação sobre infrações às regras da concorrência. Isto teria igualmente como efeito a rejeição do argumento de que o Tribunal Geral cometeu uma ilegalidade ao apreciar antecipadamente a prova e, por conseguinte, o primeiro argumento principal das recorrentes, acima descrito no n.º 50, deveria também ser considerado improcedente.

ii) As soluções alternativas propostas pelas recorrentes

69. As recorrentes sustentam igualmente que o Tribunal Geral atuou desproporcionadamente ao recusar admoestar a Comissão pela rejeição das duas soluções alternativas que propuseram. Recordo que essas soluções alternativas consistiam na possibilidade de conceder à Degussa acesso à sua apresentação à porta fechada depois do termo de 2008 ou depois da celebração de um novo contrato de fornecimento. Na sequência da celebração desse contrato, as recorrentes requereram a realização de uma audição adicional, em que a Degussa teria a oportunidade de estar presente.

31 — Comparar com, relativamente i) ao direito de petição ao Parlamento Europeu, acórdão Schönberger/Parlamento, C-261/13 P, EU:C:2014:2423, n.ºs 23 e 24; ii) às denúncias rejeitadas pela Comissão sobre alegados comportamentos anticoncorrenciais, acórdão Automec/Comissão, T-24/90, EU:T:1992:97, n.ºs 71 a 79; e iii) aos recursos de anulação de decisões da Comissão de não instaurar um processo por incumprimento contra um Estado-Membro, despacho proferido no processo Ruipérez Aguirre e ATC Petition/Comissão, C-111/11 P, EU:C:2011:491, n.ºs 11 a 13 e jurisprudência aí referida.

32 — V. acórdão FIAMM e o./Conselho e Comissão, C-120/06 P e C-121/06 P, EU:C:2008:476, n.º 187 e jurisprudência aí referida.

70. No que respeita à primeira solução alternativa, não existe, conforme acima se defendeu, qualquer direito à realização de uma audição à porta fechada. Além disso, esta proposta é tanto mais intrigante pelo facto de que, em princípio, a observância do direito de ser ouvido não é uma questão de concessão de benefícios recíprocos. Acresce que não cabe às recorrentes decidir se as informações são ou não confidenciais, uma vez que isso restringiria os direitos de as contrapartes conhecerem as informações não confidenciais.

71. Quanto à proposta subsequente, considero que o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito ao considerar, no n.º 61 do acórdão recorrido, que a correta gestão do processo administrativo exige a adoção de uma decisão num prazo razoável e que, por conseguinte, não existe qualquer direito a uma audição oral adicional. Com efeito, este princípio está refletido no artigo 10.º, n.º 2, do Regulamento n.º 773/2004, nos termos do qual a Comissão não está obrigada a ter em consideração as informações escritas que não forem apresentadas no prazo fixado para a resposta à CO. As recorrentes tiveram a possibilidade de apresentar o seu ponto de vista oralmente (onde, devo acrescentar, a duração do seu uso da palavra foi prolongada para o caso de quererem fazer a apresentação destinada à audição à porta fechada). O direito de ser ouvido visa conceder às empresas a oportunidade de serem ouvidas, mas não necessariamente de serem ouvidas no momento que lhes for mais conveniente.

72. Por último, conforme o Tribunal Geral corretamente observou, o auditor concedeu às recorrentes a oportunidade de apresentarem observações escritas adicionais. Esta medida parece estar de acordo com as práticas atuais [33]. Portanto, as recorrentes tiveram várias oportunidades de apresentar os seus pontos de vista, incluindo oralmente.

73. Desse modo, o argumento de que o Tribunal Geral violou o princípio da proporcionalidade relativamente ao direito das recorrentes de serem ouvidas oralmente deve ser rejeitado e, consequentemente, deve ser negado provimento ao recurso.

d) Considerações a título subsidiário: consequências da violação dos direitos processuais das recorrentes

74. No caso de o Tribunal de Justiça, diferentemente do que proponho, considerar que assistia às recorrentes o direito à realização de uma audição à porta fechada, afigura-se-me oportuno fazer as seguintes observações.

75. De acordo com a jurisprudência, os direitos da defesa são infringidos nos casos em que o resultado do processo administrativo conduzido pela Comissão poderia ter sido diferente, como resultado de um erro cometido pela Comissão. Uma empresa demonstra que ocorreu uma violação quando apresenta prova bastante não de que a decisão da Comissão teria um conteúdo diferente, *mas sim de que poderia ter garantido melhor a sua defesa se a irregularidade não tivesse existido* [34].

76. Há que reconhecer que nem sempre é fácil demonstrar a ocorrência de uma violação [35]. Isto pode ficar a dever-se a múltiplas razões, tal como a inadmissibilidade — total ou parcial — de um fundamento de recurso ou apenas o facto de não ter sido identificado qualquer erro de direito [36]. Em contrapartida, nos casos em que a irregularidade processual é manifesta, o Tribunal de Justiça reviu minuciosamente a apreciação do Tribunal Geral para determinar se, não fora essa irregularidade, a

33 — V. artigo 12.º, n.º 4, da Decisão do Presidente da Comissão Europeia, de 13 de outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência (JO L 275, p. 29).

34 — V. acórdão Thyssen Stahl/Comissão C-194/99 P, EU:C:2003:527, n.º 31 e jurisprudência aí referida.

35 — V., a título de exemplo, acórdão SGL Carbon/Comissão, C-308/04 P, EU:C:2006:433, n.ºs 97 e 98, relativo à alegação de acesso insuficiente aos documentos do processo.

36 — V. *ibid.*, n.ºs 95 e 96.

empresa em causa poderia ter garantido melhor a sua defesa, e quando necessário procedeu à anulação do acórdão do Tribunal Geral [37]. E fê-lo acertadamente, pois é importante que o ónus da prova não seja demasiado pesado, e que, em caso de dúvida, a decisão beneficie a empresa recorrente [38].

77. A título meramente argumentativo, considero que se encontra em aberto a questão de saber a razão por que o ónus da prova deve recair, enquanto tal, sobre a empresa em causa. Afinal, a presunção de legalidade inerente aos atos das instituições não deveria ser ilimitada. Uma vez demonstrado por uma empresa recorrente que uma decisão da Comissão padece de um vício processual, essa presunção não deveria continuar a aplicar-se. Ao invés, *deveria caber à Comissão* o ónus de provar que o vício não influenciou o teor da decisão.

78. As recorrentes não descrevem especificamente de que modo seria possível que o processo pudesse ter tido um desfecho diferente. Não obstante, tanto o acórdão recorrido como as observações escritas das recorrentes (na primeira instância e no recurso) revelam que as recorrentes consideravam que uma audição à porta fechada lhes permitiria tentar persuadir a Comissão de que não incorreram em qualquer responsabilidade na infração em apreço ou que, pelo menos, incorreram numa responsabilidade reduzida, devido ao papel da Degussa. A audição assim o confirmou.

79. No meu entender, há uma diferença entre determinar se uma parte se poderia ter defendido melhor, por um lado, se tivesse tido acesso à totalidade do processo e, por outro, se lhe tivesse sido concedida uma audição à porta fechada. Embora a relevância de documentos ilicitamente retidos possa ser apreciada *ex post* [39], o mesmo não acontece quanto à relevância de uma audição à porta fechada: é impossível saber com total certeza o que ocorre durante uma audição desse tipo. Também nada impede uma parte de apresentar à Comissão, durante a audição à porta fechada, outras informações confidenciais relevantes a que não tivesse sido feita referência previamente. Portanto, se existe um direito à audição à porta fechada perante a Comissão, e se a audição oral só pode ser realizada uma vez — como no caso em apreço —, *terá de se considerar que* a parte a quem assistia esse direito e que dele se viu privada *não foi sequer ouvida* [40]. No interesse de que se faça justiça, não me convence a ideia de validar um argumento preconcebido no sentido do indeferimento de um pedido de uma audição à porta fechada porque essa audição não poderia ter ajudado a parte em questão.

80. Além disso, seria insuficiente conceder à parte privada do seu direito, a título de compensação, a oportunidade de apresentar observações escritas adicionais. Uma declaração escrita não pode substituir uma audição à porta fechada, se as partes a ela tiverem direito.

81. O que me leva ao último ponto: Não aceito que possa ser invocado contra as recorrentes o facto de não terem recorrido das conclusões do Tribunal Geral sobre a segunda parte do seu quinto fundamento de recurso, que respeitava à alegada existência de circunstâncias atenuantes relacionadas com o papel da Degussa. A decisão de não recorrer não implica a confissão. Além disso, a única coisa que importa ao Tribunal de Justiça apurar é se as recorrentes demonstraram que teriam podido assegurar melhor a sua defesa se tivessem tido oportunidade de ser ouvidas à porta fechada.

37 — No acórdão Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conselho, C-141/08 P, EU:C:2009:598, o Tribunal de Justiça, discordando das conclusões da advogada-geral E. Sharpston (EU:C:2009:307), anulou o acórdão do Tribunal Geral que, não obstante a violação, por parte da Comissão, de um prazo mínimo de dez dias para a apresentação de observações, excluiu a possibilidade de um processo antidumping ter um desfecho diferente (ver, em especial, n.os 88, 94, 96 e 102 a 104). O facto de a Comissão não ter esperado pelo termo daquele prazo para transmitir ao Conselho a sua proposta de medidas definitivas equivalia a não ter sequer ouvido a empresa.

38 — Com o mesmo entendimento, v. Craig, P., *EU Administrative Law*, 2.ª ed., Oxford, 2012, p. 333.

39 — V., a título de exemplo, acórdão 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, EU:C:2002:582, n.os 649 a 688.

40 — Nesse sentido, a situação é semelhante à do acórdão Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conselho, C-141/08 P, EU:C:2009:598.

82. Creio que é este o caso. Consequentemente, se o Tribunal de Justiça considerar que assistia às recorrentes o direito a uma audição à porta fechada na Comissão, o acórdão recorrido deve ser anulado com fundamento na violação de um requisito processual fundamental, designadamente a violação do artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 773/2004, lido em conjugação com o artigo 14.º, n.º 6, do mesmo regulamento. Uma vez que o Tribunal de Justiça possui elementos suficientes para se pronunciar sobre o recurso interposto em primeira instância, a decisão impugnada deve igualmente ser anulada, de acordo com o pedido inicial.

83. No entanto, o meu entendimento continua a ser que tal direito não assistia às recorrentes e que, por conseguinte, deve ser negado provimento ao recurso.

VI – **Despesas**

84. Nos termos do artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, se o recurso for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decidirá igualmente sobre as despesas. De acordo com o artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, aplicável aos recursos que tenham por objeto uma decisão do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

85. Uma vez que a Comissão requereu a condenação das recorrentes nas despesas e dado que as recorrentes são a parte vencida, estas devem ser condenadas nas despesas.

VII – **Conclusão**

86. À luz do exposto, proponho que o Tribunal de Justiça:

— negue provimento ao recurso;

— condene as recorrentes nas despesas.