

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

JULIANE KOKOTT

apresentadas em 13 de Dezembro de 2007¹

Índice

I	— Introdução	I - 4963
II	— Quadro jurídico	I - 4963
III	— Origem do litígio e tramitação processual	I - 4966
	A — A operação de concentração	I - 4966
	B — O problema da posição dominante colectiva no mercado	I - 4967
	C — O procedimento administrativo e a primeira decisão de aprovação da Comissão	I - 4969
	D — Tramitação processual em primeira instância	I - 4970
	E — O presente recurso	I - 4970
	F — Novo procedimento administrativo e segunda decisão de aprovação da Comissão	I - 4971
IV	— Questões preliminares à apreciação do recurso	I - 4972
	A — A admissibilidade dos fundamentos de recurso	I - 4972
	1. Admissibilidade do quinto fundamento de recurso	I - 4973
	2. Admissibilidade dos restantes fundamentos de recurso	I - 4974
	3. Conclusão provisória	I - 4974
	B — Adequação do recurso para atingir o objectivo pretendido	I - 4975
	1. Quanto à alegada omissão das recorrentes de atacarem uma passagem decisiva do acórdão impugnado	I - 4975
	2. Quanto aos fundamentos do acórdão impugnado que não se coadunam com o seu teor	I - 4976

1 — Língua original: alemão.

3. Conclusão provisória	I - 4977
C — Manutenção do interesse em agir	I - 4977
V — Quanto ao mérito	I - 4981
A — Esforço de investigação e de fundamentação das decisões de aprovação da Comissão (primeiro, segundo, terceiro e sexto fundamentos)	I - 4982
1. Quanto à fundamentação de decisões de aprovação no controlo das concentrações (primeira e terceira parte do sexto fundamento de recurso)	I - 4982
a) Anulabilidade das decisões de aprovação por insuficiência de fundamentação	I - 4983
b) Alcance do dever de fundamentação	I - 4985
— O acórdão impugnado	I - 4986
— Apreciação	I - 4987
c) Outros	I - 4991
d) Conclusão provisória	I - 4993
2. Quanto às referências do Tribunal de Primeira Instância à comunicação de acusações (primeiro fundamento e segunda parte do sexto fundamento) ..	I - 4993
a) Quanto ao entendimento geral do Tribunal de Primeira Instância sobre a relação entre a decisão de aprovação e a comunicação de acusações ..	I - 4994
— O acórdão impugnado	I - 4994
— Apreciação	I - 4994
b) Quanto às referências concretas do Tribunal de Primeira Instância à comunicação de acusações	I - 4997
c) Conclusão provisória	I - 5002
3. Quanto ao valor probatório dos factos alegados em resposta à comunicação de acusações (segundo fundamento; primeira parte do terceiro fundamento)	I - 5002
a) O acórdão impugnado	I - 5002
b) Apreciação	I - 5003
4. Quanto às exigências de prova para a aprovação das concentrações (segunda parte do terceiro fundamento)	I - 5006
	I - 4961

a)	Quanto à alegada assimetria das exigências de prova relativas às decisões de aprovação e de proibição no regulamento de controlo das concentrações	I - 5007
—	As decisões de controlo das concentrações são decisões de análise prospectiva.	I - 5007
—	Simetria das exigências relativas às aprovações e às proibições	I - 5009
—	Inexistência de uma presunção geral de compatibilidade com o mercado comum	I - 5011
—	Conclusão provisória	I - 5013
b)	Quanto às exigências de prova efectuadas pelo Tribunal de Primeira Instância no presente caso	I - 5013
c)	Conclusão provisória	I - 5014
B —	Limites da apreciação dos factos e dos elementos de prova pelo Tribunal de Primeira Instância (quarto fundamento)	I - 5014
1.	A margem de apreciação da Comissão e o seu controlo jurisdicional	I - 5015
a)	O acórdão impugnado	I - 5015
b)	Apreciação	I - 5016
2.	Quanto à acusação de desvirtuamento dos elementos de prova	I - 5018
a)	Quanto ao n.º 425 do acórdão impugnado	I - 5019
b)	Quanto ao n.º 427 do acórdão impugnado	I - 5020
c)	Quanto ao n.º 434 do acórdão impugnado	I - 5021
3.	Conclusão provisória	I - 5022
C —	Quanto à utilização de informações confidenciais no acórdão impugnado (sétimo fundamento)	I - 5023
D —	Conclusão provisória	I - 5025
VI —	Quanto ao pretenso recurso subordinado	I - 5025
VII —	Despesas	I - 5026
VIII —	Conclusão	I - 5027

I — Introdução

1. O presente processo constitui uma oportunidade para continuar a desenvolver a jurisprudência do Tribunal de Justiça no domínio do controlo comunitário das concentrações de empresas. Em substância, trata-se da questão — na prática, extremamente significativa — de saber qual o esforço de investigação e de fundamentação que pode ser exigido da Comissão, quando ela *autoriza* uma concentração de empresas.

2. Na origem do presente processo está um procedimento de controlo de uma concentração relativa aos mercados das gravações musicais, da música em linha e da edição musical. No final de 2003, os grupos Bertelsmann e Sony acordaram concentrar as suas actividades no domínio da música gravada a nível mundial. Após algumas dúvidas iniciais, a Comissão autorizou este projecto de concentração, por decisão de 19 de Julho de 2004² (a seguir «primeira decisão de aprovação»).

3. A Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), uma associação internacional de direito belga, à qual pertencem 2 500 empresas de produção musical independentes, opôs-se à concentração. Na acção que intentou no Tribunal de

Primeira Instância (a seguir «Tribunal»), este anulou a decisão de aprovação por acórdão de 13 de Julho de 2006³ (a seguir «acórdão impugnado»).

4. Agora, foi submetido ao Tribunal de Justiça o recurso interposto pela Bertelsmann e pela Sony contra o acórdão impugnado. Em substância, as recorrentes são de opinião que o Tribunal excedeu as exigências legais de uma decisão de aprovação da Comissão e da sua fiscalização jurisdicional.

5. A título preliminar, há que esclarecer, antes de mais, se as recorrentes ainda têm algum interesse em agir, depois de a sua concentração ter sido, entretanto, novamente autorizada pela Comissão, em 3 de Outubro de 2007.

II — Quadro jurídico

6. O enquadramento jurídico do presente processo é constituído pelo Regulamento (CE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas⁴ (a seguir «regulamento de controlo das concen-

2 — Decisão 2005/188/CE da Comissão, de 19 de Julho de 2004, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e o funcionamento do Acordo EEE (Processo COMP/M.3333 — Sony/BMG), notificada com o número C(2004) 2815 (JO 2005, L 62, p. 30).

3 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Julho de 2006, Impala/Comissão (T-464/04, Colect., p. II-2289).

4 — JO L 395, p. 1; publicado novamente, após rectificação, no JO 1990, L 257, p. 13.

trações — RCC»), na versão do Regulamento (CE) n.º 1310/97⁵.

7. As operações de concentração de dimensão comunitária, na acepção do regulamento de controlo das concentrações, estão sujeitas a notificação prévia à Comissão e a uma proibição de realização (artigos 4.º e 7.º do RCC). A Comissão aprecia essas operações no que se refere à sua compatibilidade com o mercado comum (artigo 2.º, n.º 1, do RCC).

8. A aprovação ou a proibição de uma operação de concentração dependem da questão de saber se a concentração cria ou reforça uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste. A este respeito, o artigo 2.º, n.ºs 2 e 3, do RCC dispõe o seguinte:

«2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as operações de concentração que não criem ou não reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.»

9. O *procedimento de controlo das concentrações* é constituído por duas fases: na primeira fase, é efectuada apenas uma análise prévia do projecto de concentração. Se, após esta análise, a Comissão verificar que a operação de concentração notificada suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, segue-se, numa segunda fase, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do RCC, um processo formal de controlo⁶.

10. Os *poderes de decisão* da Comissão no processo formal de controlo estão previstos no artigo 8.º do RCC, do seguinte modo:

«1. Todo o processo iniciado nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º será encerrado por via de decisão, de acordo com os n.ºs 2 a 5 do presente artigo [...].

5 — Regulamento do Conselho, de 30 de Junho de 1997, que altera o Regulamento (CE) n.º 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 180, p. 1, com rectificação no JO 1998, L 3, p. 16, e no JO 1998, L 40, p. 17).

6 — Se a operação de concentração não suscitar dúvidas sérias quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, como sucede frequentemente na prática, será autorizada sem se dar início a um processo formal de controlo das concentrações, já com base na análise prévia. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), a Comissão, nesses casos, *decidirá não se opor* e declara a concentração compatível com o mercado comum.

2. Quando verifique que uma operação de concentração notificada, eventualmente depois de lhe terem sido introduzidas alterações pelas empresas em causa, corresponde ao critério definido no n.º 2 do artigo 2.º, a Comissão tomará uma decisão declarando a compatibilidade da concentração com o mercado comum.

empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem, em todas as fases do processo até à consulta do comité consultivo, sobre as objecções contra elas formuladas.

[...]

3. Quando verifique que uma operação de concentração corresponde ao critério definido no n.º 3 do artigo 2.º, a Comissão tomará uma decisão declarando a concentração incompatível com o mercado comum.

3. A Comissão fundamentará as suas decisões exclusivamente em objecções relativamente às quais os interessados tenham podido fazer valer as suas observações. O direito de defesa dos interessados será plenamente garantido durante todo o processo. [...]

[...]

11. Antes de ser tomada uma eventual decisão de proibição nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do regulamento, são ouvidas as empresas que participam na operação de concentração. Para este efeito, a Comissão envia-lhes uma *comunicação de acusações* por escrito, sobre as quais se podem manifestar por escrito e, se for caso disso, oralmente. A este respeito, o artigo 18.º do RCC dispõe o seguinte ⁷:

12. O procedimento de controlo das concentrações caracteriza-se, no seu conjunto, por um *imperativo de celeridade* que é sobretudo concretizado por um regime de prazos preciso e rígido e que visa limitar a duração dos processos de controlo das operações de concentração ⁸. No caso de a Comissão não decidir, nos prazos fixados, sobre a compatibilidade da operação de concentração com o mercado comum, há uma *aprovação tácita*, prevista no artigo 10.º, n.º 6, do RCC, nos termos seguintes:

«1. Antes de tomar as decisões previstas [...] nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 8.º [...], a Comissão dará às pessoas, empresas e associações de

8 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Setembro de 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser e o./Comissão (C-170/02 P, Colect., p. I-9889, n.º 33), e de 22 de Junho de 2004, Portugal/Comissão (C-42/01, Colect., p. I-6079, n.º 51); v., igualmente, os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Novembro de 1997, Kaysersberg/Comissão (T-290/94, Colect., p. II-2137, n.º 113), e de 20 de Novembro de 2002, Lagardère e Canal+/Comissão (T-251/00, Colect., p. II-4825, n.º 108), bem como as minhas conclusões de 26 de Abril de 2007 no processo Cementbouw Handel & Industrie/Comissão (C-202/06 P, ainda não publicadas na Colectânea, n.º 41).

7 — V., igualmente, os artigos 11.º a 15.º do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 61, p. 1).

«Se a Comissão não tomar qualquer decisão nos termos do n.º 1, alíneas b) ou c), do artigo 6.º, ou nos termos dos n.ºs 2 ou 3 do artigo 8.º, nos prazos fixados [...], considera-se que a operação de concentração é declarada compatível com o mercado comum [...]»

13. Quanto às consequências da anulação de uma decisão da Comissão pelo juiz comunitário, o artigo 10.º, n.º 5, do RCC dispõe o seguinte:

«Quando o Tribunal de Justiça profira um acórdão que anule no todo ou em parte uma decisão da Comissão tomada ao abrigo do presente regulamento, os prazos fixados no presente regulamento começarão de novo a correr a contar da data em que o acórdão foi proferido.»

14. Na maioria dos procedimentos de controlo das concentrações, a Comissão age igualmente na qualidade de entidade de controlo das concentrações do Espaço Económico Europeu⁹ e decide sobre a compatibilidade das concentrações com o Acordo EEE.

15. Em 2004, o regulamento de controlo das concentrações foi substancialmente alterado. A nova versão do *regulamento de*

*controlo das concentrações comunitárias*¹⁰, no entanto, apenas é aplicável, segundo o seu artigo 26.º, n.º 1, a partir de 1 de Maio de 2004, e, por conseguinte, é irrelevante para o caso vertente; aos casos como o presente continuam a aplicar-se as disposições anteriores, segundo o n.º 2 desse artigo.

III — Origem do litígio e tramitação processual

A — A operação de concentração

16. A Bertelsmann AG¹¹ é uma sociedade de meios de comunicação internacional, cujas actividades à escala mundial incluem a produção e a edição musicais, a televisão, a radiodifusão, a edição de livros, de revistas e de jornais, serviços de imprensa e de meios de comunicação, clubes literários e de música. A Bertelsmann está activa no domínio da música gravada por intermédio da sua filial, que controla inteiramente, a Bertelsmann Music Group (BMG)¹².

9 — Artigo 57.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (JO 1994, L 1, p. 3, a seguir «acordo EEE»).

10 — Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias») (JO L 24, p. 1, a seguir, igualmente, «Regulamento n.º 139/2004»).

11 — A seguir «Bertelsmann».

12 — V., a este respeito e em seguida, os n.ºs 3 a 6 do acórdão impugnado.

17. A Sony Corporation of America¹³ pertence ao grupo Sony e está activa, a nível mundial, nos domínios da produção e da edição musicais, da electrónica industrial e de grande público e do lazer. No sector da música gravada, está presente por intermédio da Sony Music Entertainment.

18. A Bertelsmann e a Sony acordaram numa operação projectada que consiste em concentrar as suas actividades mundiais em matéria de música gravada (com exclusão das actividades da Sony no Japão), em três ou mais novas sociedades criadas segundo um «Business Contribution Agreement» (acordo de integração de actividades) com data de 11 de Dezembro de 2003. Está planeado que estas empresas comuns sejam exploradas em conjunto sob a denominação de «Sony BMG».

19. Segundo o acordo, a Sony BMG estará activa na descoberta e no lançamento de artistas¹⁴ e na promoção e venda da música gravada. A Sony BMG não se dedicará a actividades conexas, tais como a edição musical, a produção e a distribuição de música.

20. Tal como a Bertelsmann e a Sony confirmaram no Tribunal de Justiça, a concentração foi inteiramente realizada em 2004.

B — O problema da posição dominante colectiva no mercado

21. Como todas as concentrações de dimensão comunitária, houve que analisar o projecto da Bertelsmann e da Sony, a fim de determinar se, nos termos do artigo 2.º do RCC, ele era susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante de que resultassem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

22. Em concreto, não se tratava de um eventual domínio único do mercado pela Sony BMG, mas sim do perigo da criação ou do reforço de uma posição dominante colectiva entre os cinco produtores mundiais de música gravada¹⁵, os chamados «majors» da actividade musical a nível mundial, cujo número foi reduzido de cinco para quatro devido à concentração.

23. O Tribunal de Justiça já clarificou no seu acórdão Kali & Salz¹⁶ que o conceito de posição dominante, na acepção do regulamento, inclui não só o domínio individual mas também o domínio colectivo do mercado. A posição dominante colec-

13 — A seguir «Sony».

14 — Actividade de direcção artística, denominada A & R (Artista e Reportório).

15 — Na primeira decisão de aprovação, bem como no acórdão impugnado, trata-se dos seguintes produtores: Bertelsmann Music Group (BMG), Sony Music Entertainment (SMEI), Universal Music Group (UMG), Warner Music Group (WMG) e EMI Group (originalmente: Electric and Musical Industries).

16 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão, dito «Kali & Salz» (C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.ºs 164 a 178); v., além disso, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 25 de Março de 1999, Gencor/Comissão (T-102/96, Colect., p. II-753, n.ºs 123 a 156).

tiva pode ser ocupada por duas empresas (duopólio) ou mais (oligopólio)¹⁷.

24. Um domínio colectivo do mercado não significa necessariamente que os membros de um oligopólio tenham de agir em *colusão*, concluindo acordos anticoncorrenciais na acepção do artigo 81.º CE¹⁸. A posição dominante colectiva pode resultar sobretudo de uma *coordenação tácita do comportamento concorrencial*¹⁹ de todos os membros de um oligopólio. Os oligopolistas contentam-se então com as quotas de mercado que atingiram, e deixa de existir concorrência interna efectiva entre eles²⁰.

25. A aceitação de uma posição dominante colectiva pressupõe que o mercado relevante permita, duradouramente, uma coordenação tácita do comportamento concorrencial dos membros do oligopólio. É neste contexto que devem ser vistos os três critérios que o Tribunal de Primeira Instância desenvolveu no seu acórdão *Airtours*²¹, a fim de determinar a existência de uma posição domi-

nante colectiva no mercado, e que resumiu, no acórdão ora impugnado, do seguinte modo:

«[...] Em primeiro lugar, o mercado deve ser suficientemente transparente para que as empresas que coordenam o seu comportamento tenham possibilidade de vigiar em medida suficiente se as modalidades da coordenação são respeitadas. Em segundo lugar, a disciplina impõe que exista uma forma de mecanismo de dissuasão em caso de comportamento desviante. Em terceiro lugar, as reacções de empresas que não participam na coordenação, tais como os concorrentes actuais ou futuros, assim como as reacções dos clientes, não devem poder pôr em causa os resultados esperados da coordenação»²².

26. No presente processo, o primeiro destes três chamados «critérios *Airtours*» é o ponto crucial, ou seja, a questão de saber se os mercados de música gravada são suficientemente transparentes para possibilitarem uma coordenação entre os maiores grupos de empresas. Em substância, as partes estão em desacordo sobre o grau de esforço de averiguação e de fundamentação que o Tribunal de Justiça deve exigir da Comissão.

17 — Acórdãos *Gencor/Comissão*, já referido na nota 16, n.ºs 276 e 277, e de 6 de Junho de 2002, *Airtours/Comissão* (T-342/99, Colect., p. II-2585, n.ºs 59 a 61).

18 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 2000, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão* (C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.º 45), relativamente ao artigo 82.º CE.

19 — Normalmente, isso ocorre através de um comportamento anticoncorrencial paralelo. No processo COMP/M.2201 — *MAN/Auwärter*, a Comissão analisou, aliás, uma operação de concentração no sentido de averiguar se esta possibilitava uma concertação duradoura do comportamento concorrencial de dois detentores do duopólio, para além das formas clássicas de comportamento paralelo (Decisão 2002/335/CE, JO 2002, L 116, p. 35; v., em especial, considerando 33 a 35).

20 — V., igualmente, em resumo, acórdão *Gencor/Comissão*, já referido na nota 16, n.º 276.

21 — Acórdão *Airtours/Comissão*, já referido na nota 17, n.º 62.

22 — N.º 247 do acórdão impugnado. No mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2003, *Verband der freien Rohrwerke e o./Comissão* (T-347/00, Colect., p. II-2275, n.º 186), e — relativamente ao artigo 82.º CE — acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Janeiro de 2005, *Piau/Comissão* (T-193/02, Colect., p. II-209, n.º 111).

C — O procedimento administrativo e a primeira decisão de aprovação da Comissão

27. Em 9 de Janeiro de 2004, a Comissão recebeu a notificação do projecto de concentração, em conformidade com o artigo 4.º do RCC²³.

28. Na fase de análise prévia («Fase I» do processo de controlo da concentração), a Comissão enviou, em 20 de Janeiro de 2004, um questionário a um certo número de operadores no mercado.

29. A Impala respondeu a este questionário e apresentou uma nota em separado, em 28 de Janeiro de 2004, na qual expunha os motivos que, em sua opinião, deviam levar a Comissão a declarar a operação incompatível com o mercado comum. A Impala exprimia aí os seus receios quanto ao aumento da concentração no mercado e o impacto que tal teria no acesso ao mercado, incluindo no sector da distribuição, dos meios de comunicação e da Internet, assim como nas escolhas dos consumidores.

30. Em seguida, em 12 de Fevereiro de 2004, a Comissão deu início ao processo formal de controlo, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do RCC («Fase II» do processo de controlo da concentração),

porque concluiu que a operação notificada suscitava dúvidas sérias quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e o funcionamento do acordo EEE.

31. Nos termos do artigo 11.º, n.º 5, do regulamento de controlo das concentrações, o processo foi suspenso de 7 de Abril até 5 de Maio de 2004, uma vez que as partes na concentração não deram uma resposta completa a um pedido de informações da Comissão²⁴.

32. Em 24 de Maio de 2004, a Comissão enviou uma comunicação de acusações às partes na concentração, na qual concluía provisoriamente que a operação notificada era incompatível com o mercado comum e com o acordo EEE, dado que reforçava uma posição dominante colectiva no mercado da música gravada e no mercado grossista das licenças para a música em linha e que coordenava o comportamento das sociedades-mãe de uma forma incompatível com o artigo 81.º CE.

33. As partes na concentração responderam à comunicação de acusações e, em 14 e 15 de Junho de 2004, teve lugar uma audição das partes perante o auditor da Comissão, na qual a Impala também esteve presente.

23 — V., a este respeito, e em seguida, os n.ºs 2 e 7 a 11 do acórdão impugnado.

24 — V., a este respeito, relatório final do auditor (JO 2005, C 59, p. 2).

34. Na sua primeira decisão de aprovação de 19 de Julho de 2004, a Comissão declarou o projecto de operação de concentração compatível com o mercado comum e o funcionamento do acordo EEE, por força do artigo 8.º, n.º 2, do RCC. Esta decisão foi emitida sem condições e sem imposições.

condenadas no pagamento das suas próprias despesas.

E — *O presente recurso*

D — *Tramitação processual em primeira instância*

35. Em 3 de Dezembro de 2004, a Impala recorreu da primeira decisão de aprovação, junto do Tribunal, pedindo a sua anulação²⁵ e a condenação da Comissão nas despesas do processo. A Comissão pediu, por sua vez, que fosse negado provimento ao pedido e que a Impala fosse condenada nas despesas. A Comissão era apoiada pela Bertelsmann e pela Sony, bem como pela Sony BMG Music Entertainment, que foram admitidas como partes intervenientes por despacho do presidente da Terceira Secção do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Fevereiro de 2005.

37. No articulado que apresentaram em conjunto, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 13 de Julho de 2006, a Bertelsmann e a Sony (a seguir «as recorrentes») pediram que o Tribunal de Justiça se dignasse:

- anular o acórdão impugnado,
- julgar improcedente o pedido da Impala, de anulação da decisão da Comissão, e, a título subsidiário, reenviar o processo para reapreciação ao Tribunal, e

36. No acórdão impugnado, o Tribunal anulou a primeira decisão de aprovação e condenou a Comissão no pagamento das suas despesas, bem como de três quartos das despesas da Impala. A própria Impala foi condenada no pagamento de um quarto das suas despesas. As partes intervenientes foram

- condenar a Impala nas despesas.

25 — A título subsidiário, a Impala pediu a anulação da primeira decisão de aprovação, na parte que se refere a determinados pontos; v., a este respeito, terceiro travessão do n.º 29 do acórdão impugnado.

38. A Sony BMG Music Entertainment apoia o recurso e faz seus os pedidos da Bertelsmann e da Sony.

39. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão impugnado,
- julgar improcedente o pedido de anulação da primeira decisão de aprovação ou, a título subsidiário, devolver o litígio para nova decisão pelo Tribunal, e
- condenar a Impala nas despesas da Comissão no presente processo.

40. A Impala, por seu lado, conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne

- julgar o recurso improcedente por infundado e/ou total ou parcialmente inadmissível,
- manter o acórdão impugnado e
- condenar as recorrentes nas despesas do presente processo.

41. No âmbito do recurso no Tribunal de Justiça, foram apresentadas, antes de mais, observações escritas e, em seguida, observações orais em 6 de Novembro de 2007.

F — *Novo procedimento administrativo e segunda decisão de aprovação da Comissão*

42. Na sequência da anulação da primeira decisão de aprovação pelo acórdão impugnado, a Comissão deu início a um novo procedimento de controlo da concentração²⁶ (v., a este respeito, o artigo 10.º, n.º 5, do RCC), que decorreu necessariamente *em paralelo ao presente processo de recurso*, uma vez que o recurso não tem efeito suspensivo (artigo 60.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça).

43. A fim de ser analisada sob o ponto de vista do direito da concorrência, a concentração foi notificada à Comissão em 31 de Janeiro de 2007, e, em 1 de Março de 2007, a Comissão deu início ao processo formal de controlo nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do regulamento («Fase II»).

44. O procedimento de controlo da concentração terminou com a decisão de 3 de

²⁶ — V., a este respeito, e quanto às indicações seguintes, os comunicados de imprensa da Comissão de 1 de Março de 2007 (IP/07/272) e de 3 de Outubro de 2007 (IP/07/1437).

Outubro de 2007, na qual a Comissão declarou novamente que a concentração é compatível com o mercado comum e com o funcionamento do acordo EEE, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do RCC (a seguir «segunda decisão de aprovação»). Esta aprovação foi emitida sem condições e sem imposições.

IV — Questões preliminares à apreciação do recurso

45. Antes da apreciação do presente recurso, há que esclarecer se os respectivos fundamentos são admissíveis (v., a este respeito, ponto A, *infra*), se o objectivo visado pelas recorrentes pode ser atingido por meio desses fundamentos (v. ponto B, *infra*) e se o interesse das recorrentes na prossecução do processo não desapareceu na sequência da segunda decisão de aprovação da Comissão, entretanto adoptada (v. ponto C, *infra*).

A — A admissibilidade dos fundamentos de recurso

46. A Impala contesta a admissibilidade do presente recurso no seu conjunto, porque visa meramente uma revisão da apreciação da matéria de facto efectuada pelo Tribunal.

47. Quanto a este argumento, há que recordar o critério de avaliação resultante do artigo 225.º, n.º 1, CE e do artigo 58.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça e que o Tribunal de Justiça refere em jurisprudência constante em sede de recurso²⁷: o recurso é limitado às questões de direito. Por conseguinte, só o Tribunal é competente para apurar e apreciar os factos pertinentes, bem como para apreciar os elementos de prova. A apreciação destes factos e elementos de prova não constitui, portanto, excepto em caso de desvirtuamento dos mesmos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito do recurso de uma decisão do Tribunal.

48. Em contrapartida, a questão de saber se o Tribunal fez exigências excessivas de fundamentação da decisão da Comissão, se aplicou os critérios correctos na sua apreciação da matéria de facto e da prova e se, em geral, aplicou a norma jurídica correcta, constitui uma questão de direito que pode ser objecto de recurso²⁸. Do mesmo modo, a questão de saber se o Tribunal qualificou correctamente a matéria de facto e as provas e se daí retirou as conclusões legalmente admissíveis, bem como a questão de saber se as regras

27 — V., entre muitos, os acórdãos de 22 de Junho de 2006, Storck/IHMI (C-24/05 P, Colect., p. I-5677, n.º 36), e de 22 de Junho de 2006, Stock/IHMI (C-25/05 P, Colect., p. I-5719, n.º 40); v., igualmente, acórdãos de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (C-105/04 P, Colect., p. I-8725, n.ºs 69 e 70), de 10 de Maio de 2007, SGL Carbon/Comissão (C-328/05 P, Colect., p. I-3921, n.º 41), e de 25 de Outubro de 2007, Komninou e o./Comissão (C-167/06, n.º 40).

28 — Neste sentido, acórdão de 25 de Janeiro de 2007, Sumitomo Metal Industries/Comissão (C-403/04 P, Colect., p. I-735, n.º 40); v., igualmente, as minhas conclusões de 23 de Fevereiro de 2006 no processo British Airways/Comissão (C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 113). Em especial, no que se refere às exigências do dever de fundamentação, v. acórdãos de 20 de Novembro de 1997, Comissão/V (C-188/96 P, Colect., p. I-6561, n.º 24), e de 20 de Fevereiro de 1997, Comissão/Daffix (C-166/95 P, Colect., p. I-983, n.º 35).

em matéria de ónus da prova e de produção da prova foram respeitadas, são questões de direito sujeitas a fiscalização do Tribunal de Justiça^{29 30}.

49. Partindo deste critério de apreciação fundamental, o presente recurso não pode ser considerado inadmissível na totalidade, ao contrário do que defende a Impala. Nessa medida, há que distinguir entre o quinto fundamento de recurso, por um lado, e os restantes fundamentos de recurso, por outro.

1. Admissibilidade do quinto fundamento de recurso

50. No que respeita, antes de mais, ao quinto fundamento de recurso, que trata das condições para a verificação da existência de uma posição dominante colectiva, ele é constituído por uma parte introdutória³¹ e vários pontos de crítica de pormenor³².

29 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1998, *Baustahlgewebe/Comissão* (C-185/95 P, *Colect.*, p. I-8417, n.º 23); e acórdãos *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão*, já referido na nota 27, n.º 69, *Sumitomo Metal Industries/Comissão*, já referido na nota 28, n.º 39, e de 10 de Maio de 2007, *SGL Carbon/Comissão*, já referido na nota 27, n.º 41.

30 — Acórdãos *Baustahlgewebe/Comissão*, já referido na nota 29, n.º 24; *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão*, já referido na nota 27, n.º 70; *Sumitomo Metal Industries/Comissão*, já referido na nota 28, n.º 38 e 39; *SGL Carbon/Comissão*, já referido na nota 27, n.º 41; e *Kominou e o./Comissão*, já referido na nota 27, n.º 40.

31 — N.ºs 65 a 69 da petição.

32 — N.ºs 70 a 80 da petição.

51. Na *parte introdutória*, coloca-se, em substância, a questão de saber se os critérios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça, no acórdão *Airtours*³³, para a verificação da existência de uma posição dominante colectiva devem ser aplicados com diferentes graus de rigor, consoante se trate de demonstrar a existência de uma posição dominante colectiva ou de efectuar uma análise prospectiva para o futuro sobre o perigo de surgimento de uma posição dominante colectiva na sequência de uma concentração. Deste modo, a parte introdutória do quinto fundamento de recurso diz respeito à interpretação dos critérios *Airtours*. Esta é uma questão de direito admissível como objecto de recurso.

52. O mesmo não é válido para os restantes *pontos críticos de pormenor*, que são invocados no quadro do quinto fundamento de recurso e que se resumem do seguinte modo: o Tribunal não teve em devida conta os preços líquidos de comércio por grosso, determinantes para a transparência do mercado, nem o significado dos descontos, tendo-se contentado com a simples consideração dos preços de catálogo e dos preços de retalho. Além disso, o Tribunal deduz incorrectamente a transparência dos descontos dos efeitos destes descontos sobre os preços líquidos médios. O Tribunal, na apreciação da transparência, considera ainda irrelevantes as estruturas de preços complexas. Finalmente, o Tribunal considera erradamente que as diferenças de preços e as oscilações de preços são irrelevantes para a questão da transparência.

33 — V., a este respeito, o n.º 25 das presentes conclusões, bem como o acórdão *Airtours/Comissão*, já referido na nota 17, n.º 62.

53. Estes pontos críticos de pormenor visam na verdade questionar não uma apreciação das questões de direito, mas sim a apreciação concreta da matéria de facto e da prova efectuada pelo Tribunal no caso em apreço. Que força probatória têm as listas de preços, os preços a retalho, os preços líquidos de grossista, os preços líquidos médios, os descontos, a complexidade das estruturas de preços e determinadas diferenças e oscilações de preços, na avaliação da transparência de um determinado mercado? Esta questão não tem uma resposta geralmente vinculativa, dependendo da apreciação concreta de todas as circunstâncias do caso e, designadamente, das características específicas do mercado relevante.

54. Por outras palavras, o Tribunal de Justiça é solicitado a efectuar aqui a sua própria apreciação dos factos e da prova no caso concreto, em lugar da apreciação do Tribunal. No entanto, isto não é admissível em sede de recurso. No Tribunal de Justiça, pode, quando muito, alegar-se que o Tribunal desvirtuou os factos ou os meios de prova, ou que cometeu ilogismos no raciocínio, no quadro da sua apreciação da matéria de facto e da prova. Mas isso *não* foi alegado e, para além destas excepções, não pode competir ao Tribunal de Justiça, em sede de recurso, apreciar por si próprio qual a força probatória que deve ser atribuída, na apreciação da transparência no mercado num caso deste tipo, a factores como as listas de preços, os preços a retalho, os preços líquidos de grossista, os preços líquidos médios, os descontos, a complexidade das estruturas de preços e determinadas diferenças e oscilações de preços.

55. Na sequência do exposto, o quinto fundamento de recurso apenas é admissível no que respeita à sua parte introdutória, mas não relativamente aos pontos críticos de pormenor.

2. Admissibilidade dos restantes fundamentos de recurso

56. Em contrapartida, considero admissíveis sem restrições os restantes fundamentos de recurso, porque não têm por objecto a apreciação da matéria de facto e da prova, enquanto tal, pelo Tribunal. Esses fundamentos de recurso dizem sobretudo respeito aos *critérios* que o Tribunal aplicou na sua apreciação da legalidade da primeira decisão de aprovação. Além disso, trata-se de *exigências de prova* a que a Comissão está sujeita na aprovação de operações de concentrações. Tudo isto são questões de direito admissíveis como objecto de recurso.

3. Conclusão provisória

57. Por conseguinte, o quinto fundamento de recurso apenas é admissível na sua parte introdutória, e os restantes fundamentos de recurso são totalmente admissíveis.

B — *Adequação do recurso para atingir o objectivo pretendido*

58. Para além da questão da admissibilidade de cada um dos fundamentos de recurso, que acabámos de expor, o presente caso suscita ainda a questão de saber se o recurso é adequado para atingir o objectivo visado pelas recorrentes, ou seja, a anulação do acórdão impugnado. Por um lado, as recorrentes perderam provavelmente a possibilidade de atacar uma passagem decisiva do acórdão impugnado (v., a este respeito, ponto 1, *infra*), por outro, o recurso visa possivelmente partes da fundamentação do acórdão que não contém fundamentos essenciais do acórdão impugnado (v., a este respeito, ponto 2, *infra*).

1. Quanto à alegada omissão das recorrentes de atacarem uma passagem decisiva do acórdão impugnado

59. Antes de mais, a Impala alega que o recurso não é adequado a levar à anulação do acórdão impugnado, porque, no seu recurso, as recorrentes não atacaram uma passagem decisiva do acórdão.

60. Segundo a Impala, o recurso limita-se a acusações contra as alegações do Tribunal relativamente à questão do reforço de uma posição dominante colectiva já existente, ao passo que não se dirige contra o exposto no n.º 528 do acórdão impugnado sobre a possível criação de uma posição dominante

colectiva. Mesmo que o recurso tivesse êxito na totalidade, não poderia conduzir, segundo a Impala, à anulação do acórdão impugnado, porque as verificações do Tribunal, no n.º 528, relativas a outros erros de direito da primeira decisão de aprovação, permanecem válidas.

61. Este argumento não me convence.

62. É certo que as recorrentes devem indicar de modo preciso os elementos contestados do acórdão cuja anulação é pedida, bem como os argumentos jurídicos em que fundamentam especificamente esse pedido³⁴. No entanto, isto não significa que as recorrentes, na redacção do seu recurso, tenham de se orientar em todos os pormenores pela estrutura do acórdão impugnado e tenham de atacar cada parte desse acórdão com um fundamento de recurso em separado.

63. No caso vertente, as recorrentes não limitaram o seu recurso à primeira das partes desse acórdão que estão aqui em causa, ou seja, às declarações do Tribunal sobre o reforço de uma posição dominante colectiva já existente no mercado da música gravada³⁵. Tal limitação não corresponde tão-pouco ao objectivo declarado das recorrentes, de, através do recurso, anular o acórdão impugnado na sua totalidade. Com efeito, este

34 — Jurisprudência constante: v. apenas acórdãos de 1 de Fevereiro de 2007, Sison/Conselho (C-266/05 P, Colect., p. I-1233, n.º 23), e de 11 de Setembro de 2007, Lindorfer/Conselho (C-227/04 P, Colect., p. I-6767, n.º 45).

35 — N.ºs 44 a 481 do acórdão impugnado.

objectivo só pode ser atingido se o recurso for entendido como um ataque às duas partes controvertidas do acórdão impugnado³⁶, ou seja, quer à parte relativa ao reforço de uma posição dominante preexistente quer à parte relativa à criação dessa posição.

64. As observações introdutórias das recorrentes no início da petição militam igualmente no sentido de que o recurso não se refere apenas a uma parte do acórdão. Numa enumeração das passagens do acórdão impugnado especialmente criticadas, é expressamente referido o n.º 528 aqui em questão e ainda os n.ºs 533, 539 e 541, que são igualmente dedicados à questão da *criação* de uma posição dominante colectiva³⁷. Além disso, as recorrentes referem expressamente nas suas observações no recurso, por várias vezes, a conclusão geral formulada pelo Tribunal nos n.ºs 542 e 543 do acórdão impugnado³⁸.

65. Nestas circunstâncias, não se pode afirmar que o recurso se limita às declarações do Tribunal relativas à questão do *reforço* de uma posição dominante colectiva preexistente e que tem, por isso, de ser declarado improcedente na totalidade, por inoperante (em francês «inopérant»).

2. Quanto aos fundamentos do acórdão impugnado que não se coadunam com o seu teor

66. Em contrapartida, o mesmo não se passa com a parte introdutória do quinto fundamento de recurso que, como já se referiu³⁹, é a única parte admissível desse fundamento de recurso.

67. Em substância, coloca-se aí a questão de saber se os critérios desenvolvidos pelo próprio Tribunal no acórdão *Airtours*⁴⁰, para a verificação da existência de uma posição dominante colectiva, devem ser aplicados com um grau de rigor diferente consoante se trate de demonstrar uma posição dominante colectiva preexistente ou de efectuar uma análise prospectiva sobre o perigo de criação de uma posição dominante colectiva na sequência de uma concentração. No primeiro caso, o Tribunal é favorável a uma aplicação menos rigorosa dos critérios *Airtours* do que no último caso⁴¹.

68. O principal alvo de ataque das recorrentes é o n.º 251 do acórdão impugnado. Nesse ponto, o Tribunal declara que a preexistência de uma posição dominante colectiva pode ser provada «indirectamente com base num conjunto de indícios e de elementos de prova que podem inclusivamente ser muito heterogéneos, relativos aos sinais, manifes-

36 — Quer aos n.ºs 44 a 481 quer aos n.ºs 482 a 541 do acórdão impugnado.

37 — N.º 17 da petição. Encontram-se referências semelhantes nos n.ºs 26 e 94 e na nota 6 da petição.

38 — N.ºs 17, 59 e 81 da petição.

39 — V., *supra*, n.ºs 50 a 55 das presentes conclusões.

40 — V., a este respeito, n.º 25 das presentes conclusões, bem como o acórdão *Airtours*/Comissão, já referido na nota 17, n.º 62.

41 — Neste sentido, n.ºs 249 a 253 do acórdão impugnado.

tações e fenómenos inerentes à existência de uma posição dominante colectiva».

69. Mas como as próprias recorrentes observaram com razão⁴², no caso da passagem controvertida, trata-se, tal como no caso das alegações do Tribunal, de *obiter dicta*. Nos n.ºs 245 a 253 do acórdão impugnado, o Tribunal aprecia, designadamente, não um fundamento de anulação invocado pela Impala em primeira instância, mas profere *obiter dicta* sobre a aplicação de critérios para a verificação de uma posição dominante colectiva.

70. Isto é especialmente nítido quando se lê a passagem controvertida em conjugação com o n.º 254 do acórdão impugnado, em que o Tribunal limita a sua análise da primeira decisão de aprovação expressamente à questão de saber se os critérios Airtours estão preenchidos: «[...] o Tribunal limitar-se-á, no âmbito do exame dos fundamentos suscitados, a verificar se a decisão fez uma aplicação correcta das condições definidas pela jurisprudência Airtours [...]». Porém, no acórdão, o Tribunal não se ocupa expressamente da questão de saber se se pode partir do princípio da existência de uma posição dominante «sem que seja necessário provar positivamente a transparência do mercado». Esta questão «não foi debatida» em primeira instância.

42 — N.º 67 da petição.

71. Uma vez que a parte introdutória do quinto fundamento de recurso não se refere a fundamentos do acórdão, mas apenas a observações complementares do Tribunal, não pode conduzir à anulação do acórdão impugnado. Segundo jurisprudência constante, há que rejeitar esta parte do recurso, por inoperante («inopérant»)⁴³.

3. Conclusão provisória

72. Deste modo, apenas há que declarar improcedente o quinto fundamento por inoperante, na medida em que for admissível. Todos os outros fundamentos de recurso são adequados para atingir o objectivo visado pelas recorrentes.

C — Manutenção do interesse em agir

73. Relativamente aos fundamentos de recurso admissíveis e não inoperantes, há ainda que esclarecer se entretanto não desapareceu o interesse das recorrentes na prossecução do recurso.

43 — Acórdãos de 18 de Março de 1993, Parlamento/Frederiksen (C-35/92 P, Colect., p. I-991, n.º 31); de 8 de Maio de 2000, T. Port/Comissão (C-122/01 P, Colect., p. I-4261, n.º 17); de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 148); e de 13 de Setembro de 2007, Common Market Fertilizers/Comissão (C-443/05 P, Colect., p. I-7209, n.º 137).

74. A exigência de interesse em agir permite, no plano processual, que os tribunais não sejam confrontados com um esclarecimento de tipo consultivo de questões jurídicas meramente hipotéticas. O interesse em agir é, portanto, uma condição de admissibilidade obrigatória, de apreciação oficiosa e que pode ser relevante em diversas fases do processo. Assim, o interesse em agir deve existir já desde o momento da interposição da acção ou do recurso; e deve prosseguir para além desse momento até à decisão do juiz na matéria⁴⁴.

75. A existência de um interesse em agir do recorrente supõe que o recurso possa, pelo seu resultado, conferir um benefício à parte que o intentou⁴⁵.

76. Não se contesta que as recorrentes tinham interesse em agir, no momento da interposição do seu recurso. Após a declaração de anulação da primeira decisão de aprovação pelo Tribunal, faltava à Bertelsmann e à Sony a aprovação com efeitos retroactivos, necessária para a sua concentração, nos termos do regulamento de controlo das concentrações. Com a anulação do acórdão pedida no recurso, esta aprovação pode voltar a produzir efeitos. O recurso pode conferir-lhes esse benefício.

44 — Quanto à exigência de interesse em agir no recurso, v. acórdão de 19 de Outubro de 1995, Rendo e o./Comissão (C-19/93 P, Colect., p. I-3319, n.º 13); no mesmo sentido, relativamente ao interesse em agir em primeira instância, acórdão de 7 de Junho de 2007, Wunenburger/Comissão (C-362/05 P, Colect., p. I-4333, n.º 42), e despacho de 17 de Outubro de 2005, First Data e o./Comissão (T-28/02, Colect., p. II-4119, n.ºs 35 a 37).

45 — Acórdão Rendo e o./Comissão, já referido na nota 44, n.º 13, e acórdão de 13 de Julho de 2000, Parlamento/Richard (C-174/99 P, Colect., p. I-6189, n.º 33), e de 3 de Abril de 2003, Parlamento/Samper (C-277/01, Colect., p. I-3019, n.º 28).

77. Após a adopção da segunda decisão de aprovação, no entanto, as empresas participantes dispõem novamente de uma aprovação para a sua concentração, nos termos do regulamento de controlo das concentrações. Na sua parte decisória, esta segunda aprovação em nada fica atrás da primeira, porque ambas declararam a concentração compatível com o mercado comum e com o acordo EEE, sem condições e sem imposições. Com a nova aprovação da concentração, terminou o *estado de incerteza* existente desde a anulação da primeira decisão de aprovação, no qual as empresas participantes e os mercados não tinham a certeza se a concentração foi realizada em conformidade com as disposições aplicáveis. Segundo o raciocínio jurídico do artigo 7.º, n.º 5, do RCC⁴⁶, a segunda decisão de aprovação produz efeitos retroactivos no momento da celebração dos negócios jurídicos com vista à realização dessa concentração («efeitos ‘*ex tunc*’»).

78. Mas isto não significa necessariamente que o presente recurso fique *sem objecto*. Até porque o recurso não é directamente contra a primeira decisão de aprovação da Comissão, mas sim contra o acórdão impugnado do Tribunal de Primeira Instância, que se mantém. Por conseguinte, no recurso não se aplica a possibilidade de declarar que o Tribunal de Justiça não conhecerá do mérito

46 — Uma vez que a concentração controvertida foi realizada num momento em que a primeira decisão de aprovação ainda produzia efeitos, o artigo 7.º, n.º 5, não é aplicável, em razão da matéria, ao caso vertente. Mas o raciocínio subjacente a esta disposição, da suspensão da eficácia e da sanção retroactiva do estado de incerteza através de uma decisão de aprovação, pode produzir frutos também no caso vertente.

da causa (artigos 92.º, n.º 2, e 118.º do Regulamento de Processo)⁴⁷.

79. Do mesmo modo, a existência da segunda decisão de aprovação suscita a questão de saber se o recurso ainda pode criar um benefício para as recorrentes e se, portanto, elas ainda mantêm o interesse na prossecução do recurso.

80. A simples circunstância de as recorrentes terem sido condenadas no acórdão impugnado, em primeira instância, no pagamento das suas próprias despesas, não implica que tenham interesse em agir. Um recurso que tenha por único fundamento a decisão sobre as despesas é inadmissível, nos termos do segundo parágrafo do artigo 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Pelo mesmo motivo, o Tribunal de Justiça declara inadmissível um fundamento de recurso relativo à decisão sobre as despesas em primeira instância, quando este for o único fundamento de recurso que obtém ganho de

causa e quando já se verificou que todos os outros fundamentos são improcedentes⁴⁸. Tendo em consideração o sentido e o objectivo do artigo 58.º, n.º 2, do Estatuto, o mero interesse na eliminação da decisão sobre as despesas em primeira instância tão-pouco pode justificar a prossecução de um recurso. Para a prossecução do recurso, é necessário um interesse do recorrente, para além do interesse em agir quanto à questão das despesas em primeira instância.

81. No caso em apreço, as recorrentes têm manifestamente interesse em obter com a brevidade possível não apenas uma aprovação, mas uma aprovação *definitiva* para a sua concentração. Só então existirá para as empresas participantes, tal como para os mercados em geral, segurança jurídica sobre a questão de saber se a concentração foi realizada em conformidade com a legislação.

82. A segunda decisão de aprovação não pode por agora oferecer essa segurança jurídica, dado que pode não ser definitiva, num prazo previsível. A decisão tem de ser publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (artigo 20.º, n.º 1, do RCC) — além

47 — Independentemente disso, o Tribunal de Justiça declara, se for esse o caso, que o recurso fica sem objecto quando o recorrente já atingiu o seu objectivo (despachos de 23 de Outubro de 2001, *Una Film «City Revue»/Parlamento e Conselho*, C-281/00 P, não publicado na *Colectânea*, n.ºs 4 e 5, e *Davidoff/Parlamento e Conselho*, C-313/00 P, não publicado na *Colectânea*, n.ºs 4 e 5), ou quando se verifique que ele já não pode atingir o seu objectivo (acórdão de 15 de Fevereiro de 2005, *Comissão/Tetra Laval*, C-13/03 P, *Colect.*, p. I-1113, n.ºs 21 a 23; despachos de 27 de Fevereiro de 2002, *Reisebank/Comissão*, C-477/01 P(R), *Colect.*, p. I-2117, n.ºs 24 a 28, e *Commerzbank/Comissão*, C-480/01 P(R), *Colect.*, p. I-2129, n.ºs 23 a 27). Como indicarei em seguida, não se trata aqui de nenhum dos casos.

48 — V., por exemplo, acórdãos de 14 de Setembro de 1995, *Henrichs/Comissão* (C-396/93 P, *Colect.*, p. I-2611, n.º 66), de 12 de Julho de 2001, *Comissão e França/TF1* (C-302/99 P e C-308/99 P, *Colect.*, p. I-5603, n.º 31), de 30 de Setembro de 2003, *Freistaat Sachsen e o./Comissão* (C-57/00 P e C-61/00 P, *Colect.*, p. I-9975, n.º 124), e de 26 de Maio de 2005, *Tralli/BCE* (C-301/02 P, *Colect.*, p. I-4071, n.º 88).

de ter de ser notificada aos seus destinatários (artigo 254.º, n.º 3, CE)⁴⁹. Só após essa publicação, que ainda não foi efectuada, tem início o prazo para a interposição de recurso por terceiros⁵⁰. Uma antecipação geral do início do prazo de recurso por terceiros apenas pode ser tida em consideração no caso de a segunda decisão de aprovação se ter tornado integralmente acessível ao público, anteriormente, por exemplo, através da Internet, e, a seguir, tenha sido devidamente referida no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*⁵¹. Pelo contrário, a mera circunstância de a redacção da decisão ter sido dada a conhecer a terceiros determinados, designadamente à Impala, eventualmente na forma de uma versão não confidencial, não influencia o

início do prazo de recurso⁵² e, portanto, o momento em que a decisão eventualmente se torna definitiva⁵³.

83. No caso de o Tribunal vir a anular igualmente a segunda decisão de aprovação a pedido de um terceiro, existiria de novo um estado de incerteza, no qual as empresas em causa não obteriam aprovação para a sua concentração nos termos do regulamento sobre as concentrações. Tal estado de insegurança durante meses, ou até anos, poderia ter consequências negativas para as empresas em causa e para os mercados no seu conjunto.

84. A fim de evitar, na medida do possível, um novo estado de incerteza de consequências negativas, é especialmente importante para as recorrentes que o presente recurso prossiga e que seja tomada uma decisão definitiva do juiz comunitário quanto à conformidade da *primeira decisão de aprovação* com o direito comunitário. Mesmo que o Tribunal de Justiça, no caso de o recurso obter provimento, não possa decidir

49 — Em rigor, o prazo para a interposição do recurso do artigo 230.º, n.º 5, CE tem início no décimo quinto dia a seguir à publicação da decisão no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, nos termos do artigo 102.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Isso pressupõe naturalmente que a versão não oficial dos considerandos da decisão foi publicada em toda a sua extensão no *Jornal Oficial* ou simultaneamente tornada acessível ao público através da Internet. Se não for esse o caso, o prazo só começa a correr quando o potencial demandante tiver recebido essa versão integral, na medida em que isso não tenha já acontecido (neste sentido, acórdão de 6 de Julho de 1988, Dillinger Hüttenwerke/Comissão, 236/86, Colect., p. 3761, n.º 14).

50 — Acórdãos de 6 de Outubro de 1999, Kneissl Dachstein/Comissão (T-110/97, Colect., p. II-2881, n.º 41 e 42) e Salomon/Comissão (T-123/97, Colect., p. II-2925, n.º 42 e 43), bem como o despacho de 25 de Maio de 2004, Schmoltdt e o./Comissão (T-264/03, Colect., p. II-1515, n.º 51 a 53 e 56).

51 — Acórdão de 15 de Junho de 2005, Olsen/Comissão (T-17/02, Colect., p. II-2031, n.º 80), confirmado pelo despacho de 4 de Outubro de 2007, Olsen/Comissão (C-320/05 P, não publicado na Colectânea), e despacho de 19 de Setembro de 2005, Air Bourbon/Comissão (T-321/04, Colect., p. II-3469, n.º 34 e 37).

52 — Acórdão Olsen/Comissão, já referido na nota 51, n.º 81. Quanto ao carácter subsidiário da data em que o recorrente toma conhecimento de uma decisão a publicar no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, v. igualmente acórdãos de 10 de Março de 1998, Alemanha/Conselho (C-122/95, Colect., p. I-973, n.º 35), e de 12 de Dezembro de 2000, Alitalia/Comissão (T-296/97, Colect., p. II-3871, n.º 61), bem como o despacho de 11 de Dezembro de 2006, MMT/Comissão (T-392/05, não publicado na Colectânea, n.º 25).

53 — Refira-se ainda que não temos em consideração uma notificação formal (comunicação) da decisão a um terceiro, com a qual poderia começar a correr o prazo de recurso que lhe é aplicável. Nos termos do artigo 254.º, n.º 3, CE, as decisões são notificadas «aos respectivos destinatários». No caso do controlo das concentrações, trata-se das empresas que participam na concentração e das autoridades competentes dos Estados-Membros; no mesmo sentido — para casos futuros —, v. artigo 8.º, n.º 8, do Regulamento n.º 139/2004.

definitivamente, por si próprio, o presente litígio, por falta de maturidade decisória, e o venha a remeter ao Tribunal (artigo 61.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça), é muito provável que a decisão judicial definitiva sobre a validade da *primeira* decisão de aprovação seja tomada antes da decisão sobre a validade da *segunda* decisão.

85. Nestas circunstâncias, o princípio da celeridade aplicável ao controlo das concentrações no plano comunitário⁵⁴ é favorável à prossecução do presente processo. Deste modo, pode ainda impedir-se que as acções de anulação de terceiros atrasem mais do que é necessário o início de um período de segurança jurídica para as empresas participantes na concentração.

86. No conjunto, sou de opinião que, por agora, a decisão do Tribunal de Justiça pode criar uma vantagem para as recorrentes e que, por conseguinte, estas têm um interesse suficiente em agir no sentido da prossecução do presente processo.

87. Se, no entanto, a segunda decisão de aprovação se tornar definitiva após o termo da fase oral, mas antes de uma decisão do Tribunal de Justiça no caso vertente, isso teria de conduzir, segundo as informações de que disponho actualmente, à perda de interesse em agir das recorrentes. Nesse caso, pode vir a ser necessário ouvir de novo os

intervenientes no processo, sobre a questão do interesse em agir.

88. Não me parece convincente a ideia brevemente referida na fase oral, de que o presente processo apenas deve prosseguir porque a Comissão apoia alguns dos fundamentos de recurso da Bertelsmann e da Sony. É certo que as instituições comunitárias são privilegiadas no que se refere aos seus próprios recursos (artigos 56.º, n.ºs 2 e 3, do Estatuto do Tribunal de Justiça), designadamente, não têm de fazer prova do seu interesse em agir para poder interpor tais recursos⁵⁵. Pelo contrário, se uma instituição comunitária não for recorrente, mas apenas uma das partes intervenientes, o seu mero interesse quanto à solução do recurso e ao esclarecimento de determinadas questões jurídicas pelo Tribunal de Justiça não pode compensar a falta de interesse em agir das recorrentes.

V — Quanto ao mérito

89. As recorrentes atacam o acórdão impugnado com sete fundamentos de recurso, suscitando questões fundamentais para o sistema de controlo das concentrações no plano comunitário. É certo que essas questões são colocadas relativamente ao «antigo»

54 — V., a esse respeito, n.º 12 das presentes conclusões.

55 — Acórdãos de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 171), e de 22 de Fevereiro de 2005, Comissão/max.mobil (C-141/02 P, Colect., p. I-1283, n.º 48).

regulamento de controlo das concentrações, mas a solução é igualmente determinante para a nova versão do regulamento de controlo das concentrações (Regulamento n.º 139/2004), porque os dois regulamentos não apresentam diferenças substanciais nos pontos controvertidos no caso vertente.

90. Uma vez que os fundamentos de recurso se sobrepõem parcialmente entre si, é conveniente agrupá-los tendo em vista o conteúdo dos respectivos pontos comuns e, por conseguinte, apreciá-los numa sequência alterada em conformidade. Apenas o quinto fundamento de recurso não carece de apreciação, porque tal como referimos é parcialmente inadmissível e parcialmente inoperante («inopérant») ⁵⁶.

A — Esforço de investigação e de fundamentação das decisões de aprovação da Comissão (primeiro, segundo, terceiro e sexto fundamentos)

91. O primeiro, segundo, terceiro e sexto fundamentos de recurso dizem respeito, em concreto, ao esforço de investigação e de fundamentação que a Comissão tem de fazer quando aprova uma concentração de empresas.

⁵⁶ — V., *supra*, n.ºs 50 a 55 e n.ºs 66 a 71 das presentes conclusões.

92. As recorrentes são de opinião, em substância, que o Tribunal excedeu as exigências legais relativas a uma decisão de aprovação da Comissão e à sua fiscalização jurisdicional. Nesse ponto, as recorrentes são apoiadas parcialmente pela Comissão ⁵⁷. A Impala, pelo contrário, defende o acórdão impugnado do Tribunal de Primeira Instância em todo o seu alcance.

1. Quanto à fundamentação de decisões de aprovação no controlo das concentrações (primeira e terceira parte do sexto fundamento de recurso)

93. Começo a minha análise com a primeira e a terceira parte do sexto fundamento de recurso ⁵⁸. Aí, as recorrentes sustentam que o Tribunal fez exigências erradas e excessivas quanto à fundamentação das decisões de aprovação da Comissão no âmbito do controlo das concentrações.

94. Antes de mais, há que esclarecer se as decisões de aprovação da Comissão podem

⁵⁷ — A Comissão apoia expressamente na sua contestação o primeiro e o segundo fundamento, bem como a primeira parte do terceiro fundamento.

⁵⁸ — Na medida em que, no sexto fundamento, as referências do Tribunal relativas à comunicação de acusações estão viciadas de erro de direito (segunda parte do sexto fundamento), analiso esse fundamento posteriormente, no contexto do primeiro fundamento (v. n.ºs 145 a 183 das presentes conclusões). Na medida em que, no sexto fundamento, as exigências de conteúdo relativas a uma decisão de aprovação são objecto de análise (quarta parte do sexto fundamento), esse fundamento sobrepõe-se à segunda parte do terceiro fundamento e ao quarto fundamento e é analisado no contexto dos fundamentos referidos (n.ºs 201 a 232 e 233 a 268 das presentes conclusões).

ser anuladas devido a fundamentação insuficiente. Em caso afirmativo, há que estabelecer qual o alcance da obrigação de fundamentação e se, a esse respeito, o Tribunal cometeu erros de direito no caso em apreço.

a) Anulabilidade das decisões de aprovação por insuficiência de fundamentação

95. As recorrentes são de opinião que uma decisão de aprovação da Comissão no âmbito do controlo das concentrações não pode ser anulada por insuficiência de fundamentação.

96. Esta opinião não me convence.

97. Nos termos do artigo 253.º CE, as decisões da Comissão serão fundamentadas. Esta obrigação de fundamentação resulta do princípio do Estado de direito e, no contexto do direito à boa administração, está consagrada igualmente no artigo 41.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁹. Deve possibilitar não só um controlo externo

59 — JO 2000, C 364, p. 1. Embora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ainda não produza efeitos jurídicos vinculativos equiparáveis aos do direito primário, pode admitir-se que, como fonte de direito, revela, pelo menos, os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica comunitária; v., a este respeito, igualmente, o acórdão de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho (C-540/03, Colect., p. I-5769, n.º 38), o n.º 108 das minhas conclusões de 8 de Setembro de 2005 nesse processo e ainda o acórdão de 13 de Março de 2007, Unibet (C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 37).

da actuação das instituições, pelos órgãos jurisdicionais comunitários, mas também incentivar as instituições ao autocontrolo e a evitar que tomem medidas impen-sadas ou insuficientemente ponderadas. A fundamentação de decisões contribui além disso para a transparência da actuação da administração⁶⁰.

98. A obrigação de fundamentação não se limita de modo nenhum às decisões que desfavorecem os seus destinatários. Os princípios do Estado de direito e da boa administração exigem igualmente uma fundamentação das decisões que favorecem os seus destinatários. Isto é válido, por maioria de razão, quando tais decisões possam ter efeitos prejudiciais para os direitos e interesses de terceiros, inclusivamente no domínio do direito da concorrência. Por conseguinte, o artigo 253.º CE e o artigo 41.º, n.º 2, terceiro travessão, da Carta dos Direitos Fundamentais não distinguem as decisões que favorecem os respectivos destinatários das decisões que podem ter efeitos prejudiciais para eles. Isto significa, em especial, para o controlo das concentrações, que as decisões de aprovação da Comissão devem ser fundamentadas do mesmo modo que as suas decisões de desaprovação.

99. Nas condições previstas no artigo 230.º CE para a acção de anulação, pode ser censurada perante o juiz comunitário uma violação da obrigação de fundamentação como violação de uma formalidade essencial.

60 — Quanto ao princípio da transparência, v. igualmente o artigo 1.º, segundo parágrafo, UE, de acordo com o qual, na União Europeia, «as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível [...]».

100. O artigo 10.º, n.º 6, do RCC, invocado pelas recorrentes no caso vertente, não abre nenhuma excepção à anulabilidade das decisões por violação da obrigação de fundamentação. Decorre desde logo da hierarquia das normas que as disposições do direito derivado não podem limitar o alcance do direito primário, entre as quais os artigos 230.º CE e 253.º CE. O artigo 10.º, n.º 6, do RCC deve ser interpretado e aplicado à luz das normas de nível superior, em especial, dos artigos 230.º CE e 253.º CE⁶¹.

101. Contudo, não corresponde à redacção nem aos objectivos e ao contexto legislativo do artigo 10.º, n.º 6, do regulamento que se introduza uma excepção à obrigação de fundamentação, ou que as decisões de aprovação da Comissão fiquem «imunes» à acusação de insuficiência de fundamentação.

102. O artigo 10.º, n.º 6, do RCC introduz apenas uma *presunção de aprovação* para o caso de a Comissão não decidir a tempo sobre a compatibilidade, com o mercado comum, de uma concentração que lhe tenha sido notificada⁶². Esta disposição não isenta

a Comissão da sua obrigação legal⁶³ de se exprimir por meio de uma decisão fundamentada sobre todas as concentrações que lhe são notificadas⁶⁴. Pelo contrário, esta disposição prevê soluções para o caso de a Comissão não cumprir tal obrigação dentro do prazo.

103. Além disso, o artigo 10.º, n.º 6, do RCC é certamente também a expressão do princípio da celeridade aplicável a todo o procedimento de controlo das concentrações. Juntamente com os prazos processuais rigorosos previstos no mesmo artigo, esta disposição contribui para a criação da segurança jurídica o mais rapidamente possível, o que beneficia não só as empresas participantes na concentração mas também os mercados em geral.

104. No entanto, a necessidade legítima de segurança jurídica não pode ir ao ponto de a decisão sobre uma concentração ser subtraída total ou parcialmente à fiscalização jurisdicional. Só depois de expirar o prazo de interposição de recurso nos termos do artigo 230.º, n.º 5, CE, ou de ter sido negado provimento a uma acção de anulação, é que a aprovação da concentração se torna definitiva e cria finalmente segurança jurídica para todos os participantes.

61 — Segundo jurisprudência constante, a interpretação de uma disposição de direito derivado comunitário deve ser feita, na medida do possível, no sentido da sua conformidade com as disposições do Tratado CE e os princípios gerais de direito comunitário; v. acórdãos de 25 de Novembro de 1986, Klensch e o. (201/85 e 202/85, Colect., p. 3477, n.º 21), de 27 de Janeiro de 1994, Herbrink (C-98/91, Colect., p. I-223, n.º 9), de 1 de Abril de 2004, Borgmann (C-1/02, Colect., p. I-3219, n.º 30), e de 4 de Outubro de 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie (C-457/05, Colect., p. I-8075, n.º 22).

62 — Há então a *presunção* de que a concentração é compatível com o mercado comum (quanto ao conceito de *presunção*, v. igualmente artigo 7.º, n.ºs 1 e 5, do RCC).

63 — Esta obrigação decorre, na fase de análise prévia, do artigo 6.º, n.º 1, do RCC, e, na fase do processo formal de análise, do artigo 8.º, n.º 1, do RCC.

64 — A Comissão só está isenta desta obrigação na medida em que remeter a concentração para uma autoridade nacional da concorrência, nos termos do artigo 9.º do RCC, e, além disso, no caso de retirar a notificação, por desistência do projecto de concentração.

105. Ao contrário da opinião das recorrentes, o artigo 10.º, n.º 6, do RCC de modo nenhum perde o seu efeito útil («*effet utile*») apenas porque a aprovação — expressa ou tácita — das concentrações continua a ser susceptível de fiscalização jurisdicional. Num processo de controlo de concentração, decorre da introdução ameaçadora de uma presunção de aprovação em caso de ultrapassagem do prazo («efeito guilhotina») um efeito disciplinador sobre a Comissão, enquanto entidade de controlo das concentrações, que não deve ser subestimado⁶⁵. Além disso, as empresas participantes são livres de realizar a sua concentração logo que esta seja aprovada ou que tenha surgido uma aprovação tácita⁶⁶; as recorrentes afirmaram que fizeram uso dessa possibilidade.

106. Por fim, concluo que a aprovação de uma concentração, independentemente de ser efectuada expressa ou tacitamente, pode ser anulada por violar a obrigação de fundamentação.

65 — Tanto quanto se sabe, na longa história do controlo das concentrações a nível europeu, aconteceu apenas uma vez que a Comissão — devido a um erro de cálculo — não respeitou um prazo processual (processo IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); v., a este respeito, Von Koopenfels, U., in: Drauz/Jones (ed.), *EU Competition Law*, vol. II — *Mergers and Acquisitions*, Leuven 2006, n.º 6.27.

66 — Os eventuais recursos de anulação de terceiros não têm efeito suspensivo, nos termos do artigo 242.º, primeira frase, CE.

b) Alcance do dever de fundamentação

107. As recorrentes são de opinião, além disso, que o Tribunal pressupôs erradamente que a fundamentação da primeira decisão de aprovação era insuficiente. O Tribunal contrariou, desse modo, a jurisprudência assente dos tribunais comunitários.

108. Em substância, trata-se da questão de saber com que pormenor é que a Comissão devia fundamentar, na primeira decisão de aprovação, a sua afirmação de que o mercado não é suficientemente transparente para permitir uma coordenação dos preços⁶⁷.

109. Esta afirmação era determinante para a apreciação da Comissão segundo a qual não havia indícios suficientes de uma posição dominante colectiva dos cinco maiores grupos nos diversos mercados nacionais de música gravada e não era previsível que a concentração pudesse conduzir à criação de tal posição dominante⁶⁸. A aprovação da concentração baseia-se igualmente nessa apreciação.

67 — V., a este respeito, n.ºs 278 a 325, em especial os n.ºs 287 e 325 do acórdão impugnado.

68 — Considerandos 153, 158 e 183 da primeira decisão de aprovação.

— O acórdão impugnado

110. No acórdão impugnado, o Tribunal analisou diversas rubricas da primeira decisão de aprovação, a fim de determinar se continham uma fundamentação suficiente para a afirmação de suficiente falta de transparência do mercado, tendo, em cada caso, concluído pela negativa.

111. Em seguida, o Tribunal analisou a rubrica especial da primeira decisão de aprovação, dedicada à transparência do mercado⁶⁹, e verificou que a Comissão «não concluiu que o mercado era opaco ou não era suficientemente transparente para permitir uma posição dominante colectiva». Além disso, a Comissão, nessa rubrica, «só se referiu a factores susceptíveis de criar uma grande transparência do mercado e de facilitar o controlo da observância de uma colusão, com a única excepção da afirmação, de alcance bastante limitado e não alicerçada, de que os descontos promocionais poderiam reduzir a transparência e tornar os acordos tácitos mais difíceis». Esta rubrica especial da primeira decisão de aprovação, por si só, não «fundamenta de forma suficiente a afirmação de que o mercado não é suficientemente transparente»⁷⁰.

69 — Considerandos 111 a 113 da primeira decisão de aprovação.
70 — N.º 294 do acórdão impugnado.

112. Em seguida, o Tribunal debruçou-se sobre as afirmações da Comissão relativas a uma eventual «política comum de preços»⁷¹ entre os cinco maiores grupos de empresas⁷² e analisou igualmente os elementos susceptíveis de esclarecer a alegada falta de transparência do mercado⁷³. Analisou quer as indicações da Comissão relativas aos preços de catálogo quer as relativas aos descontos nos preços (descontos a clientes e descontos promocionais). A este respeito, o Tribunal verificou, por um lado, «que, de acordo com os próprios termos da decisão, os preços de catálogo [...] constituem um factor de transparência do mercado»⁷⁴. Por outro, «algumas afirmações relativas aos descontos promocionais [...], na medida em que são imprecisas, não alicerçadas, ou mesmo contraditas por outras observações que figuram na decisão, não podem demonstrar a opacidade do mercado nem mesmo dos descontos promocionais»⁷⁵. Finalmente, «a rubrica relativa aos pequenos países também não contém qualquer fundamentação da afirmação de que o mercado não é transparente devido aos descontos promocionais»⁷⁶.

113. Em especial, no que se refere aos descontos promocionais indicados pela Comissão, o Tribunal salientou a falta de uma exposição mais concreta na primeira

71 — A tradução alemã do considerando 69 da decisão de aprovação é imprecisa, porque traduz «common price policy» (política comum de preços) por «Preisabsprachen» (acordos de preços). [nota não relevante para a versão portuguesa]

72 — Essas afirmações da Comissão encontram-se, em substância, nos considerandos 74 a 80 da primeira decisão de aprovação; o Tribunal analisa aí as observações feitas a propósito do Reino Unido em substituição da fundamentação da decisão de aprovação na parte restante.

73 — N.ºs 295 a 324 do acórdão impugnado.

74 — N.º 303 do acórdão impugnado.

75 — N.º 320 do acórdão impugnado.

76 — N.º 324 do acórdão impugnado.

decisão de aprovação, nomeadamente quanto «à natureza dos descontos promocionais, às circunstâncias em que estes são susceptíveis de ser aplicados, ao seu grau de opacidade, à sua amplitude ou ao seu impacto sobre a transparência dos preços»⁷⁷. Tal como o Tribunal censura em seguida, «[as afirmações da Comissão relativas aos descontos promocionais nos grandes países] limitam-se a indicar que os descontos promocionais são menos transparentes do que os descontos habituais, mas não explicam em que é que são pertinentes para a transparência do mercado e não permitem compreender como poderiam, por si só, compensar todos os outros factores de transparência do mercado identificados na decisão e assim suprimir a transparência necessária à existência de uma posição dominante colectiva»⁷⁸.

— Apreciação

114. No âmbito do processo de recurso, não compete ao Tribunal de Justiça substituir pela sua própria apreciação a apreciação efectuada pelo Tribunal acerca da primeira decisão de aprovação. Do mesmo modo, não é o Tribunal de Justiça que tem de analisar a decisão de aprovação e apreciar se a sua fundamentação foi insuficiente ou bastante. O Tribunal de Justiça tem sobretudo de decidir se o Tribunal, no acórdão impugnado, cometeu erros de direito na apreciação da fundamentação da decisão de aprovação e, em especial, se o Tribunal baseou a sua apreciação em critérios correctos ou, pelo contrário, demasiado rigorosos.

77 — N.º 289, última frase, do acórdão impugnado.

78 — N.º 320, última frase, do acórdão impugnado.

115. Segundo jurisprudência constante, a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE deve ser adaptada à natureza do acto em causa e revelar, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição, autora do acto, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao órgão jurisdiccional competente exercer a sua fiscalização⁷⁹.

116. A exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, designadamente, do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas directa e individualmente afectadas pelo acto podem ter em obter explicações. Não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto satisfaz as exigências do artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa⁸⁰.

117. A urgência é uma das características especiais de um processo de controlo das concentrações, a que a Comissão está sujeita

79 — V., apenas, acórdãos de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 63), de 24 de Novembro de 2005, Itália/Comissão (C-138/03, C-324/03 e C-431/03, Colect., p. I-10043, n.º 54), e Sison/Conselho, já referido na nota 34, n.º 80.

80 — Acórdãos Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido na nota 79, n.º 63, Itália/Comissão, já referido na nota 79, n.º 55, e Sison/Conselho, já referido na nota 34, n.º 80.

devido ao princípio da celeridade e aos prazos processuais apertados⁸¹. A Comissão pode igualmente orientar-se, na fundamentação das suas decisões no domínio do direito da concorrência, pelo grau de dificuldade do caso concreto e partir do estado dos conhecimentos dos operadores económicos entendidos, que estão familiarizados com as condições do mercado⁸²; isto aplica-se sobretudo quando são afectados os direitos ou interesses dos operadores no mercado que — tal como a Impala no caso vertente — foram eles próprios partes no processo⁸³. As recorrentes salientaram com razão ambos os aspectos.

118. Não se pode, portanto, exigir que Comissão, na sua decisão sobre uma concentração que lhe tenha sido comunicada, tome igualmente posição quanto a um determinado número de aspectos da concentração que lhe parecem manifestamente desproporcionados, desprovidos de significado ou claramente secundários para a apreciação desta última⁸⁴. O que é público e notório não necessita de menção especial na decisão. Além disso, a Comissão não tem de fundamentar a sua decisão apresentando mais detalhes do que os adequados ao grau de difi-

culdade do caso em apreço e do que parece absolutamente necessário do ponto de vista de um operador económico conhecedor das condições do mercado.

119. Em qualquer caso, a fundamentação deve sempre indicar os factos e as considerações jurídicas que revestem uma importância essencial para a economia da decisão⁸⁵. Por conseguinte, a fundamentação não deve ser tão sucinta que prejudique a sua clareza e a sua conclusividade⁸⁶. Deve ainda ser consequente⁸⁷ e não deve apresentar contradições internas⁸⁸.

120. É precisamente uma fundamentação conclusiva, compreensível e livre de contradições que o Tribunal omite no caso vertente.

121. Em substância, o Tribunal censura aqui um desequilíbrio na fundamentação da primeira decisão de aprovação: esta contém uma série de indícios *a favor* da existência de transparência no mercado e explica-os pormenorizadamente⁸⁹, mas, quanto ao factor dos descontos promocio-

81 — Quanto à influência no dever de fundamentação da urgência com que é emitida uma decisão, v. acórdãos de 1 de Dezembro de 1965, *Schwarze* (16/65, Recueil, pp. 1081, 1167, Colect. 1965-1968, p. 239), de 14 de Fevereiro de 1990, *Delacre e o./Comissão* (C-350/88, Colect., p. I-395, n.º 16), e *Verband der freien Rohrwerke e o./Comissão*, já referido na nota 22, n.º 186.

82 — Neste sentido, acórdãos de 28 de Outubro de 1981, *Krupp Stahl/Comissão* (275/80 e 24/81, Recueil, p. 2489, n.º 13), e — no domínio da política de meios de comunicação — acórdão de 19 de Fevereiro de 1998, *DIR Internacional Film e o./Comissão* (T-369/94 e T-85/95, Colect., p. II-357, n.º 119 a 121).

83 — Acórdãos de 7 de Abril de 1987, *SISMA/Comissão* (32/86, Colect., p. 1645, n.º 9), e de 22 de Outubro de 1996, *Skibsværftsforeningen e o./Comissão* (T-266/94, Colect., p. II-1399, n.º 239).

84 — Acórdãos *Comissão/Sytraval e Brink's France*, já referido na nota 79, n.º 64, última frase; v., igualmente, acórdão de 25 de Outubro de 2005, *Alemanha e Dinamarca/Comissão*, dito «Feta» (C-465/02 e C-466/02, Colect., p. I-9115, n.º 106), e acórdão *Verband der freien Rohrwerke e o./Comissão*, já referido na nota 22, n.º 186, última frase.

85 — Acórdãos de 21 de Março de 1955, *Países Baixos/Alta Autoridade* (6/54, Recueil, pp. 215, 232, Colect. 1954-1961, p. 19); de 4 de Julho de 1963, *Alemanha/Comissão* (24/62, Colect. 1962-1964, pp. 251, 256); de 15 de Julho de 1970, *ACF Chemiefarma/Comissão* (41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.º 78); e de 21 de Março de 2001, *Métropole télévision/Comissão* (T-206/99, Colect., p. II-1057, n.º 44, última frase).

86 — Acórdão *Alemanha/Comissão*, já referido na nota 85, p. 256.

87 — Acórdão *ACF Chemiefarma/Comissão*, já referido na nota 85, n.º 78.

88 — Acórdão *Alemanha/Comissão*, já referido na nota 85, p. 257, e acórdão de 7 de Julho de 1981, *Rewe-Markt Steffen*, dito «cruzeiros da manteiga» (155/80, Recueil, p. 1805, n.º 26).

89 — V., por exemplo, n.ºs 294, 303, 319, 320, segunda frase, e 321, última frase, do acórdão impugnado.

nais, que pretensamente indicia a falta de transparência suficiente no mercado, apenas se fizeram afirmações vagas⁹⁰. Estas afirmações não explicam em que é que os descontos promocionais são pertinentes para a transparência do mercado e não permitem compreender como poderiam, por si só, compensar todos os outros factores de transparência do mercado identificados na decisão e, assim, suprimir a transparência necessária à existência de uma posição dominante colectiva⁹¹. Independentemente disso, o Tribunal refere contradições internas na fundamentação da decisão⁹².

122. Concordo com o Tribunal em que, numa decisão em que se descreve pormenorizadamente uma série de indícios *em favor* da transparência no mercado, a Comissão não pode deixar de partir de uma fundamentação mais rigorosa da falta de transparência no mercado. A existir um único factor relevante, designadamente os descontos promocionais, de sentido *contrário* à existência de suficiente transparência no mercado e, portanto, à aceitação de uma posição dominante colectiva, deve fundamentar-se ainda com mais pormenor o modo como este factor tem efeitos no mercado e em que medida, precisamente, este factor pode compensar todos os outros que militam em favor da transparência no mercado.

90 — N.º 289, última frase, do acórdão impugnado.

91 — N.º 320, segunda frase, do acórdão impugnado; no mesmo sentido, n.º 289, última frase, do acórdão impugnado.

92 — N.º 320, primeira frase, do acórdão impugnado.

123. Em especial, não basta expor que um determinado factor conduz ou *pode conduzir* a *menos* transparência no mercado; há que explicar sobretudo por que é precisamente este factor torna o mercado tão opaco que não se pode admitir a existência de uma posição dominante colectiva. Caso contrário, os fundamentos da decisão são inconcludentes e incompreensíveis. O Tribunal referiu isso mesmo no acórdão impugnado⁹³.

124. Por palavras mais simples, numa decisão de controlo de concentrações, que é lida em muitas passagens como uma decisão de proibição, é imprescindível, mesmo para o leitor entendido, conhecedor das condições do mercado, uma exposição suficientemente rigorosa das considerações com base nas quais a decisão tomou outro rumo.

125. Os défices de fundamentação verificados pelo Tribunal pesam tanto mais quanto a questão controvertida da transparência do mercado não era uma simples questão marginal, mas sim uma questão de suma relevância para a solução do procedimento de controlo das concentrações⁹⁴. A verificação da Comissão segundo a qual o mercado não é suficientemente transparente para permitir uma coordenação dos preços era crucial nas suas considerações para a sua

93 — V., novamente, em especial, n.ºs 289, 294 e 320, última frase, do acórdão impugnado.

94 — Isto distingue o caso vertente do processo Kaysersberg/Comissão (acórdão referido na nota 8, n.ºs 159 e 160), em que a alegada falta de fundamentação não dizia respeito, na opinião do Tribunal, a uma parte essencial da decisão da Comissão.

primeira decisão de aprovação⁹⁵. Com razão, portanto, o Tribunal fez grandes exigências quanto à fundamentação da primeira decisão de aprovação e submeteu-a a uma análise exaustiva.

126. Essas grandes exigências eram aqui igualmente justificadas, porque se exigia da Comissão uma apreciação de contextos económicos complexos no que se refere à transparência do mercado, para a qual tinha — como acontece por regra no controlo das concentrações — um amplo poder de apreciação⁹⁶. Tendo em conta esse amplo poder de apreciação da Comissão, o respeito das garantias atribuídas pela ordem jurídica comunitária nos procedimentos administrativos reveste-se de uma importância ainda mais fundamental. Entre essas garantias consta a obrigação de fundamentar de modo suficiente as decisões⁹⁷.

127. Quando a Comissão, no quadro do seu poder de apreciação, tem em conside-

ração factores que influenciam o funcionamento do mercado, tem o dever não apenas de identificar os factores que influenciaram a sua decisão mas também de precisar o seu impacto⁹⁸.

128. Esta consideração aplica-se facilmente também no domínio do direito da concorrência e do controlo das concentrações: quando a Comissão, no quadro da sua apreciação de uma concentração do ponto de vista do direito da concorrência, atribui a determinados factores relevantes do mercado uma relevância especial, tem o dever não apenas de identificar esses factores na sua decisão mas também de precisar suficientemente o seu impacto no funcionamento dos mercados em questão.

129. Num caso em que todos os outros factores apontam para a transparência do mercado, o factor que é decisivo, na perspectiva da Comissão, no sentido *contrário* à transparência bastante do mercado, não pode ser apenas mencionado de passagem no texto. Tal como o Tribunal sublinha com razão, a Comissão tem sobretudo o dever de fundamentar o impacto desse factor na sua decisão, com explicações concretas⁹⁹; não pode remeter-se apenas à suposição, expressa de modo hesitante, de que este factor «*poderia* reduzir a transparência no mercado e tornar os acordos tácitos mais difíceis»¹⁰⁰, e ainda menos à mera presunção de que «os descontos promocionais *são*

95 — V., a esse respeito, n.ºs 286 e 289 do acórdão impugnado, segundo o qual — igualmente na opinião expressa pela Comissão no processo em primeira instância — «a transparência [constitui] [...] o fundamento essencial, ou mesmo único, em que assenta a afirmação de que não existe qualquer posição dominante colectiva nos mercados da música gravada» (n.º 289).

96 — Acórdão «Kali & Salz», já referido na nota 16, n.º 223, e acórdão de 15 de Fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval (C-12/03 P, Colect., p. I-987, n.º 38); v., além disso, acórdãos Gencor/Comissão, já referido na nota 16, n.º 246, e de 14 de Dezembro de 2005, General Electric/Comissão (T-210/01, Colect., p. II-5575, n.º 60).

97 — Acórdãos de 21 de Novembro de 1991, Technische Universität München (C-269/90, Colect., p. I-5469, n.º 14), de 7 de Maio de 1992, Pesqueiras De Bermeo e Naviera Laida/Comissão (C-258/90 e C-259/90, Colect., p. I-2901, n.º 26), e de 22 de Novembro de 2007, Espanha/Lenzing (C-525/04 P, Colect., p. I-9947, n.º 58). V., além disso, o acórdão de 15 de Julho de 1960, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e o./Alta Autoridade (36/59 a 38/59 e 40/59, Recueil, pp. 857, 891, Colect. 1954-1961, p. 525).

98 — Neste sentido, dando o exemplo de um caso relativo à política agrícola, acórdão de 7 de Abril de 1992, Compagnia italiana alcool/Comissão (C-358/90, Colect., p. I-2457, n.º 42).

99 — N.º 289, última frase, do acórdão impugnado.

100 — V., a esse respeito, considerando 111 da primeira decisão de aprovação, referida no n.º 289 do acórdão impugnado (sublinhado nosso).

menos transparentes do que os descontos habituais»¹⁰¹.

130. Por conseguinte, o Tribunal declarou com razão que a Comissão, no que se refere aos factores decisivos para a sua decisão, não pode limitar-se a «afirmações vagas»¹⁰², «de alcance bastante limitado e não alicerçada[s]»¹⁰³ e, além disso, contraditórias¹⁰⁴.

131. Neste contexto, sou de opinião de que o Tribunal não cometeu nenhum erro de direito ao partir de uma fundamentação insuficiente da primeira decisão de aprovação, no que se refere às afirmações da Comissão relativas à (falta de) transparência do mercado¹⁰⁵.

c) Outros

132. A título complementar, debruço-me em seguida sobre mais alguns argumentos avançados pelas recorrentes no quadro do seu sexto fundamento de recurso.

101 — V., a esse respeito, considerando 80 da primeira decisão de aprovação, referido nos n.ºs 315 e 316 do acórdão impugnado (sublinhado nosso).

102 — N.º 289, última frase, do acórdão impugnado.

103 — N.º 294 do acórdão impugnado.

104 — N.º 320 do acórdão impugnado.

105 — N.º 325 do acórdão impugnado.

133. Em primeiro lugar, as recorrentes sustentam que a fundamentação de uma decisão de aprovação deve ser objecto de menos exigências que a fundamentação de uma decisão de proibição, porque os terceiros, devido à sua posição mais fraca no processo, não podem esperar o mesmo grau de rigor na fundamentação que os participantes numa concentração, em caso de proibição.

134. Este argumento não é convincente. O artigo 253.º CE e o artigo 41.º, n.º 2, terceiro travessão, da Carta dos Direitos Fundamentais não fazem distinção, no que se refere às exigências de fundamentação, entre as decisões que favorecem os seus destinatários e as que lhes são desfavoráveis.

135. Mesmo quando um terceiro é implicado num procedimento de controlo das concentrações e é ouvido formalmente pela Comissão — como foi o caso da Impala — a obrigação de fundamentação protege igualmente os seus direitos e interesses. O terceiro pode ter a expectativa de uma fundamentação, no mínimo, conclusiva, compreensível e isenta de contradições, e que deve sempre indicar os factos e as considerações jurídicas da Comissão que revestem uma importância essencial para a decisão de aprovação. São estas exigências mínimas que estão em causa no caso presente¹⁰⁶.

106 — V., *supra*, n.ºs 119 e segs. das presentes conclusões.

136. É certo que a posição processual dos terceiros no controlo das concentrações, *no que se refere à sua audição*, é menos expressiva que a posição dos interessados na concentração¹⁰⁷. Daí não pode, no entanto, deduzir-se que um terceiro esteja igualmente sujeito a limitações *no que se refere à alegação de insuficiências de fundamentação*. Com efeito, um terceiro que pode ultrapassar o obstáculo de justificar a interposição do recurso que lhe diga directa e individualmente respeito pode interpor recurso, nas mesmas condições, tal como todos os outros recorrentes (artigo 230.º, quarto parágrafo, CE); pode alegar os mesmos fundamentos de anulação que os outros recorrentes, incluindo a insuficiência de fundamentação.

137. Em segundo lugar, as recorrentes sustentam que, no caso presente, quer a Impala quer o Tribunal compreenderam sem dificuldades os fundamentos da primeira decisão de aprovação. Daí deduzem que a decisão referida foi suficientemente fundamentada.

138. Este argumento também não é conclusivo. Pode constituir, com efeito, um primeiro indício para uma fundamentação suficiente, quando o demandante pôde invocar os seus outros argumentos perante o Tribunal¹⁰⁸. Mas não pode ser visto como mais do que uma suposição refutável.

139. A questão de saber se uma fundamentação corresponde, em definitivo, às exigências jurídicas do artigo 253.º CE depende de critérios objectivos, em especial, de saber se é concludente, compreensível e isenta de contradições quanto aos factos e às considerações jurídicas essenciais¹⁰⁹. Quando uma fundamentação, num ponto essencial, não é conclusiva, compreensível e isenta de contradições, como no presente caso, a decisão em questão deve ser anulada mesmo quando o interesse em agir do demandante, no que se refere às suas restantes acusações, não tenha sido prejudicado. Caso contrário, seria praticamente impossível o demandante obter ganho de causa por insuficiência de fundamentação, com outros fundamentos de anulação, através de um recurso de anulação.

140. Ao contrário do que entendem as recorrentes, não é de modo nenhum contraditório, em si mesmo, o facto de o Tribunal ter verificado simultaneamente uma insuficiência de fundamentação e um erro manifesto de apreciação da Comissão. Uma decisão da Comissão pode ser inválida quer por vícios de forma quer por vícios de fundo. O facto de a fundamentação de uma decisão — por exemplo, por não ser conclusiva — ser insuficiente, não exclui que a mesma decisão, além disso, não possa ser materialmente errada.

141. Em terceiro lugar, as recorrentes sustentam que, na previsão das exigências relativas à fundamentação de uma decisão de controlo das concentrações, deve ser tida em conta a confidencialidade de dados comerciais sensíveis. Por isso, o Tribunal cometeu um erro de direito, ao exigir da Comissão, no

107 — Acórdão Kaysersberg/Comissão, já referido na nota 8, n.º 105.

108 — Neste sentido, por exemplo, acórdãos de 10 de Março de 2005, Espanha/Conselho (C-342/03, Colect., p. I-1975, n.º 59), e Kaysersberg/Comissão, já referido na nota 8, n.º 160.

109 — V., *supra*, n.º 119 das presentes conclusões.

n.º 411 do acórdão impugnado, que tornasse públicos os detalhes relativos à política de preços e de descontos dos outros grandes grupos de empresas.

142. Este argumento também não é convincente. Baseia-se manifestamente numa interpretação errónea do n.º 411 do acórdão impugnado. O Tribunal, nesse ponto, não exigiu de modo nenhum da Comissão que revelasse os segredos comerciais dos operadores do mercado. Apenas rejeitou com razão o argumento da Comissão segundo o qual determinados dados, devido ao seu carácter confidencial, não deviam sequer ter sido apresentados na primeira decisão de aprovação. Com efeito, o dever de segredo profissional (artigo 287.º CE) não pode ser interpretado de modo tão extensivo que esvazie, assim, a exigência de fundamentação da decisão¹¹⁰.

143. Na medida em que os dados estatísticos contenham segredos comerciais, é prática corrente da Comissão, no domínio do direito da concorrência, substituir esses dados na sua decisão por margens de flutuação, ou, de algum modo, resumir-los ou parafraseá-los. O Tribunal indica justamente¹¹¹ que a Comissão, noutros pontos da sua primeira decisão de aprovação, forneceu dados precisos relativos à política de preços de determinados operadores económicos¹¹².

110 — Acórdão de 13 de Março de 1985, Países Baixos e o./Comissão (296/82 e 318/82, Recueil, p. 809, n.º 27).

111 — N.º 413 do acórdão impugnado.

112 — V., a este respeito, considerando 74, 81, 88, 95 e 102 da primeira decisão de aprovação.

d) Conclusão provisória

144. Em definitivo, o Tribunal não cometeu nenhum erro de direito ao concluir, nos n.ºs 325 e 542 do acórdão impugnado, que a primeira decisão de aprovação era insuficientemente fundamentada e, por essa razão, devia ser anulada. A primeira e a terceira parte do sexto fundamento de recurso são, deste modo, improcedentes.

2. Quanto às referências do Tribunal de Primeira Instância à comunicação de acusações (primeiro fundamento e segunda parte do sexto fundamento)

145. No primeiro fundamento e na segunda parte do sexto fundamento, as recorrentes sustentam que o Tribunal cometeu um erro de direito ao utilizar a comunicação de acusações da Comissão como ponto de referência para a fiscalização jurisdicional da primeira decisão de aprovação e exigiu sem razão que a Comissão fundamentasse na sua decisão quaisquer desvios das acusações.

146. É incontestado que o acórdão impugnado contém muitas referências à comunicação de acusações. Em seguida, debruço-me, num primeiro momento, sobre o entendimento geral do Tribunal quanto à relação entre a decisão de aprovação e a comunicação de acusações e, num segundo momento, analiso as referências concretas

do Tribunal a determinadas rubricas da comunicação de acusações.

a) Quanto ao entendimento geral do Tribunal de Primeira Instância sobre a relação entre a decisão de aprovação e a comunicação de acusações

147. Em geral, as recorrentes contestam, com o apoio da Comissão, as declarações do Tribunal sobre a relação entre a decisão de aprovação e a comunicação de acusações. Em seu entender, o Tribunal interpretou erradamente o carácter e a função de uma comunicação de acusações, o que influenciou o resto do acórdão.

— O acórdão impugnado

148. Por ocasião da sua apreciação da insuficiência de fundamentação, o Tribunal recorda, no quadro de uma observação preliminar, que a Comissão, na comunicação de acusações, «[concluiu] de forma categórica que a concentração era incompatível com o mercado comum com fundamento, nomeadamente, de que existia uma posição dominante colectiva previamente à concentração projectada e que o mercado da música gravada era muito transparente e particularmente propício à coordenação»¹¹³.

113 — N.º 282 do acórdão impugnado.

149. A aprovação final da concentração é designada pelo Tribunal como uma «inversão fundamental da posição da Comissão» que «pode, é certo, parecer surpreendente, em particular tendo em conta a fase tardia em que se deu»¹¹⁴; além disso, refere-se a exigência do cumprimento de prazos imperativos no procedimento de controlo das concentrações, o que, no entender do Tribunal, não permite à Comissão «prolongar a sua investigação, reduzindo assim a probabilidade de uma alteração fundamental de posição à medida que o procedimento administrativo avança»¹¹⁵.

— Apreciação

150. Tal como no procedimento no domínio *anti-trust*, no procedimento de controlo das concentrações é fundamental o respeito dos direitos da defesa antes da adopção de qualquer decisão susceptível de causar prejuízo às empresas em causa¹¹⁶.

151. Entre os direitos da defesa conta-se, em especial, o princípio da audição dos interessados, que constitui um princípio funda-

114 — N.ºs 282 e 283 do acórdão impugnado.

115 — N.º 285 do acórdão impugnado.

116 — Acórdão de 4 de Março de 1999, *Assicurazioni Generali e Unicredito/Comissão* (T-87/96, Colect., p. II-203, n.º 88).

mental do direito comunitário¹¹⁷ e que agora se encontra consagrado igualmente no artigo 41.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais. No que respeita aos procedimentos de controlo das concentrações, este princípio está estabelecido a nível legislativo no artigo 18.º, n.º 3, segunda frase, do RCC.

152. O facto de a chamada comunicação de acusações às empresas em questão ser efectuada por escrito, quer no procedimento *anti-trust* quer no procedimento de controlo das concentrações, é uma consequência do direito de audição¹¹⁸. Por meio desta comunicação de acusações, é-lhes possível tomar conhecimento dos meios de prova de que a Comissão dispõe e exercer com eficácia os seus direitos de defesa¹¹⁹. Têm oportunidade de tomar posição sobre as acusações, por escrito, e, por meio de requerimento fundamentado, oralmente¹²⁰. O artigo 18.º, n.º 3, primeira frase, do RCC esclarece ainda que a Comissão apenas pode fundamentar as suas decisões em objecções relativamente às quais os interessados tenham podido fazer valer as suas observações.

153. Resulta da sua função no procedimento administrativo que a comunicação de acusações é um acto preparatório cujas considerações factuais e jurídicas são de carácter meramente provisório. Por esta razão, a Comissão

pode e deve mesmo atender a elementos que resultam do procedimento administrativo, para, nomeadamente, retirar as acusações que se revelaram mal fundamentadas¹²¹.

154. A circunstância de a Comissão, no procedimento de controlo das concentrações, ao contrário do que acontece no âmbito de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, estar sujeita a prazos processuais rigorosos, não altera em nada o carácter provisório da comunicação de acusações. Para as empresas em questão, o princípio da celeridade aplicável aos processos de controlo das concentrações conduz naturalmente a prazos especialmente curtos, dentro dos quais as empresas podem exercer os seus direitos de defesa. O respeito integral dos direitos da defesa exige, no entanto, que os argumentos em defesa das partes no procedimento de controlo das concentrações sejam tidos em consideração do mesmo modo que no procedimento *anti-trust*. Por conseguinte, no controlo das concentrações, tal como no procedimento *anti-trust*, tais argumentos podem conduzir a uma alteração da posição da Comissão, até pouco tempo antes do fim do prazo da decisão de aprovação ou de proibição.

155. Neste contexto, o Tribunal fez certamente uma afirmação infeliz ao considerar «surpreendente», no acórdão impugnado, a «inversão fundamental da posição da Comissão» na primeira decisão de aprovação,

117 — Jurisprudência constante desde os acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217, n.º 9 e 11), e de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 10).

118 — Nos termos do artigo 13.º, n.º 2, do Regulamento n.º 447/98, Comissão comunica por escrito às partes notificantes e aos outros interessados directos as suas objecções e fixa um prazo para apresentarem por escrito as suas observações.

119 — Acórdão de 10 de Maio de 2007, SGL Carbon/Comissão, já referido na nota 27, n.º 55.

120 — V. artigos 13.º, n.º 2, e 14.º do Regulamento n.º 447/98.

121 — Acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 67); no mesmo sentido, os acórdãos Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido na nota 117, n.º 14, e de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão (142/84 e 156/84, Colect., p. 4487, n.º 70).

«tendo em conta a fase tardia em que se deu»¹²², e ao referir que «a probabilidade de uma alteração fundamental de posição» da Comissão se vai «reduzindo» «à medida que o procedimento administrativo avança»¹²³.

156. Se a Comissão alterar a sua apreciação de uma concentração que lhe tenha sido notificada, na sequência de um argumento em defesa das partes relativo às acusações, essa nova orientação não é de modo nenhum «tardia», surgindo num momento habitual num procedimento de controlo das concentrações. Essa ocorrência não é «surpreendente» nem «improvável»¹²⁴, mas sim uma manifestação de respeito pelos direitos da defesa, e demonstra que a audição das partes e dos interessados não é uma farsa.

157. Ao contrário das recorrentes e da Comissão, no entanto, não sou de opinião que o acórdão impugnado contenha um erro de direito devido àquelas formulações algo infelizes do Tribunal, em que é manifesto um entendimento juridicamente incorrecto do carácter e da função de uma comunicação de acusações.

158. No mesmo contexto das suas afirmações sobre o carácter «surpreendente» e «tardio» da «inversão de opinião da Comissão», o Tribunal salienta expressamente o carácter preparatório da comunicação de acusações, igualmente no controlo das concentrações; o Tribunal reconhece ainda que a Comissão, em conformidade com a jurisprudência a propósito dos processos de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, não é obrigada a explicar eventuais divergências em relação à comunicação de acusações¹²⁵.

159. Sou, portanto, de opinião de que o Tribunal, nas suas considerações gerais acerca da relação entre a decisão de aprovação e a comunicação de acusações não ignorou o carácter e a função desta comunicação.

160. Mesmo que se admita que foi cometido esse erro de direito, este não justificaria a anulação do acórdão impugnado, porque, como demonstrarei em seguida¹²⁶, ele não conduziu a uma apreciação jurídica errónea da primeira decisão de aprovação e, portanto, desde logo, não teve consequências na parte decisória do acórdão impugnado¹²⁷.

122 — N.º 283 do acórdão impugnado.

123 — N.º 285 do acórdão impugnado.

124 — Na história dos controlos europeus das concentrações, há muitos exemplos de decisões de aprovação, precedidos de uma comunicação de acusações. As recorrentes referem com razão, neste contexto, os seguintes casos, a título de exemplo: COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema/JV, COMP/M.2499 — Norske Skog/Pareco/Walsum, COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, COMP/M.3056 — Celanese/Degussa/European OXO Chemicals e COMP/M.3216 — Oracle/Peoplesoft.

125 — N.ºs 284 e 285 do acórdão impugnado; no mesmo sentido, n.ºs 300, 335, 410 e 446 do acórdão impugnado.

126 — N.ºs 161 a 182 das presentes conclusões.

127 — Segundo jurisprudência constante, quando os fundamentos de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância contenham uma violação do direito comunitário, se a sua parte decisória se mostrar fundada por outras razões jurídicas, deve ser negado provimento ao recurso dele interposto (v., por muitos, acórdão de 21 de Setembro de 2006, JCB Service/Comissão, C-167/04 P, Colect., p. I-8935, n.º 186; de modo semelhante, acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 89).

b) Quanto às referências concretas do Tribunal de Primeira Instância à comunicação de acusações

161. Há que analisar a crítica das recorrentes e da Comissão a uma série de referências concretas do Tribunal à comunicação de acusações, no quadro da sua apreciação da legalidade da primeira decisão de aprovação. É criticada a constatação do Tribunal de que a primeira decisão de aprovação é ilegal, por se apoiar sem razão numa comparação entre a decisão e a comunicação de acusações, em vez de se orientar apenas pela decisão.

162. Este argumento também não é convincente.

163. É certo que no acórdão impugnado há referências de sentido diferente à comunicação de acusações. Em especial, o Tribunal salienta várias vezes que a Comissão, na primeira decisão de aprovação, atenuou¹²⁸ ou alterou¹²⁹ a sua exposição e apreciação de determinados factos, em comparação com a comunicação de acusações.

164. Só à primeira vista é que o Tribunal se baseou, relativamente aos erros de direito que verificou na primeira decisão de

aprovação, nessas simples divergências em relação à comunicação de acusações. Vendo mais de perto, deduz-se nomeadamente que quer a insuficiência de fundamentação verificada pelo Tribunal quer o erro manifesto de apreciação que verificou decorrem da própria decisão de aprovação.

165. No que respeita à *insuficiência de fundamentação*, as declarações do Tribunal quanto à rubrica especial da primeira decisão de aprovação que trata da transparência do mercado¹³⁰ não fazem referência alguma à comunicação de acusações¹³¹. Nas outras declarações do Tribunal quanto à insuficiência de fundamentação¹³², as referências à comunicação de acusações são raras; encontram-se apenas nos n.ºs 300, 302 e 308 do acórdão impugnado e nenhuma delas é determinante para a conclusão do Tribunal de que a primeira decisão de aprovação foi insuficientemente fundamentada no que se refere à alegada falta de transparência no mercado:

- No n.º 308 do acórdão impugnado, que é dedicado ao desenvolvimento dos preços líquidos e brutos para os comerciantes, o Tribunal baseia-se no conteúdo da primeira decisão de aprovação. Não faz comparações entre esta decisão e a comunicação de acusações e, por conseguinte, não verifica nenhuma divergência entre elas. O Tribunal parece querer

128 — V., por exemplo, n.ºs 300, 302 e 338 do acórdão impugnado.

129 — V., por exemplo, n.ºs 378, 379, 398 e 447 do acórdão impugnado.

130 — Considerandos 111 a 113 da primeira decisão de aprovação.

131 — N.ºs 289 a 294 do acórdão impugnado.

132 — N.ºs 295 a 324 do acórdão impugnado.

antes deduzir de ambos os documentos, tendencialmente, a mesma afirmação; a comunicação de acusações serve ao Tribunal, igualmente nessa medida, apenas para a ilustração adicional dos conhecimentos que retirou da decisão.

- No n.º 302 do acórdão impugnado, a referência à comunicação de acusações também é de carácter meramente exemplificativo, dado que, na opinião do Tribunal, da apreciação atenuada dos preços de catálogo na primeira decisão de aprovação resulta «um elemento suplementar que favorece a transparência do mercado».
- É o próprio Tribunal que esclarece expressamente, logo no número seguinte, que a referência à comunicação de acusações no n.º 300 do acórdão impugnado não foi decisiva para a argumentação do Tribunal: «De qualquer modo, *mesmo considerando apenas as observações retomadas na decisão*, a Comissão concluiu que os preços de catálogo eram praticamente alinhados»¹³³.

166. Para a conclusão de insuficiência de fundamentação pelo Tribunal, que por si só já tinha conduzido à anulação da primeira decisão de aprovação¹³⁴, foram, por conseguinte, irrelevantes as eventuais divergências entre essa decisão e a comunicação de acusa-

ções. Contrariando a tese das recorrentes e da Comissão, a comunicação de acusações não serviu aqui de critério ao Tribunal para a apreciação da primeira decisão de aprovação.

167. Mas, no que se refere aos *erros manifestos de apreciação* declarados pelo Tribunal, as referências feitas no acórdão impugnado à comunicação de acusações são mais numerosas: encontram-se nos n.ºs 335, 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 528, 532 e 538 do acórdão impugnado¹³⁵.

168. Sem levantar problemas, os n.ºs 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 e 538 do acórdão impugnado contêm referências à comunicação de acusações, apenas a título exemplificativo e complementar relativamente ao que o Tribunal já deduziu diretamente da primeira decisão de aprovação. O carácter puramente complementar destas referências à comunicação de acusações, nos números referidos do acórdão, é evidenciado pelo emprego das expressões como «de resto», «aliás», «além disso», «é tanto mais assim», ou «isto é válido por maioria de razão», «ver também» [...]. Em lado nenhum é criticada qualquer tipo de contradição entre a decisão de aprovação e a comunicação de acusações. A comunicação de acusações *não*

133 — N.º 301 do acórdão impugnado (sublinhado nosso).

134 — N.º 325 do acórdão impugnado.

135 — O n.º 491 do acórdão impugnado, criticado ainda pelas recorrentes e pela Comissão, contém incontestavelmente também uma referência à comunicação de acusações. Nessa referência não se pode fundamentar, *a priori*, um erro de direito do Tribunal, porque aí apenas é resumida a alegação da Impala. Por isso, este número do acórdão impugnado não é analisado mais profundamente em seguida.

foi critério da apreciação jurisdicional da decisão de aprovação.

169. O mesmo é válido para os n.ºs 378 e 379 do acórdão impugnado. Lendo-os em conjugação com o n.º 377 do acórdão impugnado, são também meramente exemplificativos e complementares das deduções anteriores que o Tribunal — no que se refere à transparência dos descontos — fez única e exclusivamente da decisão de aprovação e que resumiu do seguinte modo: «Assim, há que concluir que os elementos de prova, tal como são mencionados na decisão, não permitem alicerçar as conclusões que deles são extraídas»¹³⁶.

170. Pelo contrário, parecem mais problemáticas as referências à comunicação de acusações nos n.ºs 335, 398, 408 a 410, 419, 424, 446, 447, 451 e 528 do acórdão impugnado. À primeira vista, parece, com efeito, que o Tribunal quer acusar a Comissão de, na sua primeira decisão de aprovação, se ter afastado da comunicação de acusações, sem explicações suficientes¹³⁷.

171. Segundo jurisprudência invocada igualmente pelas recorrentes e pela Comissão no presente processo, na sua decisão, a Comissão *não é obrigada* a explicar eventuais divergências relativamente à sua comuni-

cação de acusações, que constitui um documento preparatório cujas apreciações são de carácter puramente provisório¹³⁸. Uma decisão da Comissão num processo de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE (*anti-trust*) ou num procedimento de controlo das concentrações, por conseguinte, não pode ser anulada apenas com base em erro de direito, por se afastar, sem mais explicações, no seu conteúdo, da comunicação de acusações.

172. Isto não exclui, no entanto, que uma decisão que se afaste da comunicação de acusações *por outros motivos*, constantes dessa mesma decisão, contenha erros de direito e, portanto, seja anulada por meio de recurso.

173. Neste contexto, há que recordar, em especial, que o controlo das concentrações exige da Comissão uma apreciação de contextos económicos complexos. Nesse quadro, como já se referiu, a Comissão tem uma margem de apreciação considerável¹³⁹, embora sujeita à fiscalização do juiz comunitário. A este compete verificar não só a exactidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são

136 — N.º 377 do acórdão impugnado.

137 — Em seguida, darei especial atenção ao n.º 335 do acórdão impugnado, porque foi criticado com especial ênfase pelas recorrentes. No entanto, as minhas afirmações são válidas, do mesmo modo, para os outros pontos em questão do acórdão impugnado (que estão aqui em causa).

138 — Acórdão BAT e Reynolds/Comissão, já referido na nota 121, n.º 70.

139 — V., a esse respeito, a jurisprudência referida na nota 96.

susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram¹⁴⁰.

fundamentar as conclusões que deles se retiraram (*sustentabilidade dos elementos de prova*)¹⁴¹.

174. Por conseguinte, embora a Comissão não necessite de explicar, na sua decisão sobre a compatibilidade de uma concentração com o mercado comum, por que motivo se afastou do conteúdo da sua comunicação de acusações, é necessário que, na sua decisão, sejam esclarecidos os três pontos seguintes:

175. Os indícios de que a Comissão teve em consideração todos os dados relevantes num caso concreto podem deduzir-se de diversas circunstâncias do caso, em especial dos documentos que integram os autos no procedimento administrativo. Entre esses documentos, conta-se igualmente a comunicação de acusações. Desta comunicação retira-se um resumo de todos os factos e elementos de prova que a Comissão considerou decisivos naquela fase do processo.

— em primeiro lugar, que os factos que estão na origem da decisão eram objectivamente correctos, em especial, que se baseavam numa administração da prova fiável e coerente (*exactidão da matéria de facto*),

176. Neste sentido, no acórdão impugnado, o Tribunal partiu do princípio, sem cometer um erro de direito, que a comunicação de acusações, apesar da sua natureza provisória, não deixa de ter «valor ou pertinência»¹⁴².

— em segundo lugar, que não havia dados relevantes que não tenham sido tidos em consideração na decisão e que o devessem ter sido (*integralidade dos elementos de prova*), e

177. É certo que, no decurso do processo, se pode concluir, em especial com base nos argumentos em defesa das empresas parti-

— em terceiro lugar, que os factos que estão na origem da decisão são susceptíveis de

141 — V., quanto a estes três pontos, novamente, os acórdãos Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 39, e Espanha/Lenzing, já referido na nota 97, n.º 57; em especial, no que se refere à integralidade dos elementos de prova, v., igualmente, acórdãos Technische Universität München, já referido na nota 97, n.º 14, Espanha/Lenzing, já referido na nota 97, n.º 58, bem como Komninou e o./Comissão, já referido na nota 27, n.º 51, em que é salientada a obrigação de o órgão competente investigar cuidadosa e imparcialmente todos os aspectos do caso concreto.

140 — Acórdãos Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 39, e Espanha/Lenzing, já referido na nota 97, n.º 57.

142 — N.º 335, penúltima frase, do acórdão impugnado; v., igualmente, n.ºs 410, 419 e 446 do mesmo acórdão.

cipantes, que os factos que estão na origem da comunicação de acusações são incompletos ou inexactos, ou que não podiam fundamentar as conclusões que deles foram retiradas. O Tribunal reconhece isso mesmo, com razão, quando afirma no acórdão impugnado que a Comissão «tem obrigação de ter em conta os elementos recolhidos durante o procedimento administrativo, assim como os argumentos aduzidos pelas empresas em questão, para abandonar as acusações que, definitivamente, se revelaram infundadas»¹⁴³.

178. Com efeito, o tribunal comunitário pode e deve certificar-se da questão de saber se a Comissão, no decurso do processo, veio a considerar determinados factos que averiguou e nos quais se baseou na sua comunicação de acusações, como inexactos ou não fiáveis e os abandonou com razão. Do mesmo modo, o tribunal comunitário pode e deve apreciar a questão de saber se eventuais factos novos nos quais a Comissão passou a basear-se são objectivamente correctos, se a matéria de facto assim reunida está completa e se esta pode sustentar as conclusões deduzidas pela Comissão.

179. A exactidão, integralidade e sustentabilidade da matéria de facto que está na origem de uma decisão deve ser susceptível de fiscalização jurisdicional¹⁴⁴. Sem essa apreciação da base factual da decisão, não se pode determinar razoavelmente se a Comissão

se manteve dentro dos limites do poder de apreciação que lhe é conferido ou se cometeu um erro manifesto de apreciação.

180. Por conseguinte, foi com razão que o Tribunal procedeu a essa apreciação e declarou que a Comissão deve explicar «pelo menos no âmbito do processo perante o Tribunal, as razões pelas quais considera que as suas apreciações provisórias estavam erradas», mas sobretudo «as apreciações contidas na decisão devem ser compatíveis com as conclusões de facto constantes na comunicação de acusações na medida em que não esteja provado que estas eram inexactas»¹⁴⁵.

181. Ao contrário do que entendem as recorrentes e a Comissão, a autoridade de controlo das concentrações não fica, desse modo, sujeita a um duplo ónus perante o Tribunal. Não se lhe exige que defenda a sua decisão e, além disso, que enfraqueça a comunicação de acusações que eventualmente se afaste da decisão. Deve apenas, com base na exposição substanciada de um demandante, demonstrar que a base factual *da sua decisão* estava correcta e completa e que dela se podiam retirar as conclusões contidas na decisão. Quaisquer esclarecimentos sobre a questão de saber por que é que determinados elementos da matéria de facto foram completados, abandonados ou objecto de nova apreciação no decurso do procedimento administrativo, são inseparáveis da questão da exactidão, integralidade e

143 — N.º 335, segunda frase, do acórdão impugnado.

144 — V., a este respeito, novamente, acórdãos Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 39, e Espanha/Lenzing, já referido na nota 97, n.º 56. No mesmo sentido, v. os acórdãos Technische Universität München, já referido na nota 97, n.º 14, bem como Komminou e o./Comissão, já referido na nota 27, n.º 51.

145 — N.º 335, última frase, do acórdão impugnado; no mesmo sentido, n.ºs 410, 419 e 446 do mesmo acórdão.

sustentabilidade da matéria de facto que está na origem da decisão.

3. Quanto ao valor probatório dos factos alegados em resposta à comunicação de acusações (segundo fundamento; primeira parte do terceiro fundamento)

182. Em resumo, o Tribunal indicou a comunicação de acusações, de modo aceitável, como ponto de referência, quando se tratou de analisar se a primeira decisão de aprovação foi adoptada com base numa matéria de facto correcta e completa, que podia sustentar as conclusões deduzidas pela Comissão. No entanto, o Tribunal *anulou* a primeira decisão de aprovação, não devido a eventuais desvios da comunicação de acusações mas por insuficiência de fundamentação e por erro manifesto de apreciação. O Tribunal admitiu o erro de apreciação porque a matéria de facto que serviu de base à decisão estava incompleta e não podia sustentar as conclusões da Comissão sobre a falta de transparência do mercado¹⁴⁶.

184. O segundo fundamento está estreitamente ligado à primeira parte do terceiro fundamento; por isso, proponho que sejam analisados em conjunto. Em substância, as recorrentes acusam o Tribunal de ter feito exigências excessivas a respeito do valor probatório das afirmações das recorrentes em resposta à comunicação de acusações. O Tribunal terá partido do princípio, sem razão, de que a Comissão tem a obrigação de efectuar novas análises de mercado, após a comunicação de acusações.

a) O acórdão impugnado

c) Conclusão provisória

183. Em resumo, há que concluir que o primeiro fundamento e a segunda parte do sexto fundamento são improcedentes.

185. No quadro da sua análise da existência de erros manifestos de apreciação da primeira decisão de aprovação no que respeita à transparência do mercado, o Tribunal afirma, entre outros, que «as partes na concentração não podem aguardar o último minuto para apresentar à Comissão elementos de prova com vista a refutar as acusações suscitadas em tempo útil pela Comissão, na medida em que esta já não tem possibilidade de proceder às verificações necessárias. Importa pelo menos, nesta hipótese, que estes elementos de prova se mostrem particularmente fiáveis, objectivos, pertinentes e convincentes para

146 — N.ºs 459 e 475 do acórdão impugnado.

poder refutar validamente as acusações b) Apreciação
suscitadas pela Comissão»¹⁴⁷.

186. O Tribunal é de opinião, além disso, que a Comissão «não pode, em contrapartida, chegar ao ponto de delegar, sem qualquer controlo, a responsabilidade da condução de certos aspectos da investigação nas partes na concentração, sobretudo quando, como no caso em apreço, estes aspectos constituem o elemento crucial no qual a decisão é baseada e os dados e apreciações submetidos pelas partes na concentração são diametralmente opostos à informações recolhidas pela Comissão durante a investigação assim como às conclusões que ela daí extraíra»¹⁴⁸.

187. Em diversos pontos do acórdão impugnado, o Tribunal acusa ainda a Comissão de, na sequência da resposta das partes na concentração à comunicação de acusações, não ter efectuado novas investigações de mercado para avaliar a solidez da nova orientação da sua apreciação do projecto de concentração¹⁴⁹.

147 — N.º 414 do acórdão impugnado.

148 — N.º 415 do acórdão impugnado; de modo semelhante, n.º 452 do mesmo acórdão.

149 — V. n.ºs 398, 428 e 451 do acórdão impugnado.

188. Tal como se referiu no quadro do primeiro fundamento, no procedimento de controlo das concentrações, o respeito dos direitos da defesa antes da tomada de qualquer decisão que possa afectar as empresas em questão é obrigatório¹⁵⁰ (v., igualmente, artigo 18.º, n.º 3, segunda frase, do RCC).

189. Por consequência, as empresas em questão não podem ser criticadas por não apresentarem determinados argumentos, factos ou meios de prova eventualmente decisivos, logo aquando da notificação da concentração ou durante a investigação do mercado pela Comissão, mas apenas por os apresentarem no quadro da sua defesa contra a comunicação de acusações¹⁵¹. Só desta comunicação de acusações é que as partes na concentração podem deduzir em pormenor quais as objecções da Comissão ao seu projecto de concentração e em que argu-

150 — V., *supra*, em especial, n.ºs 150 a 152 das presentes conclusões.

151 — Isso não invalida, evidentemente, a obrigação de as empresas interessadas enviarem uma notificação exacta e completa (v., a esse respeito, artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 447/98). Além disso, as partes na concentração devem responder a quaisquer pedidos de informações da Comissão, de modo completo, exacto e dentro dos prazos (artigo 11.º, n.º 1, em conjugação com os n.ºs 4 e 5, do RCC).

mentos e meios de prova esta se apoia para esse efeito¹⁵².

190. A simples circunstância de as partes na concentração apresentarem determinados argumentos, factos ou meios de prova apenas em resposta à comunicação de acusações não justifica de modo nenhum a conclusão de que teriam retido essas informações «até ao último minuto»¹⁵³. Dos direitos de defesa das empresas em questão decorre sobretudo o seu direito de, no quadro da sua deposição por escrito e oral, isto é, após a recepção da comunicação de acusações, alegarem tudo o que considerem adequado a fim de enfraquecer as acusações e levar a Comissão a aprovar a sua concentração. Essa alegação não é tardia, sendo efectuada no momento previsto para o efeito no procedimento de controlo das concentrações.

191. Do mesmo modo, não se pode exigir mais das alegações das empresas em questão, em resposta à comunicação de acusações,

152 — Antes da comunicação de acusações, as partes na concentração são informadas sobre o desenvolvimento do processo [realizam-se conversações, e os notificantes tomam conhecimento, com a introdução do processo formal de exame, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do RCC, dos domínios nos quais a Comissão tem sérias dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado comum]; estas informações, no entanto, são muito menos pormenorizadas do que uma comunicação de acusações e podem alterar-se ainda consoante o desenvolvimento da análise do mercado.

153 — Naturalmente que se se demonstrar que as empresas em questão, no quadro da notificação da sua concentração ou da resposta a pedidos de informação da Comissão, forneceram dados incorrectos ou incompletos, isso constituiria, por um lado, uma violação do seu dever de cooperação com a Comissão no procedimento de controlo das concentrações, e poderia acarretar, por outro lado, as consequências previstas no artigo 8.º, n.º 5, alínea a), e no artigo 14.º, n.º 1, alíneas b) e c), do RCC (revogação da decisão de aprovação e aplicação de coimas).

relativamente ao seu valor probatório e ao seu grau de persuasão, do que das alegações de concorrentes, clientes ou outros terceiros que sejam inquiridos pela Comissão no decurso do procedimento de controlo das concentrações. É certo que a Comissão é obrigada a examinar a exactidão, a integralidade e a capacidade de persuasão das alegações dos participantes na concentração e, em caso de sérias dúvidas, pode não as ter em consideração, mas tem de aplicar os mesmos critérios que na análise das alegações de terceiros.

192. Os direitos de defesa das empresas em questão seriam desvalorizados se estas já não pudessem apresentar alegações de defesa quanto às acusações da Comissão, ou se aos seus argumentos de defesa fosse atribuído desde o início um valor probatório ou uma força persuasiva menores do que às indicações de terceiros no quadro de uma análise de mercado.

193. Além disso, não se trata de modo algum de uma «delegação» das investigações nas empresas em questão, quando a Comissão na sua decisão se refere a argumentos da defesa como pretexto para repensar os resultados das suas investigações e as suas conclusões provisórias da comunicação de acusações, bem como, se for caso disso, para se afastar dos mesmos.

194. Por fim, a Comissão não pode ser obrigada, em cada caso, após a comunicação de acusações e a audiência das empresas em questão, a apresentar mais análises de

mercado. A urgência decorrente dos prazos processuais, que são relativamente apertados, impossibilita a Comissão de enviar aos diversos operadores do mercado, ainda pouco antes da transmissão do seu anteprojecto de decisão ao comité consultivo em matéria de concentração de empresas¹⁵⁴, extensos pedidos de informação sobre questões económicas complexas. No curto espaço de tempo que resta, não é realista esperar resultados de investigações que raramente são úteis. Além disso, as empresas em questão deveriam ser ouvidas sobre os resultados das investigações, no caso de estes servirem de fundamento a uma decisão de proibição. As recorrentes observaram, com razão, que a consequência jurídica de uma situação da prova não esclarecida *após* a audição das empresas em questão não pode ser a introdução de novas investigações do mercado, mas sim a aceitação de uma decisão com base nas informações presentes; nesse sentido, v. artigo 10.º, n.º 6, do RCC, que prevê uma aprovação fictícia para o caso de a Comissão não tomar nenhuma decisão dentro dos prazos que lhe são fixados.

195. Neste contexto, sou de opinião que o Tribunal não apreciou correctamente a situação jurídica, ao declarar que as partes na concentração «não podem aguardar o último minuto para apresentar à Comissão elementos de prova com vista a refutar as acusações suscitadas em tempo útil pela Comissão» e que tais elementos de prova devem ser «*particularmente* fiáveis, objectivos, pertinentes e convincentes», para poderem refutar validamente as acusações suscitadas pela Comissão. O Tribunal também referiu, sem razão, a falta de outras investigações de mercado após a

comunicação de acusações e equiparou o aproveitamento de um argumento da defesa das recorrentes pela Comissão a uma delegação inadmissível da investigação às partes da concentração¹⁵⁵.

196. Deste modo, o segundo fundamento e a primeira parte do terceiro fundamento são objectivamente procedentes.

197. No entanto, daí não resulta que o acórdão impugnado deva ser anulado¹⁵⁶. O Tribunal apenas objecta que a Comissão, na sua apreciação da transparência do mercado, se apoiou nos argumentos da defesa da Bertelsmann e da Sony e não teve em conta novas análises de mercado. O Tribunal aprecia sobretudo, também do ponto de vista do conteúdo, as considerações da Comissão relativas à transparência do mercado com vista a apurar erros manifestos de apreciação.

198. Neste contexto, há que salientar que o Tribunal verificou um erro manifesto de apreciação não só nas passagens controvertidas do acórdão impugnado mas, já antes, no n.º 377: «Assim, há que concluir que os elementos de prova, tal como são mencionados na decisão, não permitem alicerçar as conclusões que deles são extraídas». Esta

155 — V., a este respeito, em especial, novamente, os n.ºs 414 e 415 do acórdão impugnado (sublinhado nosso).

156 — V., a este respeito, novamente, a jurisprudência referida na nota 127.

154 — Artigo 19.º, n.ºs 3 a 7, do RCC.

verificação não se situa ainda no contexto dos argumentos controvertidos da defesa das partes na concentração, relativos aos descontos promocionais e à sua tomada em consideração pela Comissão.

4. Quanto às exigências de prova para a aprovação das concentrações (segunda parte do terceiro fundamento)

199. Nos n.ºs 384 a 387 do acórdão impugnado, o Tribunal verifica também um erro manifesto de apreciação da Comissão, que não se baseia na tomada em consideração do argumento de defesa das partes na concentração, relativo aos descontos promocionais, mas sim na apreciação errónea, quanto ao conteúdo, dos resultados da análise do mercado, em especial das respostas de retalhistas, pela Comissão.

201. Com a segunda parte do terceiro fundamento, as recorrentes sustentam que o Tribunal fez exigências de prova erradas ou excessivas a respeito da aprovação de operações de concentrações pela Comissão¹⁵⁸.

200. Cada um destes dois erros manifestos de apreciação implica, por si só, a anulação da primeira decisão de aprovação pelo Tribunal. Independentemente disso, como já referimos, a insuficiência de fundamentação da primeira decisão de aprovação, verificada com razão pelo Tribunal, justificava a anulação dessa primeira decisão¹⁵⁷.

202. As recorrentes justificam a sua crítica ao acórdão impugnado, do seguinte modo: em geral, o Tribunal não teve em conta que a Comissão não está sujeita às mesmas exigências de prova no caso de decisões de aprovação e no caso de decisões de proibição; afirmam que existe uma assimetria das exigências de prova e uma presunção geral de compatibilidade das concentrações com o mercado comum. Em concreto, no caso vertente, o Tribunal exigiu sem razão que a Comissão fizesse a prova positiva da *falta de transparência do mercado*; na opinião das recorrentes, o Tribunal apenas deveria ter examinado se a Comissão, no momento da primeira decisão de aprovação, dispunha de provas bastantes da *existência de transparência do mercado*.

157 — V., *supra*, n.ºs 93 a 144 das presentes conclusões.

158 — A exposição seguinte também é válida para a parte do sexto fundamento constante dos n.ºs 98 a 100 e 102 da petição.

a) Quanto à alegada assimetria das exigências de prova relativas às decisões de aprovação e de proibição no regulamento de controlo das concentrações

203. Antes de mais, analiso o argumento das recorrentes segundo o qual as exigências de prova no regulamento de controlo das concentrações são assimétricas e existe uma presunção geral de compatibilidade das concentrações com o mercado comum.

— As decisões de controlo das concentrações são decisões de análise prospectiva

204. A título introdutório, há que salientar que as decisões de controlo das concentrações da Comissão se distinguem das decisões nos procedimentos ao abrigo do artigo 81.º CE e nos procedimentos relativos à punição de abusos de posição dominante nos termos do artigo 82.º CE, num ponto essencial: no controlo das concentrações, não se exige da Comissão uma apreciação do comportamento das empresas — supostamente ilícito — no passado e, se for caso disso, que o puna, mas sobretudo que faça uma *análise prospectiva* sobre o desenvolvimento futuro do mercado. A Comissão deve apreciar se uma concentração é adequada para criar ou reforçar uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste (artigo 2.º, n.ºs 2 e 3, bem como artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, do RCC).

205. A decisão de a Comissão aprovar ou proibir uma determinada operação de concentração apoia-se, portanto, necessariamente, num juízo de probabilidade efectuado *ex ante*. No acórdão Comissão/Tetra Laval, o Tribunal de Justiça reconhece isso mesmo quando declara que, no âmbito do controlo das concentrações, se trata de «acontecimentos que se produzirão no futuro, segundo uma probabilidade mais ou menos forte»¹⁵⁹.

206. Na apreciação jurisdicional desse juízo de probabilidades está sobretudo em causa a plausibilidade da análise prospectiva da Comissão, e não tanto a susceptibilidade de se fazer prova dessa análise prospectiva, segundo a qual uma concentração pode ter efeitos positivos ou negativos na concorrência. A Comissão só tem de apresentar provas dos factos nos quais baseou a sua análise prospectiva, eventualmente para os elementos da estrutura do mercado que investigou (no caso presente, por exemplo, os diversos factores que indicam que há ou não transparência no mercado). Nesse sentido, o Tribunal de Justiça declara, no acórdão Comissão/Tetra Laval, que «[os] elementos de prova [devem] corroborar as apreciações da Comissão segundo as quais [...] o cenário de evolução económica em que essa instituição se baseia seria *plausível*»¹⁶⁰.

207. O critério segundo o qual uma análise prospectiva da Comissão sobre o desenvolvimento esperado do mercado deve ser consi-

159 — Acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 42; v., igualmente, acórdão General Electric/Comissão, já referido na nota 96, n.º 64.

160 — Acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 44 (sublinhado nosso).

derado *plausível* ou *não plausível* deve ser definido tendo em conta as especificidades do processo de controlo das concentrações. A Comissão, nas suas decisões de controlo das concentrações nos termos do artigo 8.º do regulamento, não aplica sanções, não interferindo tão-pouco na livre circulação física ou na integridade física das pessoas singulares. A Comissão simplesmente concede ou recusa autorizações de carácter administrativo para uma actividade económica, designadamente a concentração de empresas. Acresce que isso ocorre num processo que se caracteriza por um imperativo de celeridade que é sobretudo concretizado por um regime de prazos comparativamente preciso e rígido¹⁶¹.

208. Perante estas características do procedimento de controlo das concentrações, parece-me conveniente que a Comissão parta de um desenvolvimento do mercado que considera provável após uma análise aprofundada de uma concentração ao longo de vários meses (em inglês: «balance of probabilities»). A este propósito, o Tribunal declarou recentemente no acórdão *General Electric/Comissão*: «A análise prospectiva [...] exige que se imaginem os diversos encaidamentos de causa e efeito, *a fim de ter em conta aqueles cuja probabilidade é maior*»¹⁶².

209. Por conseguinte, se a criação ou o reforço de uma posição dominante for mais provável que a sua supressão, há que proibir

a concentração; pelo contrário, se a criação ou o reforço de tal posição forem menos prováveis que a sua supressão, há que autorizar a concentração. Compete ao tribunal comunitário determinar se a análise prospectiva da Comissão tem erros manifestos de apreciação, ou seja, se a Comissão a efectuou baseando-se em factos exactos e completos que a possam alicerçar¹⁶³.

210. Considero inadequado elevar demasiado os critérios de apreciação no controlo das concentrações e exigir que o desenvolvimento do mercado perspectivado pela Comissão tenha de ser «muito provável» ou «especialmente provável», para se poder sustentar em tribunal¹⁶⁴. Por um lado, esse grau de probabilidade mais elevado enfraqueceria significativamente a Comissão na função que exerce na política concorrencial. A Comissão teria de autorizar as concentrações, mesmo sabendo que estas conduziriam à criação ou ao reforço de uma posição dominante e, portanto, constituiriam entraves à concorrência. A Comissão só poderia intervir nos casos em que fosse «muito provável» ou «especialmente provável» que a concentração produzisse entraves à concorrência. Por outro lado, esse grau de probabilidade mais elevado não se coadunaria facilmente com o poder de apreciação de que a Comissão

161 — V. n.º 12 das presentes conclusões.

162 — Acórdão *General Electric/Comissão*, já referido na nota 96, n.º 64, última frase (sublinhado nosso).

163 — Acórdãos *Comissão/Tetra Laval*, já referido na nota 96, n.º 39, *Espanha/Lenzing*, já referido na nota 97, n.º 57), e *General Electric/Comissão*, já referido na nota 96, n.º 63; v., ainda, os n.ºs 173 e 174 das presentes conclusões.

164 — De modo diferente, o advogado-geral A. Tizzano, nas suas conclusões de 25 de Maio de 2004 no processo *Comissão/Tetra Laval* (C-12/03 P, já referido na nota 96, n.º 74), exige para uma proibição que a concentração notificada conduza *muito provavelmente* à criação ou ao reforço de uma posição dominante.

goza na apreciação de quadros económicos complexos¹⁶⁵, aos quais pertence a sua análise prospectiva sobre o desenvolvimento futuro do mercado na sequência de uma concentração de empresas.

211. E sobretudo não pode ser decisivo saber se a Comissão, ao fim de uma análise aprofundada ao longo de vários meses de uma concentração, está em posição de reconhecer ou excluir a criação ou o reforço de uma posição dominante *sem margem para dúvidas razoáveis*¹⁶⁶. Este critério especialmente elevado é conhecido sobretudo nos processos penais ou semelhantes. No procedimento de controlo das concentrações, apenas é aplicável na fase de análise prévia («Fase I»), para compensar o facto de, nessa fase processual, a concentração ser objecto de uma simples análise sumária. As «sérias dúvidas» quanto à sua compatibilidade com o mercado comum impedem então apenas que a concentração seja *precipitadamente autorizada* e obrigam a Comissão a efectuar em seguida uma análise aprofundada num processo formal de análise («Fase II»),

artigo 6.º, n.º 1, alíneas b) e c), do RCC)¹⁶⁷. Após essa análise aprofundada, a concentração deve ser aprovada, apesar de subsistirem dúvidas, desde que a criação ou o reforço de uma posição dominante segundo a análise prospectiva da Comissão sejam menos prováveis que a sua exclusão. Ao contrário, a concentração deve ser proibida, apesar de subsistirem dúvidas, quando a Comissão, após uma análise aprofundada, considere mais provável a criação ou o reforço de uma posição dominante do que a sua exclusão.

— Simetria das exigências relativas às aprovações e às proibições

212. Não vejo diferença entre as exigências legais das decisões de aprovação, por um lado, e as decisões de proibição, por outro. Ao contrário da opinião das recorrentes, não há diferença relativamente ao grau de plausibilidade da análise prospectiva a efectuar pela Comissão, nem quanto à solidez da matéria de facto em que aquela análise se apoia.

213. Quer o artigo 2.º do RCC, que apresenta o programa de avaliação do controlo de um

165 — V., a este respeito, n.ºs 126 e 173 do acórdão impugnado.

166 — De modo semelhante, o advogado-geral A. Tizzano, nas suas conclusões de 25 de Maio de 2004 no processo Comissão/Tetra Laval (C-12/03 P, já referido na nota 96, n.º 74) afirma: «Assim, não se pode pretender que, para proibir uma operação de concentração, a Comissão declare *de forma absoluta* que a referida operação levaria à criação ou ao reforço de uma posição dominante, que impediria, de forma significativa, a existência de uma concorrência efectiva no mercado comum, ou em parte substancial deste» (sublinhado nosso).

167 — V. um exemplo no domínio do direito do ambiente, no acórdão de 7 de Setembro de 2004, Waddenvereniging e Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, Colect., p. I-7405, n.ºs 44 e 55 a 59).

projecto de concentração pela Comissão, quer o artigo 8.º do regulamento, que enumera os poderes de decisão da Comissão, estão estruturados, nos respectivos n.ºs 2 e 3, de modo perfeitamente simétrico.

214. Enfim, reflecte-se nesta simetria, em cada caso concreto, o facto de a Comissão ter de proceder a uma ponderação justa de bens jurídicos da mesma categoria, que são alvo de protecção consagrada no direito primário¹⁶⁸, designadamente, por um lado, os direitos e os interesses das partes na concentração e, por outro, o interesse público em que a concorrência não seja falseada (artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE)¹⁶⁹. Deste modo, a liberdade de empresa das empresas participantes, bem como os direitos de propriedade dos detentores das respectivas participações (artigos 16.º e 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais) implicam indubitavelmente o direito de realizar concentrações de empresas; no entanto, isso só é válido se não se justificarem determinadas condições, imposições ou até mesmo a proibição da concentração para protecção contra os entraves à concorrência efectiva.

215. O acórdão Comissão/Tetra Laval, invocado pelas recorrentes, não é de sentido contrário a esta simetria das exigências relativas às decisões de aprovação e às decisões de proibição. Com a exigência que aí se estabelece, de «provas sólidas» (em inglês «convincing evidence»)¹⁷⁰, apenas se adverte que a Comissão apoia o seu juízo de probabilidade numa base factual fiável. Isso demonstra-se igualmente noutro ponto do acórdão Comissão/Tetra Laval, em que o Tribunal de Justiça considera a «qualidade» dos elementos de prova apresentados pela Comissão «especialmente importante, devendo esses elementos corroborar as apreciações da Comissão segundo as quais [...] o cenário de evolução económica em que essa instituição se baseia seria plausível»¹⁷¹.

216. A exigência de provas «convincentes» não deve ser mal entendida no sentido de que os critérios que conduzem às decisões de proibição são mais rigorosos que os que levam às decisões de aprovação. Tal como o Tribunal de Justiça esclareceu no acórdão Comissão/Tetra Laval, a exigência de provas «sólidas» «não acrescentou, de modo nenhum, uma condição relativa ao grau de prova exigido, tendo simplesmente recordado a função essencial da prova, que é a *de convencer* da justeza de uma

168 — V., a este respeito, o terceiro e quarto considerando do regulamento de controlo das concentrações, por um lado, bem como o seu quinto considerando, por outro.

169 — V. ainda o primeiro, segundo e quinto considerando do regulamento de controlo das concentrações. A protecção da concorrência efectiva serve os interesses de todos os operadores do mercado, incluindo os dos consumidores (v., a este respeito, acórdãos de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão*, 6/72, *Colect.*, p. 109, n.º 25; de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão*, 322/81, *Recueil*, p. 3461, n.º 125; e de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão*, C-95/04 P, *Colect.*, p. I-2331, n.º 106).

170 — Acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 41; v., além disso, acórdão «Kali & Salz», já referido na nota 16, n.º 228, em que se referem «elementos suficientemente significativos e coerentes» (em inglês «cogent and consistent evidence»). Não me parece que a versão alemã do acórdão Comissão/Tetra Laval, que refere provas «inequívocas» («eindeutigen Beweisen»), traduza correctamente a expressão inglesa «convincing evidence», pelo que emprego aqui e em seguida o adjectivo «überzeugend» («convincente»), correspondente a «convincing».

171 — Acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 44.

tese ou [...] de uma decisão em matéria de concentrações»¹⁷².

217. Das passagens citadas do acórdão Comissão/Tetra Laval e da advertência do Tribunal de Justiça de que a Comissão deve efectuar a sua análise prospectiva «com grande atenção»¹⁷³, não se pode deduzir que as exigências devam ser mais rigorosas para a *proibição* de um projecto de concentração do que para a sua aprovação. Na aprovação de uma concentração, a Comissão não pode de modo nenhum proceder «sem atenção» e apoiar-se em provas menos «sólidas» do que no caso da sua proibição. Caso contrário, não cumpriria a sua função essencial de proteger a concorrência efectiva no mercado interno.

218. Assim, no caso de a criação ou o reforço de uma posição dominante no mercado serem mais prováveis que a sua supressão, há que proibir a concentração; pelo contrário, se a criação ou o reforço de tal posição forem menos prováveis que a sua supressão, há que aprovar a concentração. Estes dois juízos de probabilidade são duas faces da mesma moeda. Ambos devem ser proferidos com atenção e apoiar-se numa base factual que não deve ser apenas correcta e completa — para isso necessitando de provas «sólidas» —, mas também deve ser susceptível de fundamentar as conclusões de dela se retiram¹⁷⁴.

— Inexistência de uma presunção geral de compatibilidade com o mercado comum

219. Da simetria descrita acima e da igualdade de categoria dos bens jurídicos protegidos¹⁷⁵ deduz-se igualmente que o regulamento de controlo das concentrações é alheio a uma *presunção geral* de compatibilidade das concentrações com o mercado comum. A Comissão tem de decidir, em cada caso concreto, expressamente, sobre a compatibilidade ou a incompatibilidade da respectiva concentração com o mercado comum¹⁷⁶ e, antes dessa decisão, é expressamente proibido às empresas participantes realizarem a sua concentração (artigo 7.º, n.ºs 1 e 5, do RCC).

220. Do acórdão EDP/Comissão¹⁷⁷, referido pelas recorrentes, não resulta nada diferente. Nesse acórdão, o Tribunal esclarece, é certo, que a simples dúvida da Comissão não justifica ainda a proibição de uma concentração. No entanto, daí não se pode retirar, *a contrario sensu*, uma presunção geral de compatibilidade das concentrações com o mercado comum. Isso é demonstrado pela leitura do décimo quinto considerando do regulamento de controlo das concentrações, segundo o qual se pode presumir que as operações de concentração em que as empresas detêm uma parte de mercado

172 — Acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 41 (sublinhado nosso).

173 — Acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 42.

174 — Acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 39, e General Electric/Comissão, já referido na nota 96, n.º 63; v. ainda n.ºs 173 e 174 das presentes conclusões.

175 — Estes bens jurídicos são, por um lado, os direitos e os interesses das partes na concentração e, por outro, o interesse público na protecção da concorrência efectiva; v., a esse respeito, novamente, o n.º 214 das presentes conclusões.

176 — Do mesmo modo, acórdão General Electric/Comissão, já referido na nota 96, n.º 61.

177 — Acórdão de 21 de Setembro de 2005, EDP/Comissão (T-87/05, Colect., p. II-3745, n.º 64).

limitada são compatíveis com o mercado comum.

221. Em meu entender, só se pode presumir a compatibilidade de uma concentração com o mercado comum, a título excepcional, nos dois grupos de casos seguintes.

222. O primeiro grupo de casos diz respeito a operações de concentração notificadas, sobre as quais a Comissão não decidiu dentro do prazo, contrariamente à sua obrigação legal. A compatibilidade dessas concentrações com o mercado comum presume-se desde logo nos termos do artigo 10.º, n.º 6, do RCC (v., igualmente, artigo 7.º, n.ºs 1 e 5, do RCC). *Não* se pode deduzir do disposto no artigo 10.º, n.º 6, do RCC, devido ao seu carácter excepcional e à sua inserção sistemática no contexto da regulamentação dos prazos processuais, uma outra presunção *geral* de compatibilidade das concentrações com o mercado comum com um alcance mais amplo do que este¹⁷⁸.

223. O segundo grupo de casos diz respeito a operações de concentração cuja análise pela Comissão resultou numa situação probatória de tal modo obscura que se torna impossível uma análise prospectiva no sentido de saber se a concentração conduzirá ou não à criação ou ao reforço de uma posição dominante. O

advogado-geral A. Tizzano utilizou para estes casos o conceito de «zona cinzenta»¹⁷⁹. Mas, em minha opinião, este conceito não deve ser mal entendido no sentido de que se trataria de um maior número de casos. Quero dizer, pode tratar-se de uns poucos e raros casos-limite, nos quais, após dispendiosas investigações de mercado, não é claro para que lado pende a balança. Apenas tais casos de «non liquet» devem ser declarados compatíveis com o mercado comum e autorizados segundo o princípio *in dubio pro libertate*. Mas da existência deste grupo de casos não pode resultar uma presunção *geral* de maior alcance de compatibilidade das concentrações com o mercado comum.

224. Independentemente do alcance exacto dos últimos dois grupos de casos, verifica-se que o presente caso não pertence a nenhum deles. A Comissão não deixou passar o prazo da decisão sobre a concentração, e a situação da prova após as verificações do Tribunal não era obscura nem confusa¹⁸⁰. A própria Comissão mencionou igualmente, em vários pontos da sua primeira decisão de aprovação, a falta de provas para determinados factos¹⁸¹, mas nunca qualificou o presente caso, tanto quanto se vislumbra, como caso-limite, em que se chegaria a um «non liquet». A Comissão salientou até expressamente na audiência no Tribunal de Justiça que a

178 — V., quanto ao artigo 10.º, n.º 6, do RCC, o que se afirmou no n.º 102, *supra*, das presentes conclusões.

179 — Conclusões do advogado-geral A. Tizzano, de 25 de Maio de 2004, no processo Comissão/Tetra Laval (C-12/03 P, já referido na nota 96, n.ºs 76 a 81, em especial n.º 76).

180 — V., entre muitos, n.ºs 290, 294, 303, 347, 362, 407 e 435 do acórdão impugnado.

181 — V., por exemplo, considerando 80, 87, 94, 101, 108, 111, 113, 150, 153 e 158 da primeira decisão de aprovação.

discussão sobre casos-limite, em que a situação da prova se apresenta obscura, é meramente hipotética¹⁸².

— Conclusão provisória

225. Há que rejeitar o argumento das recorrentes segundo o qual o regulamento de controlo das concentrações se baseia numa assimetria das exigências relativas às decisões de aprovação e de proibição, bem como numa presunção geral de compatibilidade das concentrações com o mercado comum. Também não se admite que o caso presente possa pertencer a um dos dois grupos de casos em que excepcionalmente se presume a compatibilidade da concentração com o mercado comum.

b) Quanto às exigências de prova efectuadas pelo Tribunal de Primeira Instância no presente caso

226. Resta analisar se, no caso vertente, o Tribunal fez as exigências de prova correctas quanto às verificações da Comissão sobre a transparência do mercado.

227. As recorrentes argumentam que o Tribunal não deveria ter exigido a prova positiva da *falta de transparência no mercado*; o Tribunal deveria ter-se contentado em analisar se a Comissão dispunha, no momento da primeira decisão de aprovação, de provas suficientes da *existência de transparência no mercado*¹⁸³. Esta argumentação baseia-se certamente na opinião de que as exigências de prova para a aprovação da concentração são menores do que as exigências de prova para a sua proibição.

228. Esta argumentação não me convence, por duas razões.

229. Por um lado, decorre da simetria das exigências de prova para as decisões de aprovação e de proibição¹⁸⁴ que não se pode distinguir consoante a Comissão investiga a transparência de um mercado com vista à eventual aprovação ou com vista à eventual proibição de uma concentração. A verificação negativa de que um mercado *não é bastante transparente para permitir uma posição dominante colectiva* conduz ao mesmo resultado e carece do mesmo esforço de prova que a afirmação positiva de que o referido mercado *é tão opaco que exclui o reconhecimento de uma posição dominante colectiva*. Ambas as afirmações são as duas faces da mesma moeda. E ambas justificam que o perigo de criação ou reforço de uma posição dominante colectiva seja excluído,

182 — A Comissão salientou igualmente no processo em primeira instância que se sentia em posição de defender a sua primeira decisão de aprovação segundo os princípios de «balance of probabilities» (v. n.º 7 da sua contestação em primeira instância).

183 — As recorrentes referem-se, em especial, aos n.ºs 289, 366, 381 a 387, 389, 407, 420, 428, 429, 433, 449 a 457 e 459 do acórdão impugnado.

184 — V., *supra*, n.ºs 212 a 218 das presentes conclusões.

desde que os factos em que se baseiam sejam exactos, completos e susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles são retiradas.

230. Por outro lado, parece-me que a crítica das recorrentes às exigências de prova do Tribunal se baseia numa interpretação errónea do acórdão impugnado. Vendo melhor, o Tribunal não acusa a Comissão de, na sua apreciação da concentração sob o ponto de vista do direito da concorrência, não ter satisfeito as exigências de prova. O Tribunal orienta-se sobretudo, na sua análise da primeira decisão de aprovação, na verificação da Comissão segundo a qual o mercado «não é bastante transparente para permitir uma posição dominante colectiva»¹⁸⁵. O Tribunal, portanto, até analisou, como exigiram as recorrentes, se realmente havia a alegada insuficiência de provas bastantes da existência de transparência no mercado.

231. O erro manifesto de apreciação verificado pelo Tribunal não consistiu na falta de uma prova positiva da insuficiência de transparência do mercado, mas sobretudo no facto de, na primeira decisão de aprovação, não terem sido tidos em consideração todos os dados relevantes e de os factos tidos em conta não serem susceptíveis de fundamentar a conclusão retirada pela própria Comissão¹⁸⁶.

185 — N.ºs 289 e 459 do acórdão impugnado; v., além disso, n.ºs 287, 366 e 371 do mesmo acórdão.

186 — V., em especial, n.ºs 377, 390, 459 e 542 do acórdão impugnado.

c) Conclusão provisória

232. A segunda parte do terceiro fundamento é, deste modo, improcedente. O mesmo é válido para o exposto nos n.ºs 98 a 100 e 102 da petição de recurso, que se sobrepõe, no seu conteúdo, à segunda parte do terceiro fundamento.

B — *Limites da apreciação dos factos e dos elementos de prova pelo Tribunal de Primeira Instância (quarto fundamento)*

233. No seu quarto fundamento, as recorrentes acusam o Tribunal de ter excedido o âmbito de fiscalização jurisdicional da decisão da Comissão, ao não ter em atenção a margem de apreciação da Comissão e ao substituir frequentemente pela sua própria apreciação dos factos e da prova a apreciação da Comissão, e de, ao fazê-lo, ter cometido erros manifestos e falseado as provas¹⁸⁷.

234. A Comissão apoia este fundamento, ao passo que a Impala defende o acórdão impugnado.

187 — As afirmações seguintes também são válidas para a parte do sexto fundamento constante dos n.ºs 101 e 102 da petição de recurso.

1. A margem de apreciação da Comissão e o seu controlo jurisdicional

— O Tribunal atribuiu aos descontos promocionais «uma incidência apenas limitada sobre os preços»¹⁹⁰.

a) O acórdão impugnado

— O Tribunal fala de uma «forte transparência dos preços» ou de uma «grande transparência do mercado»¹⁹¹ e vê nos relatórios semanais dos representantes comerciais um «factor suplementar de transparência do mercado»¹⁹²; considera que os descontos promocionais «[parecem destinados], por natureza, a ter carácter publicitário»¹⁹³ e são de «carácter público e transparente»¹⁹⁴.

235. Em demonstração da sua acusação segundo a qual o Tribunal não teve em conta a margem de apreciação da Comissão e substituiu muitas vezes a apreciação dos factos e da prova da Comissão pela sua própria apreciação, as recorrentes apontam os seguintes exemplos no acórdão impugnado:

— O Tribunal considerou o alinhamento dos preços de catálogo «muito accentuado», enquanto que a Comissão apenas referiu que os preços de catálogo «parecem mais estar alinhados»¹⁸⁸.

— As diferenças nas gamas de descontos podem, segundo o Tribunal, «ser o resultado de diferenças nos comportamentos e não excluem que os descontos assentem num conjunto conhecido de regras»¹⁹⁵.

— O Tribunal classificou como «muito pequena» a variação dos níveis gerais dos descontos na factura, praticados pelas partes na concentração¹⁸⁹.

— É sem razão que o Tribunal nega que os dados económicos apresentados sejam pertinentes para a questão de saber se os descontos promocionais desempenham

188 — N.º 299 do acórdão impugnado.

189 — N.º 307 do acórdão impugnado; as recorrentes remetem, além disso, para os n.ºs 421, 419, 424, 444 e 457 do acórdão impugnado, nos quais identificam afirmações semelhantes do Tribunal.

190 — N.º 317 do acórdão impugnado.

191 — N.ºs 347 e 361 do acórdão impugnado.

192 — N.º 354 do acórdão impugnado.

193 — N.º 402 do acórdão impugnado. Há que referir que esta censura se baseia na versão inglesa do acórdão — que faz fé — («destined to become *public knowledge*»), ao passo que a versão francesa indica que um desconto promocional «semble, par essence, avoir vocation à revêtir un caractère de publicité», o que tem pouco a ver com a expressão inglesa «*public knowledge*» (sublinhado nosso).

194 — N.ºs 403, 405, 406 e 436 do acórdão impugnado.

195 — N.º 420 do acórdão impugnado.

igualmente um papel importante para os álbuns mais vendidos¹⁹⁶.

Comissão devem ser sujeitos a fiscalização jurisdicional¹⁹⁹.

b) Apreciação

236. Tal como já se referiu noutra sede¹⁹⁷, a Comissão tem uma margem de discricionariedade no procedimento de controlo das concentrações para a apreciação de quadros económicos complexos. Segundo jurisprudência constante, a este respeito, a fiscalização exercida pelo juiz comunitário deve limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e da fundamentação, bem como da exactidão da matéria de facto, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder¹⁹⁸.

237. Com a sua crítica às passagens do acórdão impugnado referidas no n.º 235, *supra*, as recorrentes suscitam, por fim, a questão de saber dentro de que limites os *erros manifestos de apreciação* das decisões de controlo das concentrações cometidos no âmbito do poder de apreciação da

238. A esse respeito, o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Comissão/Tetra Laval o seguinte:

«Embora o Tribunal de Justiça reconheça à Comissão uma margem de apreciação em matéria económica, tal não implica que o tribunal comunitário se deva abster de fiscalizar a interpretação que a Comissão faz de dados de natureza económica. Com efeito, o tribunal comunitário deve, designadamente, verificar não só a exactidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram»²⁰⁰.

239. Perante este critério de análise, seria um erro partir do princípio de que a margem

196 — N.º 456 do acórdão impugnado.

197 — V., em especial, a exposição relativa ao primeiro e ao sexto fundamento nos n.ºs 126 e 173 do acórdão impugnado.

198 — Acórdãos de 3 de Abril de 2003, *Petrolesence e SGR/Comissão* (T-342/00, Colect., p. II-1161, n.º 101), *EDP/Comissão*, já referido na nota 177, n.º 151, e de 4 de Julho de 2006, *easyjet/Comissão* (T-177/04, Colect., p. II-1931, n.º 44).

199 — Apenas a título marginal, há que mencionar que algumas das verificações criticadas pelas recorrentes, designadamente as dos n.ºs 299, 307 e 317 do acórdão impugnado, devido à sua inserção sistemática, estão abrangidas pela *análise formal* da primeira decisão de aprovação, por *insuficiência de fundamentação*. Para estas verificações, é válido o que se afirmou *supra*, em primeira linha, quanto à terceira parte do sexto fundamento (v., em especial, n.ºs 114 a 131 das presentes conclusões). Mas, dado que as recorrentes parecem reconhecer que os n.ºs 299, 307 e 317 do acórdão impugnado contêm, para além disso, elementos de uma análise de conteúdo dos erros de apreciação da primeira decisão de aprovação, analiso-os, em seguida, igualmente sob este ponto de vista.

200 — Acórdão *Comissão/Tetra Laval*, já referido na nota 96, n.º 39; v., agora, também, acórdãos *Espanha/Lenzing*, já referido na nota 97, n.ºs 56 e 57, e *General Electric/Comissão*, já referido na nota 96, n.º 63.

de apreciação da Comissão impede desde logo o juiz comunitário de proceder à sua própria apreciação dos factos e da prova. Pelo contrário, tal apreciação própria do juiz comunitário é imprescindível, quanto se trata de averiguar se a matéria de facto que está na origem da decisão da Comissão era exacta, fiável, coerente e completa e se essa matéria de facto podia fundamentar as conclusões que a Comissão dela retirou. Caso contrário, o juiz comunitário nem sequer pode apreciar devidamente se a Comissão se manteve dentro dos limites da margem de apreciação que lhe é conferida, ou se cometeu um erro manifesto de apreciação²⁰¹.

240. Os limites da fiscalização jurisdicional de uma decisão da Comissão no âmbito do procedimento de controlo das concentrações são excedidos pelo Tribunal apenas quando a base de facto e a base probatória mostram que são defensáveis diferentes apreciações, quando a Comissão decidiu por uma delas e o Tribunal substituiu a da Comissão pela sua própria apreciação, de conteúdo diferente.

241. Vendo desta perspectiva os exemplos do acórdão impugnado apontados pelas recorrentes, demonstra-se que, embora o Tribunal tenha efectuado a sua própria apreciação dos factos e da prova, se manteve dentro dos limites da fiscalização jurisdicional de uma decisão da Comissão de controlo das concentrações.

242. Por um lado, não se pode objectar juridicamente que o Tribunal analisou a matéria de facto averiguada pela Comissão no sentido de saber em que medida contém sinais da existência ou inexistência de transparência do mercado. Constatções como as que foram criticadas pelas recorrentes nos n.ºs 299, 307, 317, 347, 354 e 361 do acórdão impugnado eram, deste modo, perfeitamente legais, por exemplo, a afirmação de que «três factores [...] referidos na decisão são susceptíveis de criar uma forte transparência dos preços» (n.º 347).

243. Por outro lado, o Tribunal teve de emitir uma opinião própria sobre a questão de saber se a matéria de facto averiguada pela Comissão quanto aos descontos, em especial quanto aos descontos promocionais, bastava para excluir uma transparência do mercado suficiente para a aceitação de uma posição dominante colectiva. Constatções do Tribunal, como as que foram criticadas pelas recorrentes nos n.ºs 402, 403, 405, 406, 419, 420, 421, 424, 436, 444, 456 e 457 do acórdão impugnado, eram também, deste modo, perfeitamente legais, por exemplo, a afirmação de que «os descontos promocionais representam apenas uma parte muito pequena do preço de venda bruto dos álbuns» (n.º 457).

244. Em substância, o Tribunal aplicou, nos pontos controvertidos do acórdão impugnado, os critérios²⁰² desenvolvidos pelo próprio Tribunal de Justiça e analisou, em especial, se a matéria de facto que está na

201 — V., a este respeito, noutro contexto, o n.º 179 das presentes conclusões.

202 — V., novamente, acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido na nota 96, n.º 39, confirmado recentemente pelo acórdão Espanha/Lenzing, já referido na nota 97, n.º 57.

origem da primeira decisão de aprovação é susceptível de fundamentar a conclusão da Comissão segundo a qual o mercado não é suficientemente transparente para possibilitar uma posição dominante colectiva.

245. O Tribunal não substituiu pela sua própria apreciação da transparência do mercado a apreciação igualmente defensável da Comissão e não teve a pretensão de decidir sobre a compatibilidade ou não da concentração controvertida com o mercado comum²⁰³. Apenas entendeu que as conclusões efectuadas pela Comissão no caso vertente não encontravam apoio na matéria de facto da sua primeira decisão de aprovação²⁰⁴. Esta última apreciação do Tribunal é parte da sua apreciação dos factos e da prova no processo em primeira instância e, como tal, não pode ser sujeita a fiscalização em sede de recurso — sob reserva da questão que se discute em seguida do desvirtuamento dos elementos de facto e de prova.

246. Por fim, chego à conclusão de que o Tribunal, na análise do conteúdo da primeira decisão de aprovação, não ignorou a margem de apreciação da Comissão.

203 — V. n.º 479 do acórdão impugnado: «Com efeito, não compete ao Tribunal pronunciar-se sobre a compatibilidade da concentração, mas sim efectuar um controlo da legalidade das conclusões formuladas na decisão».

204 — N.º 452 do acórdão impugnado.

2. Quanto à acusação de desvirtuamento dos elementos de prova

247. As recorrentes sustentam ainda que o Tribunal desvirtuou as provas nos n.ºs 425, 427 e 434 do acórdão impugnado. Nas passagens controvertidas do acórdão impugnado, o Tribunal confronta-se com a opinião da Comissão, segundo a qual os descontos promocionais são opacos.

248. Antes de tratar em pormenor os pontos referidos do acórdão impugnado, permito-me recordar os critérios rigorosos que o Tribunal de Justiça aplica, segundo jurisprudência constante, na análise da acusação de desvirtuamento de provas. Segundo aqueles, verifica-se desvirtuamento dos elementos de prova quando, *sem que seja necessário recorrer a novos elementos de prova*, a apreciação dos elementos de prova existentes seja *manifestamente incorrecta*²⁰⁵. Não se trata, portanto, de analisar se a apreciação da prova efectuada pelo Tribunal é *convvincente* do ponto de vista do Tribunal de Justiça; de contrário, o Tribunal de Justiça substituiria pela sua própria apreciação da prova a do Tribunal, o que não lhe compete em sede de recurso. Desde que a apreciação do Tribunal seja, pelo menos, *defensável*, não há desvirtuamento das provas.

205 — Acórdãos de 18 de Janeiro de 2007, PKK e KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect., p. I-445, n.º 37), de 18 de Julho de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comissão (C-326/05 P, Colect., p. I-6557, n.º 60), e de 22 de Novembro de 2007, Sniace/Comissão (C-260/05 P, Colect., p. I-10005, n.º 37).

249. O Tribunal de Justiça efectua a sua análise exclusivamente a partir dos elementos dos autos²⁰⁶.

só e mesmo cliente, por cada um dos seus álbuns dos Top-20. Isto resulta dos n.ºs 19 a 22 das observações da Comissão de 21 de Setembro de 2005²⁰⁷ e resulta claramente do anexo E.2 a estas observações.

a) Quanto ao n.º 425 do acórdão impugnado

250. No n.º 425 do acórdão impugnado, o Tribunal refere alguns dos quadros apresentados pela Comissão e declara:

«[...] o cálculo do diferencial entre os descontos mínimos e máximos por cliente [...] foi na maior parte dos casos efectuado de forma errada, em consideração dos descontos concedidos pela outra parte, quando [...] este cálculo deve ser efectuado com base no diferencial entre os descontos mínimos e máximos concedidos por uma só e mesma parte aos seus diversos clientes».

251. Na opinião das recorrentes, há aqui desvirtuamento de provas. A Comissão explicou no processo perante o Tribunal que calculou o diferencial entre os descontos mínimos e máximos, tendo em conta os descontos no montante da factura concedidos por uma parte da concentração, a um

252. Para poder analisar a acusação de desvirtuamento, há que averiguar, antes de mais, a que quadros é que o Tribunal se refere exactamente no n.º 425 do acórdão impugnado. Lamentavelmente, a versão inglesa do acórdão, que é a que faz fé, é, neste ponto, muito imprecisa. No entanto, resulta do n.º 425 da versão inglesa que o Tribunal se refere a quadros que demonstram «os descontos promocionais máximos concedidos pela Sony e pela BMG para os seus álbuns mais vendidos»²⁰⁸ e nos quais é calculado um diferencial entre os descontos mínimos e máximos por cliente.

253. Neste ponto, a versão francesa do acórdão impugnado é mais precisa. Embora no presente caso não seja a versão linguística que faz fé, é aquela em que o acórdão impugnado foi elaborado e debatido, podendo oferecer referências suplementares, às quais o Tribunal, na verdade, se quis referir no n.º 425, designadamente, aos «quadros do

206 — Acórdãos de 6 de Abril de 2006, *General Motors/Comissão* (C-551/03 P, Colect., p. I-3173, n.º 54); *JCB Service/Comissão*, já referido na nota 127, n.º 108; e *Wunenburger/Comissão*, já referido na nota 44, n.º 67.

207 — Observações da Comissão de 21 de Setembro de 2005, em resposta às perguntas escritas do Tribunal.

208 — «As regards the tables, *which are intended to show the maximum campaign discounts granted by Sony and BMG for their best-selling albums [...]*» (sublinhado nosso).

anexo E.4.2.»²⁰⁹. Com efeito, encontra-se igualmente nos autos, na folha de rosto do anexo E.4.2, um título claramente semelhante ao das palavras iniciais do n.º 425 do acórdão impugnado²¹⁰, e, nos quadros do anexo E.4.2., é indicado o diferencial mencionado entre os descontos mínimos e máximos por cliente.

254. Por conseguinte, parto do princípio de que o n.º 425 do acórdão impugnado se refere aos quadros do anexo E.4.2. Deste anexo, no entanto, não se deduz nada no sentido de uma *inexactidão manifesta* da exposição do Tribunal no n.º 425. É certo que os quadros apresentados neste anexo, à exceção do título da folha de rosto do anexo, não contêm notas explicativas. Mas uma leitura rápida do primeiro e do segundo quadro do anexo E.4.2 mostra que a crítica do Tribunal é justificada: no cálculo da diferença entre os descontos mínimos e máximos por cliente foram até agora apreciados conjuntamente os valores da Bertelsmann e da Sony; em linguagem corrente, poder-se-ia dizer que se misturaram alhos com bugalhos²¹¹.

209 — Na versão francesa, o n.º 425 do acórdão impugnado principia do seguinte modo: «S'agissant des tableaux de l'annexe E 4.2 qui ont pour objet de montrer les remises promotionnelles maximales accordées par Sony et BMG pour leurs albums les mieux vendus [...]» (sublinhado nosso).

210 — O título da folha de rosto do anexo E.4.2. é o seguinte: «Invoice discounts granted to each major customer for each top album listed in Annex B.13, with an estimate of the highest campaign discount granted to each customer for such albums».

211 — Por exemplo, na terceira coluna do primeiro quadro do anexo E.4.2, o desconto mais baixo concedido pela Sony (SMEI) é comparado com o desconto maior concedido pela Bertelsmann (BMG); na terceira coluna do segundo quadro do anexo E.4.2., procede-se do mesmo modo.

255. Da exposição da Comissão nos n.ºs 19 a 22 das suas observações de 21 de Setembro de 2005 também não resulta que o Tribunal tenha interpretado incorrectamente os quadros do anexo E.4.2. Essa exposição da Comissão refere-se, designadamente, segundo o seu próprio teor literal, apenas aos anexos B.6, B.8 e E.2. Pelo contrário, na passagem das observações da Comissão citada pelas recorrentes não se encontram explicações sobre o quadro do anexo E.4.2. aqui em questão.

256. Neste contexto, considero infundada a acusação de desvirtuamento de provas, tendo em consideração o n.º 425 do acórdão impugnado.

b) Quanto ao n.º 427 do acórdão impugnado

257. O Tribunal declara no n.º 427 do acórdão impugnado que:

«De qualquer modo, supondo que os diferentes quadros elaborados pelas partes na concentração e apresentados pela Comissão sejam efectivamente susceptíveis de demonstrar as variações mais ou menos importantes alegadas, não é menos verdade que [...] estas variações são de pertinência duvidosa na medida em que [...] só mostram leques sem analisar as médias ponderadas e as variações em relação às médias [...]»

258. Na opinião das recorrentes, pelo contrário, muitos dos dados constantes dos quadros e gráficos que a Comissão apresentou ao Tribunal em 11 de Fevereiro de 2005 são baseados em valores médios ponderados. Remetem, a esse respeito, para os anexos B.4, B.8, B.9, B.10 e B.13, bem como para os esclarecimentos adicionais da Comissão nas suas observações de 14 de Março de 2007 em primeira instância.

os reproduzidos nos anexos B.6 e B.7, que tratam de descontos na factura («invoice discounts») e nos quais se encontram, aliás, também os «leques» mencionados pelo Tribunal. No entanto, as recorrentes nada alegam precisamente a esse respeito.

259. A este respeito, há que observar que o Tribunal distingue claramente, no texto do seu acórdão, entre *quadros* e *gráficos*²¹². No n.º 427 do acórdão impugnado, o Tribunal refere-se expressamente aos diversos *quadros* apresentados pela Comissão. Por isso, seria de esperar que as recorrentes, para fazerem prova da sua acusação de desvirtuamento de prova, se referissem igualmente a partes dos autos que contêm *quadros*. Após consulta dos anexos B.4, B.8, B.9, B.10 e B.13, devo reconhecer, contudo, que aí se encontra uma série de *gráficos*, mas nenhum dos anexos referidos contém *quadros*. Nestas circunstâncias, os anexos referidos são pouco adequados para demonstrar o alegado desvirtuamento de provas, tal como as eventuais explicações da Comissão relativas precisamente a estes anexos.

261. Neste contexto, considero infundada a acusação de desvirtuamento de provas, tendo em conta o n.º 427 do acórdão impugnado.

c) Quanto ao n.º 434 do acórdão impugnado

262. Nos n.ºs 431 a 434 do acórdão impugnado, o Tribunal examina a questão de saber se os retalhistas podem obter os preços de venda líquidos a partir dos preços de venda a retalho através de um «raciocínio invertido» (o chamado «reverse engineering»). Esta questão situa-se no quadro do argumento da Impala em primeira instância, segundo o qual as margens dos retalhistas são geralmente transparentes e conhecidas com muita precisão²¹³.

260. É muito mais provável que o Tribunal, no n.º 427, se tenha referido a quadros como

263. O Tribunal declara no n.º 434 do acórdão impugnado, em resumo, o seguinte:

212 — V., por exemplo, n.ºs 393, 401, 415, 416, 420 a 428 e 455 a 457 do acórdão impugnado, em que se fala de quadros (em inglês «tables»), ao contrário, por exemplo, dos n.ºs 129 e 419 desse acórdão, em que se trata de gráficos (em inglês «charts»).

213 — Este contexto resulta dos n.ºs 431 a 433 do acórdão impugnado.

«[...] o estudo preparado pelos economistas das partes na concentração não apresenta dados suficientemente fiáveis, pertinentes e comparáveis [...] Embora seja provável que os diferentes tipos de retalhistas (supermercados, independentes, cadeias de lojas especializadas, etc.) aplicam uma política de margens diferente, e que existem diferenças dentro de cada categoria de operadores e, mesmo relativamente a cada operador individual, diferenças segundo os tipos de álbuns e o seu grau de êxito, é, em contrapartida, muito pouco provável, e o estudo não contém qualquer dado a este respeito, que um retalhista aplique uma política de venda diferente para um mesmo tipo de álbum. [...]»

264. As recorrentes criticam o Tribunal por ter ignorado o estudo dos peritos economistas apresentado pela Comissão como anexo B.17²¹⁴, em especial a sua parte 2. Esse estudo continha dados económicos abrangentes, dos quais resultava a inexactidão da suposição do Tribunal de que os retalhistas praticavam uma política de margens uniforme.

265. Este argumento não me convence. Resulta da simples leitura do n.º 434 controvertido do acórdão impugnado que o Tribunal não ignora de modo nenhum o referido estudo, pelo contrário, analisa-o.

214 — Trata-se do anexo B.17 da contestação da Comissão em primeira instância.

266. No que respeita ao conteúdo do estudo, é certo que a sua parte 2 trata da *política de margens* dos retalhistas e, em especial, da questão de saber se estes aplicam margens «standard» («standard mark-ups»). O Tribunal, no entanto, não encontrou no estudo indicações sobre a questão de saber se «um retalhista [aplica] uma *política de venda* diferente para um mesmo tipo de álbum»²¹⁵. Após consulta do anexo B.17, chego à mesma conclusão que o Tribunal.

267. À luz do exposto, considero infundada a acusação de desvirtuamento de provas, tendo em conta o n.º 434 do acórdão impugnado.

3. Conclusão provisória

268. Deste modo, o quarto fundamento é considerado infundado. O mesmo é válido para a exposição contida nos n.ºs 101 e 102 da petição de recurso, cujo conteúdo se sobrepõe a esse quarto fundamento.

215 — N.º 434 do acórdão impugnado (sublinhado nosso).

C — Quanto à utilização de informações confidenciais no acórdão impugnado (sétimo fundamento)

269. Com o seu sétimo fundamento, as recorrentes acusam o Tribunal de ter cometido um erro de direito por basear o seu acórdão em provas que não lhes foram reveladas, em relação às quais nunca poderiam ter tomado posição e que também não foram apresentadas à Comissão quando ela adoptou a sua primeira decisão de aprovação. Dado que tais meios de prova não podiam fundamentar uma decisão, a anulação da primeira decisão de aprovação também não se podia ter baseado neles.

270. O ponto essencial deste fundamento são as declarações do Tribunal quanto à transparência de preços e, em especial, quanto à possibilidade controversa de vigilância do mercado de retalho pelos maiores grupos económicos, com o auxílio de relatórios de controlo semanais elaborados pelos seus serviços comerciais²¹⁶. Nesse ponto, o Tribunal salienta, antes de mais, uma constatação da Comissão, segundo a qual a Sony e a Bertelsmann tinham estabelecido um sistema de relatórios semanais que incluíam informações sobre os concorrentes²¹⁷. A título complementar, o Tribunal refere igualmente no seu acórdão determinados documentos apresentados pela Impala e considerados confidenciais²¹⁸.

216 — N.ºs 352 a 361 e 451 do acórdão impugnado.

217 — V. n.º 352 do acórdão impugnado, em que é citado o considerando 113 da primeira decisão de aprovação.

218 — N.ºs 356 a 360, 389 e 451 do acórdão impugnado.

271. Uma vez que as recorrentes objectam que não puderam tomar posição quanto aos últimos documentos *perante o tribunal*, há que analisar antes de mais uma possível violação do princípio processual do contraditório *perante o tribunal*.

272. É indubitável que uma decisão jurisdicional não se pode basear em factos e documentos dos quais *as próprias partes* — ou uma delas — não têm conhecimento e relativamente aos quais, por isso, não puderam tomar posição²¹⁹. No caso vertente, no entanto, as recorrentes não tinham sequer a qualidade de partes no litígio no processo em primeira instância, sendo meros intervenientes em apoio da Comissão. Nessa qualidade, tinham uma posição processual mais fraca que os demandantes ou os demandados.

273. Em especial, o artigo 116.º, n.º 2, segunda frase, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância prevê expressamente que o presidente pode, a pedido de uma das partes, excluir da comunicação ao interveniente os documentos secretos ou confidenciais, o que não é raro acontecer precisamente nos processos no domínio do direito da concorrência²²⁰. Em

219 — Acórdãos de 22 de Março de 1961, Snutap/Alta Autoridade (42/59 e 49/59, Recueil, pp. 101 e 169, Colect. 1954-1961, p. 597), de 10 de Janeiro de 2002, Plant e o./Comissão e South Wales Small Mines (C-480/99 P, Colect., p. I-265, n.º 24), e de 2 de Outubro de 2003, Corus UK/Comissão (C-199/99 P, Colect., p. I-11177, n.º 19). V., igualmente, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acórdão Feldbrugge de 29 de Maio de 1986 (série A, n.º 99, p. 16, n.º 44), e acórdão Aksoy (Eroğlu) c. Turquia de 31 de Outubro de 2006 (n.º 59741/00, n.º 21 e a jurisprudência aí citada).

220 — V. despacho de 15 de Junho de 2006, Deutsche Telekom/Comissão (T-271/03, Colect., p. II-1747).

especial, a produção de prova nos processos comunitários da concorrência caracteriza-se pelo facto de os documentos examinados conterem muitas vezes segredos comerciais ou outras informações que não podem ser divulgadas, ou que só o podem ser sob reserva de importantes restrições²²¹. Assim, no sistema do Regulamento de Processo prevê-se que o Tribunal pode basear o seu acórdão em meios de prova aos quais os intervenientes não tiveram acesso (v., a este respeito, artigo 67.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e ainda o artigo 287.º CE).

274. O tratamento confidencial dos documentos juntos pela Impala é, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, mais um questão de respeito pelos direitos da defesa das partes na concentração *no procedimento administrativo* do que um problema de contraditório *perante o tribunal*.

275. As recorrentes sustentam, com razão, que o Tribunal não se devia ter apoiado, para a anulação da primeira decisão de aprovação, nos documentos litigiosos apresentados pela Impala, porque a Comissão não deveria, por seu lado, tê-los utilizado devido ao seu carácter confidencial. Se o Tribunal considera que determinados documentos são confidenciais e impede absolutamente o respectivo acesso às empresas participantes na concentração²²², também não se

pode esperar razoavelmente que a Comissão se apoie neles no procedimento administrativo para fundamentar uma eventual decisão de proibição ou apenas para fragilizar determinados argumentos das partes na concentração.

276. À luz do exposto, o Tribunal cometeu um erro de direito ao apoiar-se nos documentos confidenciais apresentados pela Impala para anular a primeira decisão de aprovação.

277. Mas este erro de direito não conduz à anulação do acórdão impugnado. Havia ainda outras razões para as declarações do Tribunal que nada tinham a ver com os documentos confidenciais apresentados pela Impala. Deste modo, as referências a estes documentos apenas representam, afinal, um dos muitos factores dos quais resulta, na opinião do Tribunal, que «a transparência já forte [...] aumentou ainda mais»²²³. Mesmo que, portanto, o Tribunal, tendo em consideração os direitos da defesa da Impala, tivesse prescindido dos documentos confidenciais, isso não invalidaria de modo nenhum as suas conclusões no acórdão impugnado²²⁴.

278. Por conseguinte, o sétimo fundamento é igualmente improcedente.

221 — Acórdão de 25 de Janeiro de 2007, Salzgitter Mannesmann/Comissão (C-411/04 P, Colect., p. I-965, n.º 43).

222 — Embora eu tenha sérias dúvidas, após a consulta dos autos de primeira instância, sobre a justificação desse comportamento neste caso, não compete ao Tribunal de Justiça, em sede de recurso, questionar a apreciação do Tribunal relativa à confidencialidade dos referidos documentos.

223 — N.ºs 348 a 362, em especial n.º 362 do acórdão impugnado.

224 — No mesmo sentido, acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão, já referido na nota 121, n.º 72, Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido na nota 117, n.º 30, e de 29 de Junho de 1995, Solvay/Comissão (T-30/91, Colect., p. II-1775, n.º 58).

D — *Conclusão provisória*

279. À luz da exposição precedente, o presente recurso deve ser considerado improcedente na sua totalidade.

VI — Quanto ao pretensão recurso subordinado

280. Na contestação da Comissão encontra-se, no final, uma secção de «observações complementares»²²⁵ sobre os «fundamentos essenciais» da primeira decisão de aprovação.

281. A Comissão sustenta aí que o Tribunal classificou as suas constatações quanto às medidas de retaliação²²⁶ nos n.ºs 474 e 476 do acórdão impugnado, erradamente, como fundamentos essenciais da primeira decisão de aprovação. Se, no presente processo, se concluir que as constatações da Comissão quanto à falta de transparência não eram viciadas por erro de direito, ao contrário da opinião do Tribunal, então, a primeira decisão de aprovação deve manter-se, independentemente de conter erros de direito em relação às medidas de retaliação.

225 — N.ºs 37 a 39 da contestação da Comissão no recurso, intitulados «6. Additional observations: On the 'essential grounds' of the Decision».

226 — N.ºs 114 a 118 da primeira decisão de aprovação.

282. A Impala entendeu estes argumentos da Comissão como um *recurso subordinado* e, ao abrigo do artigo 117.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, respondeu-lhes em articulado complementar. Com a autorização do presidente do Tribunal de Justiça, foram apresentados articulados complementares sobre este assunto.

283. Isto, por si só, não significa de modo algum que o Tribunal de Justiça já tivesse verificado vinculativamente, no caso vertente, a existência de um recurso subordinado. A qualificação de um argumento como recurso subordinado pressupõe, nos termos do artigo 117.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, que seja requerida a anulação total ou parcial do acórdão impugnado com base num fundamento não aduzido na petição de recurso. Há que investigar, com base na redacção, na finalidade e no contexto da passagem controvertida da contestação da Comissão, se é esse o caso vertente.

284. Nessa medida, há que salientar que o conceito de «recurso subordinado» nunca é utilizado pela Comissão no seu articulado. O título «observações complementares» indica antes que se trata de uma exposição adicional, que apenas serve para melhor compreensão do próprio argumento da Comissão em resposta ao recurso da Bertelsmann e da Sony. Em especial, as suas «observações complementares» visam clarificar as consequências para a existência da primeira decisão de aprovação no caso de o acórdão impugnado ser anulado a pedido da Bertelsmann e da Sony (ainda que parcialmente)²²⁷.

227 — V., em especial, n.º 39, última frase, da contestação da Comissão.

285. A própria Comissão esclareceu no decurso do processo que, com as suas «observações complementares», não pretendia de modo nenhum interpor um recurso subordinado, e, de resto, protestou contra a assunção de quaisquer despesas para esse fim; salientou ainda que as suas «observações complementares» não têm significado autónomo, mas apenas seriam relevantes para o caso de êxito (eventualmente parcial) do recurso interposto pela Bertelsmann e pela Sony²²⁸.

286. Neste contexto, há que partir do princípio que as «observações complementares» da Comissão não contêm nenhum recurso subordinado e que não é necessária uma decisão em separado do Tribunal de Justiça sobre as mesmas, que seria até *ultra petita*.

VII — Despesas

287. Se o recurso for julgado improcedente, como proponho, o Tribunal de Justiça decidirá sobre as despesas (artigo 122.º, n.º 1, do Regulamento de Processo) nos termos do artigo 69.º, conjugado com o artigo 118.º do Regulamento de Processo.

228 — Carta da Comissão, de 15 de Maio de 2007, ao secretário do Tribunal de Justiça.

288. Em conformidade com o artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido; se forem várias as partes vencidas, o Tribunal de Justiça decide sobre a repartição das despesas. Contudo, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, se cada parte obtiver vencimento parcial, o Tribunal de Justiça pode determinar que as despesas sejam repartidas; o mesmo é válido se, apesar de o recurso ser declarado improcedente, o recorrente obtiver vencimento parcial²²⁹.

289. Uma vez que as recorrentes Bertelsmann e Sony foram vencidas, mas sendo uma parte dos seus fundamentos materialmente procedentes, as despesas devem ser repartidas. Por isso, proponho que a Bertelsmann e a Sony sejam condenadas no pagamento das suas próprias despesas e de três quartos das despesas da Impala; na medida em que suportam as despesas da Impala, parece além disso adequado que a Bertelsmann e Sony devam ser solidariamente condenadas nas despesas²³⁰. Por seu lado, a Impala deve suportar um quarto das suas próprias despesas.

290. Os outros intervenientes no processo que apoiam o recurso com pedidos ao Tribunal de Justiça devem suportar as respectivas despesas, em aplicação do artigo 69.º, n.º 4. Uma vez que a Comissão e a Sony BMG

229 — Acórdãos de 30 de Setembro de 2003, Biret International/Conselho (C-93/02 P, Colect., p. I-10497, n.º 72) e Biret et Cie/Conselho (C-94/02 P, Colect., p. I-10565, n.º 75).

230 — Acórdão de 31 de Maio de 2001, D e Suécia/Conselho (C-122/99 P e C-125/99 P, Colect., p. I-4319, n.º 65).

Music Entertainment apoiaram o recurso da Bertelsmann e da Sony e foram vencidas, parece adequado condená-las no pagamento das suas próprias despesas²³¹.

VIII — Conclusão

291. À luz da exposição precedente, proponho que o Tribunal de Justiça se digne declarar o seguinte:

- 1) O recurso é julgado improcedente.
- 2) A Bertelsmann AG e a Sony Corporation of America suportarão as suas próprias despesas, bem como, solidariamente, três quartos das despesas da Independent Music Publishers and Labels Association; a Independent Music Publishers and Labels Association suportará um quarto das suas próprias despesas.
- 3) A Comissão das Comunidades Europeias e a Sony BMG Entertainment BV suportarão as suas próprias despesas.

231 — Neste sentido, acórdãos de 26 de Fevereiro de 2002, Conselho/Boehringer (C-23/00 P, Colect., p. I-1873, n.º 56), e de 2 de Outubro de 2003, International Power e o./NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P e C-180/01 P, Colect., p. I-11421, n.º 187).