

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 3 de Fevereiro de 2009¹

Índice

I	— Introdução	I - 6420
II	— Factos no processo perante o Tribunal de Primeira Instância	I - 6420
	A — Fase administrativa	I - 6420
	B — Fase contenciosa	I - 6422
III	— Quadro jurídico	I - 6424
	A — Regulamentação comunitária relativa ao controlo das concentrações	I - 6424
	B — Acórdãos anteriores com importância para o processo	I - 6426
IV	— Processo perante o Tribunal de Primeira Instância e acórdão objecto de recurso de anulação	I - 6427
	A — Tramitação do processo T-351/03	I - 6427
	B — Conteúdo essencial do acórdão recorrido (processo T-351/03)	I - 6429
	1. Violação suficientemente caracterizada	I - 6429
	2. Quanto aonexo causal	I - 6430
	3. Determinação dos prejuízos sofridos	I - 6432
	a) Honorários e despesas administrativas e judiciais suportados pela Schneider	I - 6432
	b) Redução do preço de cessão da Legrand concedida à Wendel-KKR para permitir o adiamento da data da cessão	I - 6433
	c) Avaliação, imputação e juros	I - 6433
V	— Processo perante o Tribunal de Justiça e pedidos das partes no recurso de anulação	I - 6434

1 — Língua original: espanhol.

VI	—	Análise do recurso	I - 6435
		A — Apresentação	I - 6435
		B — Quanto aos fundamentos relativos à infracção suficientemente caracterizada	I - 6436
		1. Definição de posições	I - 6436
		2. Primeiro fundamento: o entendimento errado da decisão impugnada	I - 6436
		3. Quanto ao segundo fundamento	I - 6439
		C — Quanto ao fundamento relativo ao prejuízo causado à Schneider	I - 6441
		D — Quanto aos fundamentos atinentes ao nexo de causalidade	I - 6442
		1. Inexistência de nexo causal	I - 6443
		a) Quanto à desvirtuação dos factos e das provas (primeira parte do terceiro fundamento de anulação)	I - 6443
		b) Quanto à falta de nexo causal entre a invalidade da decisão de incompatibilidade e a redução à Wendel KKR do preço de cessão da Legrand (segunda parte do terceiro fundamento de anulação)	I - 6444
		i) Definição de posições	I - 6444
		ii) Análise	I - 6445
		2. Quanto à ruptura do nexo causal (terceiro e quinto fundamentos de anulação)	I - 6449
		a) Resumo das alegações das partes	I - 6449
		b) Quanto à admissibilidade de algumas alegações	I - 6450
		c) Quanto ao mérito	I - 6450
		3. Quanto ao fundamento baseado numa fundamentação contraditória.	I - 6453
		E — Quanto ao sétimo fundamento	I - 6454
VII	—	A decisão do Tribunal de Justiça quanto ao mérito	I - 6454
VIII	—	Quanto às despesas das duas instâncias	I - 6455
IX	—	Conclusões	I - 6456
			I - 6419

I — Introdução

1. A Comissão Europeia impugna, no presente recurso de anulação, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Julho de 2007², que dá provimento parcial à acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade por ter impedido uma operação de concentração, comportamento que foi posteriormente anulado pelo referido Tribunal.

2. Mais do que o avultado montante reclamado, cerca de 1 700 milhões de euros, assumem importância neste processo os possíveis efeitos da decisão do Tribunal de Primeira Instância na política económica do órgão comunitário responsável pela concorrência na Europa.

3. Ao debater-se uma violação do direito de defesa das empresas num procedimento administrativo e o prejuízo causado por este incumprimento de um direito fundamental, cumpre ter muito cuidado e circunspeção, pelas graves repercussões do acórdão, tanto para as empresas, como para as instituições comunitárias e talvez para as nacionais.

2 — Acórdão *Schneider Electric/Comissão* (T-351/03, Colect., p. II-2237).

II — Factos no processo perante o Tribunal de Primeira Instância

4. Os complexos acontecimentos que provocaram o conflito objecto do presente recurso constam do acórdão recorrido³ e resumem-se nos pontos seguintes.

A — Fase administrativa

5. As duas sociedades francesas *Schneider Electric SA* («Schneider») e *Legrand SA* («Legrand»), informaram a Comissão de um projecto de aquisição, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 (a seguir «regulamento») ⁴, do controlo da segunda destas empresas pela primeira, através de uma oferta pública de troca (a seguir «OPT»). A *Schneider* dedica-se à produção e venda de produtos e sistemas nos sectores da distribuição eléctrica, do controlo industrial e da automação, enquanto a *Legrand* se ocupa de aparelhagens eléctricas de instalação de baixa tensão.

6. Por considerar que este projecto suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade

3 — N.ºs 16 a 78.

4 — Regulamento do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas [(JO L 395, p. 1), rectificado (JO 1990, L 257, p. 13) e alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho de 30 de Junho de 1997 (JO L 180, p. 1)]. A última versão, o Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004 (JO L 24, p. 1) não é aplicável a este litígio.

com o mercado comum, a Comissão deu início, em 30 de Março de 2001, à fase II de controlo, em conformidade com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do regulamento, dirigindo um pedido de informações à Schneider e à Legrand.

7. Em 3 de Agosto de 2001, a Comissão enviou à Schneider uma comunicação de acusações, concluindo que a operação criaria uma posição dominante num certo número de mercados sectoriais nacionais.

8. Na resposta às acusações de 16 de Agosto de 2001, as referidas sociedades contestaram a definição dos mercados adoptada pela Comissão, bem como a sua análise do impacto da operação nesses mercados. Em 29 de Agosto de 2001, teve lugar uma reunião conjunta das empresas notificadas com os serviços da Comissão, na qual a Schneider se comprometeu a adoptar diversas medidas correctivas.

9. Em 10 de Outubro de 2001, a Comissão adoptou, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do regulamento, a Decisão 2004/275/CE (a seguir «decisão de incompatibilidade»)⁵, que declara a operação pretendida incompatível com o mercado comum. Nos considerandos 782 e 783 da referida decisão, concluiu que a

fusão criava uma posição dominante e um obstáculo sério à concorrência efectiva em alguns mercados nacionais, reforçando, além disso, uma posição dominante em vários sectores franceses⁶. A Comissão também considerou que as medidas correctivas propostas pela Schneider não evitavam os problemas de concorrência identificados na decisão de incompatibilidade.

10. Como, pelo facto de deter 98,1% do capital da Legrand, a Schneider realizou uma concentração posteriormente declarada incompatível com o mercado comum, a Comissão adoptou, em 24 de Outubro de 2001, uma segunda comunicação de acusações para efeitos da separação entre as duas sociedades, na qual ordenou à Schneider, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 4, do regulamento, que procedesse à cessão dos activos que possuía à Legrand até chegar a uma situação que ficasse aquém de uma posição significativa, com o objectivo de restaurar uma concorrência efectiva com um grau de certeza bastante e num prazo suficientemente curto.

11. A Comissão queria confiar imediatamente a um mandatário experiente e independente a gestão dos interesses da Schneider na Legrand e, em 4 de Dezembro de 2001, com base no artigo 7.º, n.º 4, do regulamento, autorizou a Schneider a exercer os direitos de voto inerentes à sua participação na Legrand, por intermédio de um mandatário nomeado

5 — Processo COMP/M.2283 — Schneider/Legrand, no qual se qualifica a operação como incompatível com o mercado comum (JO 2004, L 101, p. 1).

6 — Descritos mais pormenorizadamente nos n.ºs 35 e 36 do acórdão recorrido.

nas condições previstas num contrato aprovado pela Comissão.

12. Em 30 de Janeiro de 2002, a Comissão adoptou, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 4, do regulamento, uma decisão (a seguir «decisão de separação»)⁷ em que ordenava à Schneider que se separasse da Legrand num prazo de nove meses, que terminava em 5 de Novembro de 2002.

13. A decisão referida proibiu a Schneider de proceder a uma separação diferenciada de determinadas actividades da Legrand, determinou que o ou os adquirentes da Legrand deviam ser previamente aprovados pela Comissão e proibiu qualquer tipo de retrocessão à Schneider de determinadas actividades da Legrand.

B — Fase contenciosa

14. Antes desta última decisão, em 13 de Dezembro de 2001, a Schneider interpôs no Tribunal de Primeira Instância um recurso de anulação da decisão de incompatibilidade (processo T-310/01).

15. Por petição apresentada em 18 de Março de 2002, a empresa francesa interpôs também recurso de anulação da decisão de separação (processo T-77/02), e apresentou um pedido de suspensão da sua execução (processo T-77/02 R).

16. Após a audiência do pedido de tramitação acelerada de 23 de Abril de 2002, no processo T-77/02, a Comissão prorrogou até 5 de Fevereiro de 2003 o prazo que fora fixado à Schneider para se separar da Legrand, sem prejuízo do cumprimento das fases do processo de separação no decurso do novo prazo, o que fez a Schneider desistir do seu pedido de suspensão da execução.

17. A Schneider preparou a cessão da Legrand, que teria de ocorrer caso fosse negado provimento aos seus dois recursos de anulação, e, para o efeito, celebrou, em 26 de Julho de 2002, com o consórcio Wendel-KKR, um contrato de cessão que seria executado o mais tardar em 10 de Dezembro de 2002. O acordo incluía uma cláusula que, contra o pagamento de uma indemnização (180 milhões de euros), permitia à Schneider rescindir o contrato até 5 de Dezembro de 2002, em caso de anulação da decisão de incompatibilidade.

18. Por acórdão de 22 de Outubro de 2002, Schneider I⁸, o Tribunal de Primeira

7 — Decisão C(2002) 360 final da Comissão, de 30 de Janeiro de 2002, que ordena uma separação das empresas (Processo COMP/M.2283 — Schneider/Legrand).

8 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 2002, Schneider Electric/Comissão (T-310/01, Colect., p. II-4071).

Instância, como referi, anulou a decisão de incompatibilidade, com fundamento em erros de análise e de apreciação do impacto da operação nos mercados sectoriais nacionais não franceses e na violação dos direitos de defesa. Do mesmo modo, por acórdão da mesma data, Schneider II⁹, anulou a decisão de separação, por constituir uma medida de execução da incompatibilidade anulada. A Comissão não recorreu de nenhum dos acórdãos, que, conseqüentemente, adquiriram força de caso julgado. Para não complicar mais o relato dos factos, descrevo mais detalhadamente o conteúdo de ambos os acórdãos no título III das presentes conclusões, dedicado ao enquadramento jurídico deste processo¹⁰.

19. A Comissão publicou um aviso, especificando que os prazos do controlo da operação¹¹ recomeçavam a partir de 23 de Outubro de 2002, em virtude do n.º 5 do artigo 10.º do regulamento. Acrescentou que tinha concluído, após uma análise preliminar da fase I e sem prejuízo da decisão final, que a actuação da Schneider podia encontrar-se abrangida pelo âmbito de aplicação do regulamento, e convidou os terceiros interessados a apresentarem as suas eventuais observações.

20. Numa nova comunicação de acusações de 13 de Novembro de 2002, a Comissão informou a Schneider de que a operação podia comprometer a concorrência nos mercados sectoriais franceses, devido a

algumas sobreposições de quotas de mercado da Schneider e da Legrand, ao desaparecimento da sua tradicional rivalidade, à importância das marcas detidas pela entidade Schneider-Legrand, ao seu poder sobre os grossistas e à incapacidade de os concorrentes substituírem a pressão concorrencial que a Legrand desenvolvia antes da realização da absorção.

21. Em 14 de Novembro de 2002, a Schneider propôs à Comissão medidas correctivas com o objectivo de suprimir as sobreposições de actividades das empresas em vias de fusão nos mercados sectoriais franceses afectados. Com base nessas sugestões, iniciou-se uma troca de correspondência, na qual a Comissão rejeitou, por insuficientes, as intenções da Schneider para eliminar os efeitos negativos sobre a concorrência em França, enquanto a Schneider criticou a Comissão quanto às dúvidas sobre a viabilidade e capacidade das medidas propostas para assegurar a manutenção da concorrência nesse país.

22. Por carta de 2 de Dezembro de 2002, a Schneider declarou que, numa fase tão adiantada do processo, a posição da Comissão retirava sentido às negociações, pelo que, para pôr termo a uma incerteza de mais de um ano, anunciava à Comissão a sua intenção de vender a Legrand à Wendel-KKR. Confirmou a sua decisão no dia seguinte, por telecópia, especificando que, em conformidade com o disposto no contrato de cessão já referido, a venda da Legrand à Wendel-KKR devia ocorrer em 10 de Dezembro de 2002, facto que a Schneider comunicou à Comissão no dia 11 do mesmo mês.

9 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 2002, *Schneider Electric/Comissão* (T-77/02, Colect., p. II-4201).

10 — N.º 39 segs. destas conclusões.

11 — No *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 15 de Novembro de 2002 (C-279, p. 22).

23. Embora, num primeiro momento, a Comissão, em 4 de Dezembro de 2002, tenha dado início à fase II de controlo da operação, tendo concluído que as medidas correctivas propostas pela Schneider não eliminavam as dúvidas acerca da compatibilidade da operação, em 13 de Dezembro seguinte, informou a Schneider do encerramento, por falta de objecto, do procedimento de exame, dado que esta já não controlava a Legrand.

24. Daí que o recurso de anulação interposto pela Schneider contra a decisão de abertura da fase II e contra a decisão de encerramento de 13 de Dezembro de 2002 (processo T-48/03) tenha sido julgado inadmissível¹², tal como foi negado provimento ao recurso de anulação dessa decisão, por despacho do Tribunal de Justiça¹³.

25. No n.º 48 desse despacho, o Tribunal de Justiça considerou que a Comissão, ao optar pelo prosseguimento da fase I do procedimento de controlo da operação, pretendeu extrair do acórdão Schneider I as respectivas consequências, tomando assim todas as precauções necessárias para garantir que os direitos de defesa da Schneider não seriam violados.

12 — Despacho de 31 de Janeiro de 2006, *Schneider Electric/Comissão* (T-48/03, Colect., p. II-111), que declarou a inadmissibilidade do recurso de anulação T-48/03, por considerar que a decisão de abertura da fase II e a decisão de conclusão impugnadas não constituíam actos lesivos para a Schneider.

13 — Despacho de 9 de Março de 2007 (*Schneider Electric/Comissão*, C-188/06 P, não publicado na Colectânea).

III — Quadro jurídico

A — Regulamentação comunitária relativa ao controlo das concentrações

26. Na versão aplicável ao presente litígio, o regulamento estabelece, no n.º 3 do seu artigo 2.º, que 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.

27. O artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do regulamento estatui que se realiza uma operação de concentração quando uma empresa adquire directa ou indirectamente, por compra de partes de capital ou de elementos do activo, o controlo de outra empresa.

28. O artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do mesmo diploma especifica que a Comissão declarará compatíveis com o mercado comum as operações de concentração que lhe sejam notificadas nos termos do regulamento e que, apesar de abrangidas por este diploma, não suscitem sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade.

29. Se assim não o entender, a Comissão dará início ao processo de controlo referido (decisão dita de «abertura da fase II»), em conformidade com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea c).

30. O artigo 10.º, n.º 1, determina que essas decisões devem ser tomadas no prazo máximo de um mês a contar do dia seguinte ao da recepção da notificação da operação de concentração, ou do dia seguinte ao da recepção das informações completas.

31. O artigo 8.º, nos n.ºs 2 e 3, autoriza a Comissão a pronunciar-se, no quadro da fase II da fiscalização, sobre a compatibilidade, eventualmente depois de as empresas em causa introduzirem alterações no projecto de fusão notificado.

32. O artigo 10.º, n.º 3, precisa que as decisões que declaram a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum devem ser tomadas num prazo máximo de quatro meses a contar da data do início da fase II.

33. Segundo o artigo 8.º, n.º 4, se uma operação de concentração considerada

incompatível já tiver sido realizada, a Comissão pode ordenar, numa decisão tomada ao abrigo do n.º 3 ou numa decisão distinta, a separação das empresas ou qualquer outra medida adequada ao restabelecimento de uma concorrência efectiva.

34. O artigo 10.º, n.º 6, introduz um deferimento tácito segundo o qual se considera que a operação notificada é compatível com o mercado comum se a Comissão não tomar ou uma decisão de abertura da fase II até ao termo do prazo máximo de um mês a contar da notificação ou da recepção das informações completas, ou uma decisão sobre a compatibilidade da operação no prazo de quatro meses após a abertura da fase II.

35. Segundo o artigo 10.º, n.º 5, quando o órgão jurisdicional comunitário anule uma decisão da Comissão, os prazos fixados no regulamento começarão de novo a correr a contar da data em que o acórdão foi proferido.

36. O artigo 7.º, n.º 1, determina que uma concentração não pode ter lugar antes de ser notificada nem no decurso do prazo de três semanas após a sua notificação. Não obstante, o n.º 3 admite uma excepção, ao referir que o n.º 1 não prejudica a realização de uma oferta pública de compra ou de troca que tenha sido notificada à Comissão, desde que o adquirente

não exerça os direitos de voto inerentes às participações em causa ou os exerça apenas tendo em vista proteger o pleno valor do seu investimento com base numa dispensa concedida pela Comissão.

37. De grande importância para o presente processo é o artigo 18.º do Regulamento, pois, de acordo com o seu n.º 1, antes de tomar as decisões previstas, nomeadamente, no n.º 3 do artigo 8.º, a Comissão dará às pessoas, empresas e associações de 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.

38. Por último este mesmo artigo especifica, no n.º 3, que a Comissão fundamentará as suas decisões exclusivamente em acusações relativamente às quais os interessados tenham podido fazer valer as suas observações e que o direito de defesa destas será plenamente garantido durante todo o processo.

B — Acórdãos anteriores com importância para o processo

39. A Schneider começou o litígio contra a Comissão impugnando perante o Tribunal de Primeira Instância as decisões de incompatibilidade e de separação, pelo que cumpre

resumir os acórdãos que as anularam e já adquiriram força de caso julgado.

40. O acórdão Schneider I anulou a decisão de incompatibilidade, com fundamento, por um lado, em erros de apreciação do impacto da operação nos mercados sectoriais nacionais não franceses e, por outro, na violação dos direitos de defesa, que viciou a análise do impacto da operação nos referidos mercados sectoriais franceses e das medidas correctivas propostas pela empresa.

41. No recurso de anulação não se discutem os erros na análise económica, pelo que cumpre unicamente verificar se houve violação dos direitos da defesa. A este respeito, o acórdão Schneider I considerou que cabe à Comissão identificar os problemas de concorrência suscitados pela transacção proposta, de modo a permitir às empresas notificadas apresentarem efectivamente e no tempo desejado propostas de cessão de activos susceptíveis de tornar a operação compatível com o mercado comum.

42. Acrescentou que a comunicação das acusações de 3 de Agosto de 2001 não abordava com suficiente clareza e precisão o reforço da posição da Schneider relativamente aos distribuidores franceses de materiais eléctricos de baixa tensão, resultante da soma das vendas da Legrand nos mercados

de componentes de quadros eléctricos e da posição preponderante da Legrand nos segmentos dos equipamentos eléctricos ultraterminais¹⁴.

43. Além disso, referiu que a comunicação de acusações enumerava os diversos mercados sectoriais nacionais afectados pela operação, sem pôr em evidência qualquer associação entre as posições detidas pelas empresas notificadas¹⁵. Assim, a Comissão privou a empresa francesa da possibilidade de apresentar observações e contestar o mérito da tese do reforço da sua posição dominante no sector dos componentes para quadros de distribuição secundária e terminais devido à posição preponderante da Legrand no dos equipamentos ultraterminais.

44. Ao não permitir aferir em toda a sua amplitude as dificuldades para a concorrência identificadas pela Comissão no mercado francês de distribuição de material eléctrico de baixa tensão, a decisão de incompatibilidade violava o direito de defesa da Schneider. Em particular, esta sociedade não teve oportunidade de apresentar propostas de cessão de activos de dimensão suficiente e outras soluções para resolver estes problemas de concorrência. Portanto, indirectamente, foi-lhe retirada a possibilidade de obter o acordo

da Comissão, irregularidade tanto mais grave quanto, como a Comissão salientou várias vezes na audiência, essas soluções constituem o único meio de preservar uma operação de concentração abrangida pelo artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento¹⁶.

45. Além disso, pela sua conexão intrínseca com a decisão de incompatibilidade, o Tribunal de Primeira Instância anulou igualmente a decisão de separação, pelo acórdão Schneider II.

IV — Processo perante o Tribunal de Primeira Instância e acórdão objecto de recurso de anulação

A — Tramitação do processo T-351/03

46. Em 10 de Outubro de 2003, a Schneider intentou uma acção de indemnização, nos termos dos artigos 235.º e 288.º, segundo parágrafo, CE.

47. Apoiada pela República Francesa, concluiu pedindo ao Tribunal de Primeira

14 — Acusação de sobreposição.

15 — N.ºs 444 e 445 do acórdão Schneider I.

16 — N.ºs 453 a 461 do acórdão Schneider I.

Instância, a título principal, a condenação da Comunidade a pagar-lhe o montante de 1 663 734 716,76 euros, sem prejuízo de uma eventual redução correspondente ao montante das despesas recuperáveis fixado nos despachos de fixação das despesas¹⁷, e de um eventual agravamento em razão dos juros vencidos desde 4 de Dezembro de 2002, até integral pagamento, à taxa anual de 4%, e do montante do imposto devido pela Schneider sobre o montante da indemnização concedida.

48. A recorrente estruturava as suas alegações¹⁸ em torno das duas ilegalidades da decisão de incompatibilidade reconhecidas no acórdão Schneider I: por um lado, as deficiências da análise a que a Comissão procedeu relativamente ao impacto da operação nos mercados sectoriais nacionais exteriores à França; e, por outro, a violação dos direitos de defesa da recorrente no que respeita à insuficiente articulação, na comunicação de acusações, da alegação relativa à associação entre as posições das empresas.

49. Como consequência directa, alegava o prejuízo causado pela depreciação do valor dos seus activos, devida, em primeiro lugar, ao prejuízo contabilístico registado nos activos da Legrand, em segundo lugar, ao lucro cessante devido à impossibilidade de utilizar as sinergias esperadas e à consequente aniquilação da estratégia industrial do grupo e, em terceiro lugar, a um impacto muito

negativo ao nível da reputação da demandante. Imputava também o agravamento do prejuízo à atitude negativa da Comissão.

50. A Schneider acrescentava também a esses prejuízos os custos relativos ao mandatário que interveio no quadro do procedimento administrativo de separação e à reapreciação da operação que ocorreu logo após a prolação dos acórdãos Schneider I e Schneider II, bem como às despesas relativas aos recursos T-310/01, T-77/02 e T-77/02 R, após dedução do montante das despesas recuperáveis pela Schneider por força dos dois despachos de fixação das despesas já referidos.

51. A título subsidiário, reclamava a admissibilidade da acção e a existência de responsabilidade extracontratual da Comunidade, para cuja quantificação pedia um procedimento *ad hoc* de cálculo do prejuízo ressarcível sofrido, suportando a Comissão as despesas do processo.

52. Por sua vez, a Comissão, apoiada pela República Federal da Alemanha, pedia ao Tribunal de Primeira Instância que a acção fosse julgada parcialmente inadmissível e integralmente improcedente, com a correspondente condenação da Schneider nas despesas.

17 — Despachos de 29 de Outubro de 2004 (T-310/01 DEP e T-77/02 DEP, não publicados na Colectânea).

18 — N.º 100 e 106 do acórdão recorrido.

53. Em 11 de Dezembro de 2003, o Tribunal (Quarta Secção) adoptou uma medida de organização do processo, limitando a discussão ao princípio da responsabilidade extracontratual da Comunidade e à metodologia de avaliação do prejuízo.

B — *Conteúdo essencial do acórdão recorrido (processo T-351/03)*

1. Violação suficientemente caracterizada

54. O acórdão Schneider I anulou a decisão de incompatibilidade por ter violado o direito de defesa da empresa, centrando a sua fundamentação em dirimir se se tratava de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica destinada a conferir direitos aos particulares, tendo seguido o critério, consagrado pela jurisprudência, da violação manifesta e grave, por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação¹⁹.

55. Antes de considerar os elementos agravantes do prejuízo decorrentes do comportamento da Comissão durante o procedimento de análise da operação, o acórdão apreciou se

as irregularidades da referida decisão correspondiam ao conceito de infracção suficientemente caracterizada.

56. Prescindindo das deficiências da análise do impacto económico da operação como fonte da responsabilidade comunitária²⁰, por não ter incidência na verificação da incompatibilidade com o mercado comum²¹, o Tribunal de Primeira Instância analisou o único vício da decisão de incompatibilidade que, segundo o acórdão Schneider I, pode ter privado a demandante de uma possibilidade de obter uma decisão favorável à realização da concentração: a divergência entre a comunicação de acusações de 3 de Agosto de 2001 e a própria decisão de incompatibilidade, a propósito da associação entre as posições das partes na operação.

57. Para o Tribunal de Primeira Instância, a redacção da comunicação de acusações constituiu uma violação manifesta e grave do artigo 18.º, n.ºs 1 e 3, do regulamento, pois, como resulta do acórdão Schneider I, a demandante não podia saber que, se não apresentasse medidas correctivas aptas a reduzir ou a fazer desaparecer as situações de associação entre as suas posições e as da Legrand nos mercados sectoriais franceses,

19 — Acórdão de 19 de Abril de 2007, Holcim (Deutschland)/Comissão (C-282/05 P, Colect., p. I-2941, n.º 47 e jurisprudência aí referida, a seguir «Holcim»).

20 — Lamentam esta solução Dawes, A./Peci, K., «Sorry but there's nothing we can do to help: Schneider II and extra-contractual liability of the European Commission in merger cases», *European Competition Law Review*, 2008, 29(3), pp. 151 a 161.

21 — N.ºs 129 a 138 do acórdão recorrido.

não tinha qualquer possibilidade de obter a declaração de que a operação era compatível com o mercado comum.

que se destina a conferir direitos aos particulares.

58. Não aceitou a justificação nem as explicações assentes nas obrigações específicas que objectivamente impendem sobre os serviços da Comissão, que salientava a dificuldade ligada à realização, num prazo muito rígido, de uma análise complexa de mercados; para o órgão jurisdicional comunitário de primeira instância, esse argumento era irrelevante já que o facto gerador do prejuízo não é a análise dos mercados pertinentes constante da comunicação de acusações ou da decisão de incompatibilidade, mas o facto de a comunicação de acusações omitir uma menção essencial quanto às suas consequências para efeitos do dispositivo da referida decisão.

59. Essa indicação não implicava qualquer dificuldade técnica especial, nem obrigava a qualquer exame específico complementar que não pudesse ser realizado por razões de tempo; além disso, essa omissão não podia ser atribuída a um qualquer problema de redacção, fortuito ou acidental susceptível de solução com a leitura global da comunicação de acusações.

60. De todas essas considerações, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que a violação dos direitos de defesa da Schneider devia ser encarada como uma violação manifesta e grave, pela Comissão, dos limites que lhe são impostos, constituindo uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica

2. Quanto ao nexu causal

61. Cabe recordar, antes de mais, que o Tribunal de Primeira Instância adoptou uma medida de organização do processo, limitando a discussão ao princípio da responsabilidade extracontratual da Comunidade e à metodologia de avaliação do prejuízo²².

62. A Schneider alegou uma perda de valor dos activos entre a data de anúncio da OPT sobre os títulos da Legrand, em Janeiro de 2001, e a data de execução do contrato de cessão, em Dezembro de 2002, nos termos já referidos.

63. A análise do Tribunal de Primeira Instância sobre a relação de causalidade gravitou em torno de uma comparação entre a situação que a actuação culposa gerou para o terceiro em causa e a situação que para este teria resultado de um comportamento da

22 — N.º 81 do acórdão recorrido.

Comissão respeitador da norma jurídica²³. Assim, rejeitou que o vício identificado na decisão de incompatibilidade tivesse privado a Schneider de um qualquer direito a uma decisão, explícita ou implícita, de compatibilidade da operação susceptível de justificar que as consequências financeiras da privação desse direito, especialmente as decorrentes da obrigação de ceder os activos da Legrand, pudessem ser consideradas um prejuízo imputável à Comunidade.

64. Considerou difícil determinar a natureza e o montante dos desinvestimentos necessários para que a operação passasse a ser compatível com o mercado comum e obtivesse o aval da Comissão para a respectiva realização. Mais difícil ainda lhe pareceu determinar o impacto sobre o valor global dos activos detidos pela empresa demandante das cessões e transacções que essas medidas correctivas podiam ter implicado.

65. Considerou que a avaliação das modificações dos parâmetros económicos que uma

eventual decisão de compatibilidade implicaria é demasiado incerta para poder ser utilmente comparada com a situação resultante da decisão de incompatibilidade.

66. Também não acolheu a alegação da Schneider de que a decisão de incompatibilidade ilegal a colocou na impossibilidade de realizar as sinergias esperadas da operação e desmantelou, por via de consequência, a sua estratégia industrial, prejudicando a sua imagem devido ao impacto negativo que teve sobre a sua reputação²⁴.

67. Em contrapartida, confirmou a existência de um nexo de causalidade suficientemente estreito entre a ilegalidade cometida e dois tipos de prejuízo suportados pela demandante para esta adquirir o direito de ser indemnizada: as despesas para participar no prosseguimento do procedimento de controlo da operação após a anulação das duas decisões; e a redução do preço de cessão que a Schneider teve de conceder à adquirente dos activos da Legrand para obter um adiantamento dos efeitos dessa cessão de modo a que os processos então em curso no órgão jurisdicional comunitário não ficassem sem objecto antes de serem decididos.

23 — N.ºs 263 e 264 do acórdão recorrido.

24 — N.ºs 260 a 287.

3. Determinação dos prejuízos sofridos

a) Honorários e despesas administrativas e judiciais suportados pela Schneider

68. Relativamente às despesas de repetição do procedimento de análise, o Tribunal de Primeira Instância distinguiu três tipos: os honorários do mandatário *ad hoc*; as despesas de consultadoria jurídica, fiscal e bancária suportadas para a realização da separação das empresas, bem como dos processos judiciais nacionais e comunitários; e as despesas de consultadoria, honorários e despesas administrativas de diversa natureza suportadas pela Schneider depois dos acórdãos Schneider I e Schneider II.

69. Embora tenha eliminado as duas primeiras despesas referidas²⁵, aceitou que as indicadas em último lugar («despesas diversas») estão ligadas à ilegalidade perpetrada pela Comissão. Em apoio da sua posição,

25 — Nos n.ºs 289 a 297 do acórdão recorrido. No primeiro caso, por esses pagamentos decorrerem directamente do artigo 7.º, n.º 4, do regulamento e, no segundo, por não se poder excluir que a Schneider não deveria tê-las suportado, se tivesse sido adoptada uma decisão legal (despesas para a separação), quer porque estavam incluídos nas despesas (despesas judiciais comunitárias) ou porque decorriam de uma acusação que não tinha sido aceite como causa geradora da responsabilidade da Comunidade (encargos pecuniários nos órgãos jurisdicionais nacionais).

o Tribunal de Justiça invocou os argumentos que a seguir se resumem²⁶.

70. Foi pelo facto de a Comissão não ter formulado, na comunicação de acusações de 3 de Agosto de 2001, o problema concorrencial em que assenta a decisão de incompatibilidade, que a Schneider ficou privada da possibilidade de se exprimir a esse propósito e de propor alternativas adequadas, o que justificou a anulação da decisão em questão. A reabertura do procedimento sanava esse vício, permitindo que a demandante fosse ouvida sobre a acusação em causa e, eventualmente, apresentasse propostas para corrigir os efeitos perturbadores da operação.

71. Assim, o custo adicional que representou para a demandante a prossecução do procedimento administrativo de controlo na sequência dos acórdãos Schneider I e Schneider II não teria sido suportado se a Comissão tivesse logo adoptado uma decisão que respeitasse os direitos de defesa. Embora, se tivesse podido pronunciar-se sobre a associação entre as posições das empresas, omitida na comunicação de acusações, devesse suportar os gastos de preparar as respostas e, eventualmente, medidas correctivas, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o facto de se ter retomado, com base jurídicas novas, um procedimento administrativo interrompido doze meses antes, representou, para o interlocutor da Comissão, um encargo incomparavelmente superior ao que teria representado a resposta, no proce-

26 — N.ºs 298 a 302 do acórdão recorrido.

dimento de controlo inicial, pois a empresa e os seus advogados já estariam completamente envolvidos em reuniões e debates com os serviços competentes da Comissão.

b) Redução do preço de cessão da Legrand concedida à Wendel-KKR para permitir o adiamento da data da cessão²⁷

72. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, a Schneider negociou e celebrou o contrato de cessão da Legrand à Wendel-KKR e atrasou a sua execução até 10 de Dezembro de 2002, à espera da conclusão dos processos pendentes T-310/01 e T-77/02.

73. Se não tivesse actuado deste modo, na hipótese de ser negado provimento ao recurso, teria corrido o risco de concluir negociações em condições desfavoráveis à defesa dos seus interesses, num prazo muito curto, atento o termo do prazo de separação fixado para 5 de Fevereiro de 2003 e o carácter incerto da concessão de uma nova prorrogação desse prazo.

74. Condicionada pelas duas circunstâncias, o diferimento da venda da Legrand ocasionada pela tentativa da Schneider de obter uma decisão sobre a compatibilidade da operação com o mercado comum, segundo o acórdão recorrido, levou a empresa francesa a conceder à Wendel-KKR uma redução do preço de cessão da Legrand relativamente ao que teria obtido no caso de uma venda normal. O adiamento da venda dos activos da Legrand para 10 de Dezembro de 2002 implicava remunerar à Wendel-KKR o risco de depreciação dos activos da Legrand a que se expunha ao permitir esse adiamento, nem que fosse devido à eventualidade de uma variação desfavorável da cotação dos títulos industriais durante esse período.

75. De todas essas circunstâncias, concluo que a violação dos direitos de defesa que vicia a decisão de incompatibilidade tinha um nexo directo com o referido adiamento, na medida em que este era indispensável para que a Schneider pudesse exercer o seu direito a uma decisão válida sobre a compatibilidade de uma operação notificada e a ser ouvida com todas as garantias.

c) Avaliação, imputação e juros

76. No que respeita às despesas suportadas pela Schneider devido à sua participação no prosseguimento do procedimento de controlo da operação, o Tribunal de Primeira Instância calculou a indemnização, subtraindo ao

27 — N.º 303 a 317 do acórdão recorrido.

conjunto das despesas suportadas pela Schneider nos processos T-310/01, T-77/02 e T-77/02 R, as despesas administrativas, normalmente suportadas pela própria empresa para a realização da separação dos activos e, por último, aquelas em que a Schneider necessariamente incorreu com as medidas correctivas da associação de posições.

77. O prejuízo constituído pela redução do preço de cessão da Legrand à Wendel-KKR causado pelo adiamento da realização efectiva da venda da Legrand ao cessionário para 10 de Dezembro de 2002 foi calculado como a diferença existente entre o preço de cessão acordado entre as partes no contrato e o que a Schneider teria podido obter do cessionário se tivesse disposto, no termo do primeiro procedimento de controlo da operação, em 10 de Outubro de 2001, de uma decisão legal sobre a compatibilidade da operação.

78. Para a determinação exacta dos montantes devidos pela Comissão, o Tribunal de Primeira Instância remeteu *pro futuro* mediante procedimentos *ad hoc*, em que as partes iriam dirimir o valor total da indemnização²⁸.

79. Por ter adquirido os títulos da Legrand através de uma OPT, invocando a derrogação do artigo 7.º, n.º 3, do regulamento, o Tribunal

28 — N.ºs 318 a 325.

de Primeira Instância considerou que a Schneider assumiu o risco de uma decisão de incompatibilidade e a obrigação correlativa de proceder a uma separação dos activos das empresas objecto de fusão. Como a Schneider não podia ignorar que a fusão das empresas podia conduzir à criação ou reforço da sua posição dominante numa parte substancial do mercado comum, concluiu²⁹ também que esta concorreu para a realização do seu próprio prejuízo³⁰, avaliando esse concurso em um terço do prejuízo ressarcível que sofreu devido à redução do preço de cessão concedida à Wendel-KKR.

80. Finalmente, acrescentou juros de mora³¹ até integral pagamento, desde a data da prolação do acórdão que procederá à liquidação do prejuízo.

V — Processo perante o Tribunal de Justiça e pedidos das partes no recurso de anulação

81. A petição do recurso de anulação deu entrada na Secretaria deste Tribunal de Justiça em 24 de Setembro de 2007³²; a Comissão invoca sete fundamentos e conclui pedindo ao

29 — Com base no acórdão de 7 de Novembro de 1985, Adams/Comissão (145/83, Recueil, p. 3539, n.º 54).

30 — N.ºs 326 a 335.

31 — Tomando como base os fixados pelo Banco Central Europeu para as principais operações de refinanciamento, acrescido de dois pontos percentuais, sempre que não for superior a 4% (n.ºs 336 a 346).

32 — Telecópia do dia 21 do mesmo mês.

Tribunal de Justiça a anulação do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância no processo T-351/03 e a condenação da empresa francesa Schneider na totalidade das despesas do processo³³.

que alegaram oralmente e responderam às questões dos membros da Secção.

VI — Análise do recurso

82. Na contestação, que deu entrada na referida Secretaria em 31 de Dezembro de 2007³⁴, a Schneider concluiu pedindo que seja negado provimento ao recurso e que a Comissão seja condenada nas despesas.

A — Apresentação

83. O Presidente do Tribunal de Justiça autorizou uma réplica e uma tréplica, registadas na Secretaria em 12 de Março³⁵ e 8 de Maio³⁶ respectivamente, nas quais ambas as partes insistiram nas suas pretensões.

86. Na sua petição, a Comissão estrutura o recurso em torno de sete fundamentos, alguns divididos em várias partes. Se bem que os vícios que imputa ao acórdão recorrido se ocultem sob pontos comuns neste tipo de procedimentos, como o erro de direito, a desvirtuação dos factos ou o incumprimento da obrigação de fundamentação, entre outros, vê-se facilmente que devem ser subsumidos em três categorias de alegações relativas à qualificação da infracção como «suficientemente caracterizada», ao prejuízo causado ou aonexo causal entre esses dois elementos.

84. A pedido da Comissão, o processo foi atribuído ao tribunal pleno, ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, parágrafo segundo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

87. Parece, pois, adequado agrupá-las segundo a sua integração numa ou noutra dessas categorias e seguir a ordem mais lógica³⁷, começando com a análise da intensi-

85. Na audiência, que teve lugar em 3 de Dezembro de 2008, compareceram os representantes da Schneider e da Comissão,

37 — Disse-se que não é indispensável adoptar esse método e que pode alterar-se a ordem de estudo das três componentes da responsabilidade extracontratual; Ruffert, M., «EG-Vertrag — Art. 288», in Callies, Chr./Ruffert, M. (Eds.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 2.ª ed., Ed. Luchterhand, Neuwied, 2002, p. 2414. Mas, ainda que esta interpretação facilite a tarefa do Tribunal de Justiça, não creio que se harmonize necessariamente com o trabalho do advogado-geral, obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos discutidos.

33 — Ainda que a redacção do pedido no recurso padeça de falta de clareza, na realidade refere as despesas dos dois processos.

34 — Telecópia de 21 desse mês.

35 — Telecópia de 10 de Março.

36 — Telecópia de 6 de Maio.

dade da infracção, cuja realidade não se discute, já que ficou estabelecida com o acórdão Schneider I, para continuar com o prejuízo, apenas levemente discutido nesse recurso, e acabando com a conexão entre ambos os aspectos. Por isso, a minha análise abrangerá todos os fundamentos invocados pela Comissão, cumprindo a função que me compete como advogado-geral.

B — Quanto aos fundamentos relativos à infracção suficientemente caracterizada

1. Definição de posições

88. A Comissão alega que o Tribunal de Primeira Instância violou a força de caso julgado e a obrigação de fundamentação, bem como erros de apreciação e desvirtuação dos factos, ao declarar, por um lado, que a Comissão tinha «omitido» formular uma acusação de associação entre as posições da Schneider e da Legrand, na comunicação de acusações de 3 de Agosto de 2001, e, por outro, o facto de que a formulação da acusação «não implicava qualquer dificuldade técnica específica»³⁸.

38 — N.º 155 do acórdão recorrido.

89. Através do segundo fundamento desta categoria, a Comissão atribui ao acórdão recorrido erros de direito na descrição do quadro factual, ao não ter tido em conta a complexidade das situações a regular³⁹, além de um vício de fundamentação ao rejeitar liminarmente as alegações visando demonstrar a pressão temporal e as dificuldades técnicas que rodearam a elaboração da comunicação de acusações, conforme tinha invocado em sua defesa.

90. A título principal, a Schneider considera o raciocínio da Comissão, quanto a ambos os fundamentos, inadmissível e, por maioria de razão, inoperante e infundado, por, na realidade, procurar analisar de novo os factos com força de caso julgado, apoiando-se em observações não efectuadas em primeira instância, sem explicar adequadamente as referidas dificuldades técnicas.

2. Primeiro fundamento: o entendimento errado da decisão impugnada

91. Sem prejuízo das eventuais causas de inadmissibilidade, deve ser rejeitado o primeiro fundamento, cujas duas partes devem ser analisadas em conjunto, por se apoiar numa compreensão incorrecta do acórdão recorrido.

39 — Acórdão Holcim, já referido, n.º 50 e jurisprudência aí referida.

92. Na primeira parte do fundamento, a Comissão alega que o Tribunal de Primeira Instância declarou, no n.º 155 da decisão litigiosa, que o facto gerador do prejuízo causado à Schneider era a omissão, na comunicação de acusações, de qualquer referência à acusação de associação entre as posições das empresas, enquanto o n.º 445 do acórdão Schneider I reconhecia que a comunicação de acusações não referiu «com suficiente clareza e precisão» tal situação de associação de posições.

93. Da comparação entre ambas as decisões, a recorrente retira três contradições que justificam o seu pedido de anulação do acórdão litigioso.

94. Em primeiro lugar, observa que, no acórdão Schneider I, o referido n.º 445 assume que houve, pelo menos, uma referência, pelo menos *implícita*, à acusação de associação entre as posições das empresas. Daí que, em segundo lugar, esse acórdão acuse a Comissão de não ter referido *explicitamente* essa consequência económica nefasta, ainda que a atribuição dessa acusação à Schneider decorresse de toda a comunicação de acusação. Em terceiro lugar, lamenta as consequências dessas diferenças notórias de redacção entre ambos os acórdãos, pois, enquanto, no acórdão Schneider I, só se deduz que o erro imputado à Comissão impediu a empresa de avaliar em toda a sua dimensão os problemas de concorrência identificados no mercado francês⁴⁰, na decisão recorrida deduz-se que, com essa

omissão, a Schneider ignorava que, se não apresentasse medidas correctivas aptas a reduzir ou a fazer desaparecer essas deficiências, não obtinha a declaração de compatibilidade⁴¹.

95. A Comissão equipara tais disparidades a uma nova apreciação dos factos, violando o seu direito de defesa, dado que não se questionou a sua opinião sobre a apreciação retomada, tendo-se assim desrespeitado a autoridade de caso julgado dos factos provados no acórdão Schneider I, errando-se na sua qualificação e desvirtuando as provas.

96. Na segunda parte do fundamento, a Comissão acrescenta a essa censura do acórdão recorrido uma alegação de falta de fundamentação. Acusa-o de ter rejeitado a sua opinião sobre o carácter desculpável da falta de referência à questão da associação entre as posições das empresas na comunicação de acusações, decorrente da exigência de celeridade típica do processo de concentração de empresas, bem como da complexidade na elaboração desse documento. Pelo contrário, o acórdão recorrido explica que a menção da acusação controvertida não implicava qualquer dificuldade técnica especial, nem obrigava a qualquer exame específico complementar que não pudesse ser realizado por razões de tempo, e cuja omissão não pode ser atribuída a um qualquer problema de redacção, fortuito ou acidental⁴².

40 — N.º 453 do acórdão Schneider I.

41 — N.º 152 do acórdão recorrido.

42 — N.º 155 do acórdão recorrido.

97. Pois bem, salvo o facto de, como correctamente refere a empresa francesa na contestação e na tréplica, algumas das causas invocadas, como, por exemplo, a desvirtuação dos elementos de prova, não terem sido suficientemente consolidadas, basta indicar que todo o primeiro fundamento do recurso assenta num entendimento incorrecto do acórdão. A Comissão recorre a um exercício de semântica para demonstrar que a intensidade do sentido das palavras utilizadas num e no outro acórdão corresponde à vontade do Tribunal de Primeira Instância de agravar as consequências que decorrem dos factos provados no acórdão Schneider I.

98. Além disso, as alegações da Comissão mostram-se ineficazes pois as diferenças gramaticais entre o acórdão Schneider I e o agora recorrido não põem em causa o facto de a redacção da comunicação de acusações não permitir à empresa acusada apreender claramente que era acusada de associação de posições a que conduzia a fusão com a Legrand; e essa deficiência surge independentemente do facto de tal acusação ter sido omitida ou de ter sido reflectida, de modo pouco claro, já que, não dispondo de praticamente nenhuma margem de apreciação — o que a própria Comissão reconhece — para a aplicação do artigo 18.º do Regulamento, a mera violação deste provocava a violação suficientemente caracterizada⁴³.

43 — Acórdãos de 5 de Março de 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame* (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.º 55); de 4 de Julho de 2000, *Bergaderm e Goupil/Comissão* (C-352/98 P, Colect., p. I-5291, n.º 43, a seguir «*Bergaderm*»); de 10 de Dezembro de 2002, *Comissão/Camar e Tico* (C-312/00 P, Colect., p. I-11355, n.º 54); de 10 de Julho de 2003, *Comissão/Fresh Marine* (C-472/00 P, Colect., p. I-7541, n.º 26); de 12 de Julho de 2005, *Comissão/CEVA e Pfizer* (C-198/03 P, Colect., p. I-6357, n.º 64); e *Holcim*, já referido, n.º 47. Destacou-se na doutrina o papel fundamental da margem de apreciação na intensidade da infracção cometida, Wilson, C., «The role of discretion in EC law on non-contractual liability», *Common Market Law Review*, n.º 42, 2005, p. 686.

99. A segunda parte do primeiro fundamento de anulação, relativa à justificação do erro na apresentação da acusação de associação entre as posições das empresas pela escassez de tempo disponível para tratar um assunto complexo, deve ser analisada em termos similares dado que o acórdão recorrido expressa com maior lucidez a acusação do Tribunal de Justiça no acórdão Schneider I, realçando a forma infeliz como foi estruturada a acusação de associação entre as posições das empresas, «abordada [sem] suficiente clareza e precisão» pela instituição comunitária, pois não a evidenciou no documento⁴⁴.

100. Em vez de desvirtuar o relato factual, a interpretação do acórdão Schneider I pela recorrida ajuda a perceber melhor os seus contornos, insistindo em que a imperfeição da comunicação de acusações não se limitava à análise de fundo da perturbação da concorrência, cingindo-se à formulação, inexistente ou defeituosa, de uma acusação concreta, que privou a empresa interessada da oportunidade de estruturar a sua defesa em torno desse aspecto. Daí que, logicamente, as desculpas da Comissão tenham sido rejeitadas com poucas explicações, já que só teriam tido utilidade se se tivessem criticado os resultados do exame na perspectiva da concorrência, o que não sucedeu, como se depreende inclusivamente do acórdão Schneider I.

101. Não se vislumbra outra alternativa, pois a urgência com que a Comissão deve instruir o processo que culmina na comunicação de acusações não a isenta de cuidar o nível dos seus argumentos, sobretudo os decisivos, de

44 — N.º 445 do acórdão Schneider I.

molde a respeitar a obrigação do artigo 18.º do Regulamento. Por isso, o Tribunal de Primeira Instância pôde razoavelmente considerar que a menção da acusação de associação entre as posições das empresas não implicava qualquer dificuldade técnica especial, nem obrigava a qualquer exame específico complementar.

102. Atento o que precede, observa-se que o Tribunal de Primeira Instância não incorreu em erros de direito ou de facto, bem como não desvirtuou as provas nem falhou na fundamentação do acórdão, pelo que proponho que o primeiro fundamento de anulação seja rejeitado.

3. Quanto ao segundo fundamento

103. A Comissão alega que o acórdão recorrido, imputando-lhe erros na qualificação dos factos, não teve em conta a complexidade das situações reguladas e contém um vício de fundamentação por rejeitar sucintamente as suas alegações visando demonstrar as dificuldades que rodearam a elaboração da comunicação de acusações, que já tinha invocado em sua defesa.

104. Embora reconheça que praticamente não dispunha de margem de apreciação na aplicação do artigo 18.º, n.ºs 1 e 3, do regulamento, a Comissão considera que o Tribunal de Primeira Instância deveria ter ponderado a complexidade das situações a resolver, no sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁵.

105. Associando à segunda parte do primeiro fundamento de recurso, denuncia um erro na qualificação dos factos por parte do Tribunal de Primeira Instância, ao recusar admitir que a formulação suficientemente clara da acusação de associação entre as posições das empresas não comportava nenhuma dificuldade técnica especial, fruto da análise transversal dos aparelhos eléctricos de baixa tensão em cada Estado-Membro, incluindo os sectoriais. Nesse contexto, parece-lhe alheada da realidade uma perspectiva como a do acórdão recorrido, que, no âmbito de uma operação tão complicada como a fase II da análise da concentração económica, não tem em consideração a tarefa de formular claramente a comunicação das acusações, alegando a sua simplicidade. A este propósito, insiste na premência temporal que recaía sobre os responsáveis pela elaboração da comunicação das acusações de 3 de Agosto de 2001.

106. Também atribui ao acórdão recorrido uma escassa fundamentação para refutar as alegações destinadas a demonstrar que a

45 — Acórdãos Bergaderm, já referido, n.º 40, e Holcim, já referido, n.º 50.

acusação de associação entre as posições das empresas tinha sido mencionada na referida comunicação.

dência constante deste Tribunal, a mera violação do artigo 18.º do regulamento provocaria a responsabilidade da Comissão⁴⁹.

107. A solução partiria novamente de uma correcta compreensão do acórdão de primeira instância, pois o evento relevante para apreciar «a complexidade das situações examinadas» não seriam as acções, a análise ou as observações de carácter económico da Comissão, mas a audição das empresas interessadas.

108. A disposição objecto de debate, que deve ser interpretada segundo os critérios dos acórdãos Bergaderm e Holcim, já referidos, dá a essas empresas a oportunidade de se pronunciarem, em todas as fases do processo até à consulta do comité consultivo, sobre as acusações contra elas formuladas⁴⁶; do mesmo modo, essa disposição obriga a Comissão a fundamentar as suas decisões exclusivamente em acusações relativamente às quais as empresas interessadas tenham podido fazer valer as suas observações⁴⁷.

109. Pois bem, deduz-se do acórdão recorrido que os factos pertinentes para avaliar a infracção não eram complexos nem a disposição aplicável complicada de interpretar⁴⁸, pelo que, em conformidade com a jurisprudência

110. Além disso, embora a Comissão argumente que, ainda que de forma muito sucinta, os n.ºs 152 e 155 do acórdão de primeira instância rejeitaram o que foi alegado sobre as dificuldades técnicas especiais inerentes à elaboração da comunicação de acusações, o acórdão indica que o facto de a acusação de associação entre as posições das empresas não ter sido feita não resultava de um problema de redacção, fortuito ou acidental, que a leitura global da comunicação de acusações permitisse ultrapassar, numa alusão evidente à eventual formulação implícita de tais acusações invocada pela recorrente no recurso de anulação.

111. Em suma, como a Comissão centrou o seu segundo fundamento de anulação na complexidade dos factos que deviam ser considerados relevantes aquando da apreciação da responsabilidade extracontratual da Comunidade e da natureza suficientemente

46 — Artigo 18, n.º 1, *in fine*, do Regulamento.

47 — Artigo 18, n.º 3, do Regulamento.

48 — N.ºs 145 e 146 do acórdão recorrido.

49 — Assim o sustenta também a doutrina, por exemplo, Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2.ª ed., Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2006, p. 395; e Schremers, H. G./Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, 6.ª ed., Ed. Kluwer Law International, Haia / Londres / Nova Iorque, 2001, p. 552. Na jurisprudência, só se aceita que, em casos de margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou em que esta nem sequer existe, essa simples infracção «pode» bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada; v., por todos, o acórdão Comissão/CEVA e Pfizer, já referido, n.º 65.

caracterizada da violação declarada no acórdão Schneider I, o Tribunal de Primeira Instância não errou ao excluí-los sem prestar grandes explicações sobre o assunto.

considerada incólume, devendo continuar com o elemento seguinte necessário para verificar a responsabilidade, a ocorrência do prejuízo.

112. Assim, é também rejeitada a falta de fundamentação, pois o acórdão recorrido não censura a comunicação de acusações por ter enunciado a acusação de associação entre as posições das empresas de forma insuficiente, mas de tê-lo feito de maneira dissimulada, impedindo a Schneider de compreender a importância da acusação e prejudicando a sua capacidade de defesa⁵⁰. A falta de uma declaração clara que realçasse a importância que a Comissão atribuía a essa acusação não se corrigia pelo emaranhado do procedimento; o Tribunal de Primeira Instância exigiu simplesmente à Comissão maior precisão na exposição por escrito das acusações como critério indispensável para garantir o direito reconhecido no artigo 18.º do regulamento. Não se vê, pois, qualquer vício na fundamentação.

113. Em resumo, a Comissão não conseguiu refutar de maneira convincente a decisão do acórdão recorrido sobre a violação suficientemente caracterizada, que, por isso, deve ser

C — Quanto ao fundamento relativo ao prejuízo causado à Schneider

114. A minha vontade de respeitar o estudo lógico das componentes da responsabilidade extracontratual leva-me a antecipar a análise do sexto fundamento de anulação.

115. Neste fundamento, a Comissão alega que o Tribunal de Primeira Instância decidiu *ultra petita* por ter declarado uma diminuição no património da empresa francesa, que não tinha sido invocada. Assim, embora requeresse, a título principal, a restituição do prejuízo financeiro resultante da obrigação de vender os activos da Legrand a um preço inferior àquele pelo qual os adquiriu⁵¹, admitiu o prejuízo imposto pela redução do preço de cessão que a Schneider teve que conceder ao adquirente dos referidos activos para adiar as repercussões dessa cessão até uma data em que os procedimentos jurisdicionais comunitários então pendentes não perderiam o seu objecto antes de estarem concluídos⁵².

50 — Apesar do seu carácter de acto preparatório, a jurisprudência reconhece que a comunicação de acusações tem a função de circunscrever o objecto do procedimento administrativo iniciado pela Comissão, impedindo, assim, esta última de fazer outras acusações na sua decisão que põe termo ao procedimento [acórdão de 10 de Julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Colect., p. I-4951, n.º 63); despacho de 18 de Junho de 1986, British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão (142/84 e 156/84, Colect., p. 1899, n.ºs 13 e 14)].

51 — N.º 86, conjugado com o n.º 260 do acórdão recorrido.

52 — N.º 286 do acórdão recorrido.

116. A Comissão deduz do acórdão recorrido que foram violadas as normas relativas ao ónus da prova, dado que caberia à Schneider provar o prejuízo, tendo-se, assim, violado o direito de defesa da Comissão, ao impedi-la de emitir o seu parecer sobre o prejuízo.

117. Pelas razões que a seguir se expõem, também este fundamento não deve ser acolhido.

118. Em primeiro lugar, no que respeita à deliberação *ultra petita*, partilho a tese da empresa francesa de que o Tribunal de Primeira Instância não rejeitou o nexos de causalidade em todos os prejuízos sofridos pela Schneider e de que, nessas condições, o prejuízo financeiro referido era uma parte do volume global de prejuízos reivindicados. Neste contexto, há que convir que dirimir um litígio resolvendo *infra petita* não infringe qualquer regra processual.

119. Em segundo lugar, a reflexão anterior apoia-se, também, na circunstância de que o acórdão recorrido só devia deliberar sobre a determinação do prejuízo, sem entrar na sua quantificação. Nesse contexto, incumbia à Comissão construir uma tese capaz de rebater qualquer reconhecimento de uma obrigação de ressarcimento contra si, mesmo na hipótese da sua menor proporção relativamente ao *petitum* inicial.

120. Consequentemente, não são acolhidos os seus raciocínios sobre o ónus da prova e a violação do seu direito de defesa, já que não se verifica qualquer decisão *ultra petita*, rejeitando-se, pois, o sexto fundamento invocado pela Comissão no seu recurso.

D — Quanto aos fundamentos atinentes ao nexos de causalidade

121. Cumpre reordenar os três fundamentos invocados pela Comissão relativos ao nexos causal entre a infracção cometida e o prejuízo sofrido pela empresa francesa, consoante se referem à negação absoluta de tal nexos⁵³, à sua ruptura⁵⁴ ou a uma argumentação contraditória na apreciação desse nexos que implicaria a anulação do acórdão recorrido⁵⁵.

122. O último destes fundamentos reporta-se aos dois prejuízos cujo ressarcimento foi outorgado à Schneider no acórdão recorrido, enquanto as demais alegações só afectam a quantificação do prejuízo financeiro, já referido.

53 — As primeira e segunda partes, bem como a primeira alegação da terceira parte do terceiro fundamento de anulação.

54 — As restantes alegações do terceiro e a totalidade do quinto fundamento.

55 — Quarto fundamento do recurso.

1. Inexistência de nexa causal

por este ter distorcido os elementos factuais do processo.

a) Quanto à desvirtuação dos factos e das provas (primeira parte do terceiro fundamento de anulação)

123. Em primeiro lugar, a Comissão alega que, nos n.ºs 305 a 309 do acórdão recorrido, se desvirtuaram os factos e as provas, ao considerar que se viu «obrigada», pela existência da decisão de incompatibilidade, a celebrar o contrato de cessão da Legrand com a Wendel-KKR.

124. Na opinião da recorrente no recurso de anulação, das circunstâncias do caso e do comportamento da empresa francesa deduz-se que o prazo para a separação, prorrogado até 5 de Fevereiro de 2003, era adequado tanto para prolongar as negociações sobre a venda da Legrand, como para requerer uma nova prorrogação, se dela necessitasse, aceitando assim a proposta da Comissão no n.º 122 da decisão de separação.

125. A Schneider alega a inadmissibilidade desta parte do terceiro fundamento por questionar o enquadramento factual definido no acórdão recorrido. Não obstante, cumpre excluir esta alegação pois a Comissão assumiu sem rodeios que impugnava a decisão do Tribunal de Primeira Instância precisamente

126. Neste contexto, também não colhe o discurso da Comissão, dado que não se observa qualquer desvirtuação. Nos pontos impugnados, o Tribunal de Primeira Instância limitou-se a raciocinar, de maneira lógica, que a Schneider devia separar-se da Legrand, ideia que é reforçada atenta a impossibilidade de suspender a decisão de separação.

127. Do mesmo modo, sem abandonar a fusão antes de terminar a batalha judicial iniciada no Tribunal de Primeira Instância e enquanto avançavam rapidamente as conversações com o futuro comprador, a Schneider debatia-se entre o cumprimento das suas obrigações legais e as expectativas jurisdicionais referidas. Seria iníquo acusá-la pela celeridade em adaptar-se à decisão de separação, quando a própria Comissão requeria um final imediato da concentração económica⁵⁶.

128. Não se entende que a Comissão acuse o acórdão recorrido de distorcer as provas dado que não se desvirtuaram os factos, se bem que as partes não partilhem a apreciação feita pelo Tribunal de Primeira Instância desses indícios

⁵⁶ — N.º 114, *in fine*, da decisão de separação.

nem, em particular, da responsabilidade patrimonial resultante para a própria Comissão.

129. Em consequência, deve ser rejeitada a primeira parte do terceiro fundamento de anulação.

b) Quanto à falta de nexu causal entre a invalidade da decisão de incompatibilidade e a redução à Wendel KKR do preço de cessão da Legrand (segunda parte do terceiro fundamento de anulação)

i) Definição de posições

130. A Comissão atribui à resolução impugnada verificações factuais inexactas, desvirtuação dos factos e um erro na qualificação jurídica, ao estabelecer⁵⁷ um nexu directo entre a causa de ilegalidade da decisão de incompatibilidade e a cessão da Legrand por um preço inferior ao de uma venda firme, sem vícios.

57 — Nos n.ºs 311 a 316 do acórdão recorrido.

131. Baseia-se em três tipos de considerações: em primeiro lugar, argumenta que a data limite na qual a Schneider se comprometeu a vender a Legrand à Wendel KKR, 10 de Dezembro de 2002, foi fixada em 26 de Julho anterior, quando a empresa objecto do recurso de anulação não tinha necessidade de se restringir a um prazo, já que a Comissão não via inconveniente em prorrogar o limite para a separação para além de 5 de Fevereiro de 2003, prazo máximo acordado inicialmente. Além disso, segundo refere a Comissão, ao renunciar à cláusula de resolução, em 5 de Dezembro de 2002, a Schneider estava consciente de que não estava legalmente obrigada a separar-se da Legrand, dado que o Tribunal de Primeira Instância, em 22 de Outubro anterior, tinha declarado a nulidade das duas decisões referidas.

132. Em segundo lugar, a Comissão alega que a cessão da Legrand era vontade exclusiva da Schneider, que, ao actuar assim, renunciou tanto ao seu direito à rescisão do contrato de venda, como a uma eventual decisão de compatibilidade da operação com o mercado comum, uma vez que, no procedimento reiniciado pela Comissão, poderia ter proposto medidas para solucionar o problema de associação entre as posições das empresas.

133. Em terceiro lugar, a Comissão entende que a natureza processual da falta que lhe foi imputada impede que exista qualquer nexu causal entre aquela e o tipo de prejuízo que o Tribunal de Primeira Instância alegou a favor da Schneider.

134. Por sua vez, esta última empresa refuta todas essas alegações por improcedentes, dado que não se dirigem contra onexo causal, mas contra os custos causados; assim, quanto à data de cessão, refuta a tese da Comissão, dado que, por um lado, não tem em consideração que a Wendel KKR só aceitou prolongá-la até 10 de Dezembro, o que não era oponível à Schneider; e, por outro, insiste em que o comportamento hostil da Comissão não previa uma nova decisão, admitindo, agora, a união das duas sociedades.

135. Quanto ao dia de entrega da Legrand ao adquirente, a Schneider destaca o erro da Comissão ao identificar a data de cessão efectiva com a da produção do prejuízo, dado que, em sua opinião, o prejuízo começou quando foi adoptada a decisão de incompatibilidade. Além disso, refuta que o carácter processual da irregularidade na origem da nulidade da decisão de incompatibilidade exclua onexo causal.

ii) Análise

136. Este fundamento exige que se analise pormenorizadamente o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância para apreciar se existe onexo causal.

137. Segundo o seu acórdão, ao diferir a realização efectiva da venda da Legrand na expectativa de que o desfecho dos litígios pendentes fosse no sentido da compatibilidade da operação com o mercado comum, a Schneider teve de conceder à Wendel-KKR uma redução do preço de cessão da Legrand relativamente ao preço que teria obtido no caso de uma venda firme efectuada sem que existisse uma decisão de incompatibilidade que estava afectada por duas ilegalidades manifestas⁵⁸.

138. O acórdão recorrido associa, pois, este atraso do negócio até 10 de Dezembro de 2002, à remuneração do risco de depreciação dos activos da Legrand a que a Wendel KKR se expunha, nem que fosse devido à eventualidade de uma variação desfavorável da cotação dos títulos industriais durante o período compreendido entre a data da assinatura do contrato e a da sua realização⁵⁹.

139. Depois de atribuir certa responsabilidade à Schneider na evolução dos prejuízos, condenou a Comissão no pagamento de dois terços dos prejuízos que a Schneider Electric SA sofreu devido à redução do preço de cessão da Legrand SA que teve de conceder como contrapartida pelo adiamento da venda para 10 de Dezembro de 2002⁶⁰.

58 — N.º 311 do acórdão recorrido.

59 — N.º 312 do acórdão recorrido.

60 — Primeiro ponto do dispositivo do acórdão objecto de recurso.

140. Concordo com a Comissão em que esta posição não está certa. Em particular, o nexo que desencadeia a responsabilidade extracontratual carece, neste caso, das notas características da adequação, ou seja, que o prejuízo não decorre do acto ilegal de maneira directa, imediata e exclusiva⁶¹, numa relação de causa e efeito⁶².

141. Sem dúvida, as decisões de incompatibilidade e de separação induziam a Schneider a procurar uma empresa capaz de assumir o custo de aquisição de uma empresa das dimensões da Legrand, tarefa que implicava negociações complexas, como assegura a Schneider na sua réplica⁶³.

142. Nesse sentido, a nulidade das referidas decisões tornava os custos desses acordos prescindível, dado que, se não tivesse sido proferida a ordem de separação, a Schneider não teria incorrido em tais despesas. No entanto, não pede a reparação deste tipo de prejuízo, pelo que não vale a pena determiná-los na sua análise. Quero, porém, invocá-los como exemplo de custos ligados à nulidade da actuação administrativa da Comissão ou, pelo menos, que, ao tornarem-se supérfluos,

deviam ser entendidos como decorrentes da referida infracção.

143. Em contrapartida, embora seja fruto das mesmas negociações, a redução do preço de venda da Legrand feita à Wendel KKR não resulta da invalidade do acto, mas da livre vontade da Schneider ao negociar com os seus interlocutores. Neste contexto, a Schneider não se encontrava numa situação particularmente confortável, pela pressão a que se sentia submetida pela Comissão para acatar a separação, mas essa pressão constituía apenas um dos elementos que afectaram a configuração definitiva do acordo com a Wendel KKR.

144. Na réplica, a Schneider elenca uma série de dados esclarecedores sobre as condições em que foi celebrado o contrato de cessão da Legrand, ao enumerar outras fontes das quais decorria uma forte pressão sobre os gestores da Schneider para se desfazerem rapidamente da empresa com que tinha tentado fundir-se, como a postura do próprio presidente da Legrand⁶⁴, dos accionistas da Schneider, dos analistas financeiros e dos mercados⁶⁵. Estas declarações ajudam a completar o quadro no qual se consolidaram os acordos entre a Schneider e a Wendel KKR, demonstrando que a obrigação (afinal, ilegal) de separar as empresas unidas só compunha o fundo da situação, sem influência directa nas

61 — Toth, A. G., «The concepts of damage and causalita as elements of non-contractual liability», em Heukels, T./McDonnell, A. (Eds.), *The Action for Damages in Community Law*, Ed. Kluwer Law International, Haia-Londres-Boston, 1997, p. 192.

62 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1987, GAEC de la Ségaude/Conselho e Comissão (253/84, Colect., p. 123, n.º 10).

63 — N.º 99 desse documento.

64 — Sobre os litígios entre a Schneider e a Legrand perante os órgãos jurisdicionais nacionais, remeto para os n.ºs 27, 67 e 219 do acórdão recorrido.

65 — N.º 100 desse documento.

cláusulas acordadas e rubricadas pela Schneider no acordo de compra e venda da Legrand. Provavelmente, todas estas circunstâncias explicam melhor a ansiedade da Schneider para fechar o acordo de 26 de Julho de 2002.

145. É normal que a Schneider se reservasse o direito de rescindir o contrato celebrado com a Wendel KKR em função do resultado dos litígios perante o Tribunal de Primeira Instância. Contudo, com excepção dos elementos assinalados no número anterior, nada a obrigava a ter concluídos e aperfeiçoados os acordos de venda tão cedo, como adequadamente sugere a Comissão quando insiste em que o prazo outorgado até 5 de Fevereiro, além de prorrogável, parecia suficiente para encontrar um comprador idóneo.

146. Ao proceder deste modo, aumenta a suspeita de que a Schneider tinha pensado dar prioridade à transacção com a Wendel KKR, relegando a mera hipótese a continuação da fusão. Essa conjectura, apoiada pelas pressões referidas, concretizou-se quando, antes de salvar a concentração económica retomando a fase II da sua análise pela Comissão depois da anulação das decisões, preferiu executar o compromisso alcançado com a sociedade adquirente.

147. Quanto ao resto, os 180 milhões de euros que lhe tinha custado renunciar à venda eram apenas o resultado da forma como tinha levado a cabo as negociações; e a eventual redução do valor patrimonial da Legrand devida à depreciação das cotizações dos títulos industriais durante o período considerado parece-me demasiado vaga e aleatória para criar umnexo causal⁶⁶.

148. Por último, ao abordar os desafios de cada uma das empresas⁶⁷, a Wendel KKR não ignorava a opinião da Schneider, pois conhecia inteiramente a possibilidade de ser declarada a invalidade das decisões de compatibilidade e de separação, circunstância que, em boa lógica, a teria privado de adquirir a Legrand. Por conseguinte, munuiu o contrato com os instrumentos adequados para obviar a qualquer perigo: a redução do preço de venda e a indemnização de 180 milhões de euros pela rescisão do contrato, transferindo assim contratualmente os seus riscos para o vendedor, que livremente permitiu.

149. Assim, a Schneider expôs-se muito ao assumir a via do artigo 7.º, n.º 3, do regulamento. A referida disposição configura-se como uma excepção ao princípio da execução da concentração antes de a

66 — Acórdão de 25 de Maio de 1976, Roquette/Comissão (26/74, Colect., p. 295, n.º 23), e conclusões do advogado-geral A. Trabucchi (Colect., p. 303).

67 — Sobre este círculo da própria responsabilidade em matéria de auxílios do Estado, os acórdãos de 25 de Maio de 1978, HNL/Conselho e Comissão (83/76, Colect., p. 421, n.º 6); e de 19 de Maio de 1992, Mulder e o./Conselho e Comissão (C-104/89, Colect., p. 1-3061, n.º 13). Também Koenig, Ch., «Haftung der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 288 II EG wegen rechtswidriger Kommissionsentscheidungen in Beihilfensachen», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n.º 7/2005, p. 205.

Comissão se pronunciar, expressa ou tacitamente⁶⁸. Por isso, qualquer empresário diligente tem de estar consciente das consequências inerentes a uma avaliação negativa da operação pela instituição comunitária que implica a correspondente adopção de uma decisão de separação, pois, apesar da redacção do artigo 8.º, n.º 4, do mesmo regulamento («Se uma operação de concentração já tiver sido realizada, a Comissão *pode* ordenar [...] a separação»), nas circunstâncias descritas no artigo 7.º, n.º 3, a Comissão não dispõe de margem de apreciação para restabelecer o *status quo* no mercado, objectivo declarado da disposição analisada⁶⁹.

150. Em suma, fazem parte dessa referida esfera de riscos das sociedades abrangidas pela especificidade do referido artigo 7.º, n.º 3, as vicissitudes normais que sofram as suas fusões, pois parecem facilmente previsíveis à luz da regulamentação relativa às concentrações⁷⁰.

151. Embora a nulidade das decisões de incompatibilidade e de separação não sejam acontecimentos «normais», havia que justi-

ficar o reconhecimento de alguns prejuízos, por exemplo, o das despesas causadas pelas negociações iniciadas para a venda da empresa, como anteriormente referi; porém, quando a origem da invalidade é provocada por um erro de ordem processual cometido pela Comissão, cuja correcção permite retomar a análise da operação de concentração, não há que aprovar outro tipo de prejuízos, dado que a razão da invalidade identificada não afecta a análise económica, como se depreende do acórdão recorrido no presente processo.

152. Com estes antecedentes, a Comissão tem razão ao advertir que a nulidade por motivos formais deixou incólume o mérito da transacção analisada, pelo que, depois de corrigido o vício relativo à violação do artigo 18.º do regulamento, o sentido da decisão adoptada depois da reabertura da fase II não estava preestabelecido, podendo acabar num ou noutro sentido, em função, principalmente, das medidas adequadas propostas pela Schneider.

153. Em síntese, tendo a Schneider assumido tanto a sua própria esfera de riscos como, por contrato, a da Wendel KKR, a atribuição, pelo Tribunal de Primeira Instância, da indemnização pela redução do preço que a primeira dessas empresas teve que fazer à segunda por esperar o final dos litígios pendentes, leva a que se atribua às empresas que escolhem a via do artigo 7.º, n.º 3, do regulamento, uma garantia ou um seguro para qualquer cate-

68 — Ablasser-Neuhuber, «Artikel 7. Aufschieb des Vollzugs von Zusammenschlüssen», em Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, *Kartellrecht — Band 1 Europäisches Recht — Kommentar*, Ed. C. H. Beck Verlag, Munique, 2005, p. 1192.

69 — Immenga, U./Körber, T., «Fusionskontrollverordnung — Artikel 8. Entscheidungsbefugnisse der Kommission», em Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht — EG/Teil 2 — Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4.ª ed., Ed. C. H. Beck, Munique, 2007, p. 673.

70 — Sobre os riscos inerentes às actividades económicas, o recente acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Masdar (UK)/Comissão (C-47/07 P, Colect., p. I-9761, n.º 59 e 93).

goria de custos adicionais que tenham origem em hipotéticas violações, incluindo de disposições processuais sem repercussão directa na base económica da operação de concentração.

154. Pelo anteriormente referido, entendo que o fundamento de anulação deve ser acolhido e o acórdão recorrido anulado por ter reconhecido um prejuízo à empresa Schneider resultante da redução do preço da Legrand SA, que teve que oferecer à Wendel KKR para compensar o adiamento da venda até 10 de Dezembro de 2002.

2. Quanto à ruptura donexo causal (terceiro e quinto fundamentos de anulação)

a) Resumo das alegações das partes

155. Ainda que com alguma dispersão nos seus documentos escritos ao longo do recurso, a Comissão, essencialmente, alega que o Tribunal de Justiça cometeu um erro de direito ao não ter considerado que, por diversas razões, o nexo causal foi quebrado com o comportamento da recorrida no recurso de anulação.

156. Por um lado, no seu terceiro fundamento, defende que, apesar do carácter formal do erro cometido, era imprescindível adoptar outra decisão depois do reinício da fase II, a qual implicava a destruição do referido nexos. Por outro lado, argumenta que a fixação do prazo de venda até 10 de Dezembro e a renúncia da Schneider a utilizar a cláusula de rescisão do contrato provocaram o prejuízo alegado⁷¹.

157. Além disso, no quinto fundamento, indica que a referida empresa francesa não cumpriu o seu dever de diligência de três maneiras: a primeira, ao não solicitar informações mais detalhadas à Comissão no que respeita à acusação de associação entre as posições das empresas; a segunda, ao desistir de accionar as medidas cautelares de que dispunha antes e depois da declaração de nulidade; e a terceira, ao executar o contrato de venda da Legrand num momento em que já não estava legalmente obrigada a separar-se dessa sociedade.

158. Contudo, a Schneider, antes de rejeitar essas críticas sobre o mérito do acórdão recorrido, invoca a inadmissibilidade de todas essas alegações da Comissão, por constituírem fundamentos novos, sobre os quais o Tribunal de Primeira Instância não se pronunciou.

71 — Refere o acórdão de 19 de Setembro de 1985, Murri Frères/Comissão (33/82, Recueil, p. 2759, n.º 37 e 38), e *in extenso* vários números do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Julho de 2007, FG Marine/Comissão (T-360/04, não publicado na Colectânea, n.º 51 a 56 e 75 a 77).

159. Por isso, tendo sugerido que o fundamento relativo à inexistência do nexo causal fosse acolhido, inicio estas reflexões a título subsidiário, para o caso de o Tribunal de Justiça não partilhar a minha opinião e querer indagar os restantes fundamentos de anulação.

b) Quanto à admissibilidade de algumas alegações

160. A alegação dessa natureza que a Schneider faz ao recurso abrange, pois, a afirmação do terceiro fundamento que a acusava de negligência e todo o quinto fundamento do referido recurso, descrito no n.º 167 destas conclusões; em ambos os casos, assenta a sua alegação na novidade que representam relativamente ao debate, tal como foi apresentado no Tribunal de Primeira Instância.

161. Em primeiro lugar, a alegada novidade do erro que a Comissão atribui à Schneider e que provocou o prejuízo, basta referir que a jurisprudência deste Tribunal de Justiça admite a introdução, neste tipo de litígio, de argumentos inéditos em primeira instância, sempre que reforcem um fundamento invocado nesse nível da jurisdição comunitária⁷².

72 — Acórdãos de 24 de Setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão (C-74/00 P e C-75/00 P, Colect., p. I-7869, n.º 178); e de 18 de Janeiro de 2007, PKK e KNK/Conselho (C-229/05 P, Colect., p. I-439, n.º 66).

162. Em segundo lugar, sobre o quinto fundamento, a Comissão alega que, nos n.ºs 326 a 335 do acórdão recorrido, foi analisada a imputação de responsabilidade à Schneider pelo prejuízo, pelo menos numa determinada proporção. Porém, todas as alegações que a Schneider faz de terem esse vício desenvolvem esse aspecto, pelo que essa crítica não pode ser acolhida.

163. Por conseguinte, não pode ser acolhida a excepção de inadmissibilidade proposta pela Schneider, devendo ser-lhe negado provimento, na totalidade.

c) Quanto ao mérito

164. Os parâmetros para esta análise são proporcionados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual, em matéria de responsabilidade extracontratual das instituições comunitárias, a ausência de previsão ou de prudência do titular do pedido de indemnização pode alterar o nexo de causalidade entre o acto ilícito e o prejuízo, até reduzir⁷³ a referida responsabilidade ou mesmo extingui-la⁷⁴. Todavia, à margem

73 — Acórdãos de 7 de Novembro de 1985, Adams/Comidita, já referido, n.ºs 53 a 55; e de 27 de Março de 1990, Grifoni/CEEA (C-308/87, Colect., p. I-1203, n.ºs 16 e 17).

74 — Por exemplo, nos acórdãos de 4 de Fevereiro de 1975, Compagnie Continentale France/Conselho (169/73, Colect., p. 59, n.ºs 22 a 32); de 1 de Julho de 1976, Sergy/Comissão (58/75, Colect., p. 457, n.ºs 46 e 47); de 8 de Junho de 1977, Merkur/Comissão (97/76, Colect., p. 391, n.º 9); e Mulder e o./Conselho e Comissão, já referido, n.º 33.

dessas generalidades, os litígios surgidos neste âmbito revelam uma casuística inevitável.

165. No que respeita ao acórdão agora recorrido, custa compreender a primeira alegação da Comissão de que a obrigação de adopção de uma decisão de compatibilidade depois do reinício da fase II quebraria onexo causal entre as decisões anuladas e o prejuízo causado à Schneider, se existisse esse nexo. Em sua opinião, esta nova decisão formal quebraria o nexocausal, dado que, se desejasse a compatibilidade, a Schneider não teria tido que vender a Legrand e, se assim não fosse, a nova decisão impediria a existência do prejuízo.

166. Não se pode aceitar a tese da Comissão, que, como refere a Schneider na contestação do presente recurso, assume certos aspectos sofistas. De qualquer maneira, é ineficaz o seu raciocínio, assumido com carácter hipotético, que não se concretizou depois da cessão da Legrand à Wendel KKR. Por isso, cumpre excluí-lo porque há que julgar os factos ocorridos, não os imaginários

167. Antevejo o mesmo destino para a primeira parte do quinto fundamento, relativo à falta de diligência da Schneider, por não ter

instado a Comissão a prestar-lhe maiores esclarecimentos sobre a acusação de associação entre as posições das empresas; com essa actuação, pretende-se transmitir para a empresa francesa a sua falta de precisão na redacção da comunicação de acusações. Mas esta argúcia é demasiado evidente para passar despercebida, pelo que deverá ser-lhe negado provimento.

168. Na segunda parte do quinto fundamento, ao abrigo de certas decisões do Tribunal de Primeira Instância⁷⁵, a Comissão entende que foi interrompido o nexocausal quando a Schneider desistiu das medidas cautelares que poderia ter requerido antes ou depois da declaração de nulidade.

169. Contudo, dos factos provados⁷⁶ conclui-se que a empresa francesa, juntamente com o recurso de anulação, interpôs um pedido de medidas provisórias para suspender os efeitos da decisão de separação; do mesmo modo, a renúncia posterior a continuar esse processo ficou a dever-se a dois factos simultâneos: por um lado, foi admitida a tramitação acelerada do processo T-310/01; e, por outro, o prazo estabelecido pela Comissão para se separar da Legrand foi prolongado até 5 de Fevereiro de 2003.

75 — Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Janeiro de 1999, BAI/Comissão (T-230/95, Colect., p. II-123, n.º 36); e de 19 de Julho de 2007, FG marine/Comissão, já referido, n.º 74.

76 — N.ºs 50 a 52 do acórdão recorrido.

170. Nesse contexto, contra o critério da Comissão, a Schneider actuou com a diligência adequada, pois, com a sua estratégia, obteve praticamente o mesmo que lhe tinham proporcionado as medidas cautelares, ao desfazer a incógnita sobre a validade das duas decisões impugnadas com grande rapidez e, independentemente do desfecho desses litígios, alargou a sua margem de manobra temporal para empreender a cessão da Legrand.

171. Por conseguinte, não se deve qualificar a conduta da Schneider, nessas circunstâncias, de despreocupada nem atribuir-lhe aptidão para quebrar o nexo de causalidade em questão, pelo que a tese da Comissão deve ser afastada, por falta de fundamento.

172. Finalmente, pela sua conexão objectiva, há que analisar conjuntamente a terceira parte do quinto fundamento, que acusa a Schneider da venda da Legrand quando já não estava legalmente obrigada a fazê-lo, e a acusação da Comissão quanto à prorrogação do prazo de venda até 10 de Dezembro e à renúncia da Schneider a utilizar a cláusula de rescisão do referido contrato; segundo a instituição comunitária, todas estas circunstâncias propiciaram o prejuízo invocado, eliminando assim o nexo causal controvertido.

173. A Schneider alega que, para a venda, se inspirou em dois objectivos sucessivos: o primeiro, cumprir a obrigação de separar-se da Legrand; o segundo, depois da anulação das decisões, evitar o risco de apostar na autorização, conhecendo a estrutura inflexível da Comissão no segundo procedimento de análise da fusão.

174. Pelo que a seguir se expõe, estas alegações deveriam ser acolhidas ainda que, reitero, a título subsidiário, pois já manifestei a minha convicção de que não existe qualquer nexo de causalidade.

175. Ao executar o contrato de cessão da Legrand, em 10 de Dezembro de 2002, a Schneider só estava vinculada pelo seu contrato, pois as decisões de incompatibilidade e de separação tinham sido anuladas pelo Tribunal de Primeira Instância em 22 de Outubro do mesmo ano. Embora considerando que o referido contrato decorria do acatamento da obrigação legal declarada inválida, a venda foi consumada, como um acto de vontade próprio que acelerou o final

do processo de análise da concentração, seguindo as cláusulas resultantes de negociações com o comprador, sobre as quais a Comissão não exercia qualquer influência.

de responsabilidade extracontratual da Comunidade pelo valor da cláusula de rescisão teria sido mais razoável e mais conforme com a natureza dos acontecimentos.

176. Do mesmo modo, salvo o facto de a Schneider poder então aspirar a uma decisão positiva no termo do novo procedimento de exame, já que lhe foi dada a oportunidade de apresentar medidas para dar uma solução ao problema de associação entre as posições das empresas, possibilidade a que renunciou implicitamente ao desfazer-se da Legrand, não parece que tenha actuado diligentemente ao ignorar a cláusula de resolução.

178. Entendo, pois, que, ao vender sem estar legalmente obrigada a fazê-lo e ao não actuar com a diligência exigível, a Schneider quebrou onexo causal, pelo que proponho que, com carácter subsidiário, seja acolhido o quinto fundamento de anulação.

3. Quanto ao fundamento baseado numa fundamentação contraditória

177. Nas condições descritas, pressupondo que a Schneider ainda desejava concluir a união com a Legrand⁷⁷, teria sido mais lógico não fazer a cessão, invocando a referida cláusula, para reduzir o prejuízo alegado, pois o montante de 180 milhões de euros não se pode comparar com a indemnização pedida de 1 700 milhões de euros. Um pedido

179. No seu quarto fundamento de anulação, a Comissão critica a contradição da linha de argumentação no acórdão do Tribunal de Primeira Instância, pela incoerência que representa, por um lado, negar o nexo causal entre a violação determinante da nulidade das

77 — Remeto para os n.ºs 146 segs. destas conclusões.

duas decisões e o prejuízo alegadamente sofrido (nos n.ºs 260 a 286), e, por outro lado, declará-lo quanto aos dois tipos de prejuízos que foram reconhecidos à Schneider (no n.º 288).

180. Para rebater esta alegação, basta recordar que a primeira das duas análises referidas pela Comissão se reporta ao mencionadonexo causal relativo à perda *total* do valor dos activos da Legrand entre a sua aquisição e a sua venda em Dezembro de 2002, enquanto a segunda se refere às perdas que, segundo o Tribunal de Primeira Instância, sofreu a empresa francesa. Não se observa, pois, qualquer contradição no texto do acórdão recorrido e, conseqüentemente, também não é acolhido o quarto fundamento de anulação.

E — Quanto ao sétimo fundamento

181. Com carácter subsidiário, a Comissão pede a anulação do acórdão recorrido, por ter concedido à Schneider juros de mora desde o dia em que se concretizou a perda material, 10 de Dezembro de 2002, até à data de pagamento do montante da indemnização.

182. Já que prevejo a anulação do acórdão recorrido por ausência de nexocausal e, subsidiariamente, pela ruptura deste, não é preciso analisar os argumentos do sétimo fundamento, que só se prendem com o prejuízo que rejeito na minha análise.

VII — A decisão do Tribunal de Justiça quanto ao mérito

183. A segunda frase do primeiro parágrafo do artigo 61.º, do Estatuto do Tribunal de Justiça, dá ao mesmo Tribunal, quando anula o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, a possibilidade de decidir definitivamente o litígio, se este estiver em condições de ser julgado, ou de remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para julgamento. Uma das situações a que pode aplicar-se a primeira das duas possibilidades que esta disposição faculta é a do erro *in indicando*, sempre que o relato dos factos seja completo e suficiente para julgar e não haja que apresentar qualquer prova. Esse é o hábito do Tribunal de Justiça, embora não costume indicar as razões pelas quais entende que o estado do litígio lhe permite julgá-lo por si mesmo⁷⁸.

⁷⁸ — Normalmente, limita-se a afirmar, de maneira bastante lacónica, que sucede assim no caso concreto. Acórdão de 5 de Outubro de 2000, Conselho/Chvatal e o. (C-432/98 P e C-433/98 P, Colect., p. I-8535, n.º 37); de 9 de Janeiro de 2003, Petrotub e República/Conselho (C-76/00, Colect., p. I-79, n.º 93); e de 18 de Julho de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comissão (C-326/05 P, Colect., p. I-6557, n.º 71).

184. Convinha que o Tribunal de Justiça se pronunciasse quanto ao mérito quando resulte dos autos que o litígio está claro para ser julgado⁷⁹, de acordo com a sua configuração pelo legislador comunitário como um tribunal de cassação moderno, dotado de ampla liberdade para decidir a anulação, quando considerar oportuno⁸⁰.

VIII — Quanto às despesas das duas instâncias

186. A solução que subscrevo não obriga a Schneider a suportar todas as despesas, dado que a Comissão foi vencida apenas em alguns dos seus pedidos, ainda que não sejam os mais significativos.

185. Neste processo, não há dúvida de que a questão que foi submetida ao Tribunal de Justiça no recurso de anulação é de natureza estritamente jurídica. Apesar de o Tribunal de Primeira Instância ter cingido o debate ao princípio da existência de um prejuízo, sem entrar na sua qualificação, remeteu essa tarefa, de natureza complexa na tramitação do litígio, para um procedimento posterior na fase de execução do acórdão. Seria contrário à economia processual remeter o processo a esse órgão jurisdicional para que se dedicasse quase só a proceder à avaliação do montante devido pela Comissão no que respeita ao único prejuízo que há a indemnizar. Nada se opõe a que esse trabalho seja efectuado pelo Tribunal de Justiça, como sucedeu no passado⁸¹, inspirando-se no método previsto no acórdão recorrido.

187. Como o Tribunal de Primeira Instância reservou a decisão quanto às despesas, ao propor que seja decidida pelo Tribunal de Justiça a avaliação do prejuízo da Schneider pelas despesas em que incorreu para participar na prossecução do processo de análise da operação de concentração, há que decidir quanto às despesas em primeira instância e no recurso de anulação.

79 — Héron, J., *Droit judiciaire privé*, Ed. Montchrétien, Paris, 1991, p. 517; Vincent, J. e Guinhard, S., *Procédure civile*, Ed. Dalloz, Paris, 1994, p. 922.

80 — Níeva Fenoll, J., *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 430.

81 — Acórdãos de 4 de Outubro de 1979, Ireks-Arkady/Conselho e Comissão (238/78, Recueil, p. 2955); Adams/Comissão, já referido; de 26 de Junho de 1990, Sofrimport/Comissão (C-152/88, Colect., p. I-2477); Mulder e o./Conselho e Comissão, já referido.

188. A esse respeito, uma justa apreciação dos elementos do litígio no seu conjunto levaria à condenação da Schneider a suportar dois terços das despesas suportadas pela Comissão Europeia em ambas as instâncias.

IX — Conclusões

189. Tendo em conta as reflexões precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que:

- 1) Anule o acórdão de 11 de Julho de 2007, do Tribunal de Primeira Instância no processo T-351/03, por ter condenado a Comunidade Europeia a indemnizar a Schneider Electric SA em dois terços dos prejuízos que sofreu, devido ao montante da redução do preço de cessão da Legrand SA que a Schneider Electric teve que oferecer ao cessionário para compensá-lo da realização efectiva da venda da Legrand até 10 de Dezembro de 2002.

- 2) Anular igualmente os n.ºs 5 a 10 do dispositivo do mesmo acórdão, nos quais se delibera proceder a uma peritagem para avaliar esse prejuízo e são concedidos juros de mora.

- 3) Negar provimento ao recurso quanto ao restante.

- 4) Ordenar às partes que, de comum acordo, num prazo de três meses a contar da data do acórdão a proferir, transmitam ao Tribunal de Justiça a sua estimativa do montante das despesas suportadas pela Schneider Electric para participar na prossecução do procedimento de análise da operação de concentração que teve lugar depois de terem sido proferidos os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 2002, Schneider Electric/Comissão (T-310/01 e T-77/02).

- 5) Caso não haja acordo, ordenar às partes que apresentem ao Tribunal de Justiça, neste mesmo prazo, os seus pedidos quantificados.

- 6) Condenar a empresa Schneider Electric a pagar dois terços das despesas efectuadas pela Comissão Europeia no recurso de anulação e no Tribunal de Primeira Instância, bem como a suportar as suas próprias despesas em ambos os processos.