

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

10 de Julho de 2008*

Índice

Quadro jurídico	I - 5032
Factos na origem do litígio	I - 5035
Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido	I - 5037
Pedidos das partes	I - 5040
Quanto ao presente recurso	I - 5043
Quanto à admissibilidade	I - 5043
Quanto à excepção geral de inadmissibilidade	I - 5043
Quanto à excepção de inadmissibilidade relativa ao facto de as recorrentes não terem impugnado uma passagem decisiva do acórdão recorrido	I - 5044
Quanto ao mérito	I - 5045
Quanto à segunda parte do terceiro fundamento, relativa a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância ter aplicado modalidades de prova excessivas em matéria de decisões que autorizam operações de concentração	I - 5046
— Acórdão recorrido	I - 5046
— Argumentos das partes	I - 5046
— Apreciação do Tribunal de Justiça	I - 5048
Quanto ao primeiro fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância se ter baseado na comunicação de acusações para apreciar o conteúdo da decisão controvertida	I - 5051
— Acórdão recorrido	I - 5051

* Língua do processo: inglês.

- Argumentos das partes I - 5053
- Apreciação do Tribunal de Justiça I - 5054

Quanto ao segundo fundamento e à primeira parte do terceiro fundamento, relativos a erros de direito que consistem em o Tribunal de Primeira Instância ter considerado que a Comissão devia ter procedido a novas verificações, na sequência da resposta à comunicação de acusações, e ter aplicado modalidades de prova excessivas aos elementos apresentados em resposta à comunicação de acusações

I - 5060

- Acórdão recorrido I - 5060
- Argumentos das partes I - 5061
- Apreciação do Tribunal de Justiça I - 5062

Quanto ao sétimo fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância se ter baseado em elementos de prova que não foram divulgados às partes na operação de concentração

I - 5065

- Acórdão recorrido I - 5065
- Argumentos das partes I - 5066
- Apreciação do Tribunal de Justiça I - 5066

Quanto ao quinto fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância não ter observado os critérios jurídicos pertinentes aplicáveis em matéria de criação ou de reforço de uma posição dominante colectiva

I - 5067

- Acórdão recorrido I - 5067
- Argumentos das partes I - 5070
- Apreciação do Tribunal de Justiça I - 5073

Quanto ao quarto fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância ter ultrapassado os poderes de fiscalização jurisdicional de que está incumbido

I - 5078

- Acórdão recorrido I - 5078
- Argumentos das partes I - 5079
- Apreciação do Tribunal de Justiça I - 5080

I - 5029

Quanto ao sexto fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância ter aplicado uma norma errada em matéria de fundamentação das decisões que autorizam operações de concentração	I - 5082
— Acórdão recorrido	I - 5082
— Argumentos das partes	I - 5086
— Apreciação do Tribunal de Justiça	I - 5089
Quanto ao alegado recurso subordinado	I - 5094
Quanto à remessa do processo ao Tribunal de Primeira Instância	I - 5095

No processo C-413/06 P,

que tem por objecto o recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, apresentado em 3 de Outubro de 2006,

Bertelsmann AG, com sede em Gütersloh (Alemanha), representada por P. Chappatte e J. Boyce, solicitors,

Sony Corporation of America, com sede em Nova Iorque (Estados Unidos da América), representada por N. Levy, barrister, R. Snelders, avocat, e T. Graf, Rechtsanwalt,

recorrentes,

sendo as outras partes no processo:

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), com sede em Bruxelas (Bélgica), representada por S. Crosby e J. Golding, solicitors, e I. Wekstein, advocate,

recorrente em primeira instância,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Whelan e K. Mojzesowicz, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

Sony BMG Music Entertainment BV, com sede em Vianen (Países Baixos), representada por N. Levy, barrister, R. Snelders, avocat, e T. Graf, Rechtsanwalt,

interveniente em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis e U. Lohmus, presidentes de secção, E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Klučka, E. Levits e A. Ó Caoimh (relator), juízes,

advogada-geral: J. Kokott,
secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 6 de Novembro de 2007,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 13 de Dezembro de 2007,

profere o presente

Acórdão

- 1 Com o presente recurso, a Bertelsmann AG (a seguir «Bertelsmann») e a Sony Corporation of America (a seguir «Sony») pedem a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 13 de Julho de 2006, Impala/Comissão (T-464/04, Colect., p. II-2289, a seguir «acórdão recorrido»), através do qual esse Tribunal anulou a Decisão 2005/188/CE da Comissão, de 19 de Julho de 2004, que declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum e o funcionamento do Acordo EEE (Processo COMP/M.3333 — Sony/BMG) (JO 2005, L 62, p. 30, a seguir «decisão controvertida»).

Quadro jurídico

- 2 O Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395, p. 1, e — rectificação — JO 1990, L 257, p. 13), na redacção dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 180, p. 1, e — rectificação — JO 1998, L 40, p. 17, a seguir «regulamento»), dispõe, no artigo 2.º, n.ºs 2 e 3:

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

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

3 O artigo 6.º, n.º 1, do regulamento prevê:

«A Comissão procederá à análise da notificação logo após a sua recepção.

[...]

c) Se [...] a Comissão verificar que a operação de concentração notificada é abrangida pelo presente regulamento e suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, decidirá dar início ao processo.»

4 O artigo 8.º do regulamento habilita a Comissão, respectivamente, nos seus n.ºs 2 e 3, a adoptar, no âmbito do procedimento formal de investigação para aferir da compatibilidade da operação de concentração com o mercado comum, iniciado nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do referido regulamento (a seguir «procedimento formal»), uma decisão de compatibilidade, sendo caso disso, depois de as empresas em causa terem introduzido alterações ao seu projecto de concentração tal como

foi notificado, ou uma decisão de incompatibilidade. Nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea a), do regulamento, a Comissão pode revogar a decisão adoptada nos termos do n.º 2 desse mesmo artigo, se a declaração de compatibilidade tiver sido fundada em informações inexactas, pelas quais é responsável uma das empresas envolvidas, ou se tiver sido obtida fraudulentamente.

5 Decorre do artigo 10.º, n.º 1, do regulamento que, salvo em determinadas situações que não são pertinentes para o presente processo, a Comissão dispõe do prazo de um mês para decidir dar ou não início ao procedimento formal. Nos termos do n.º 3 desse mesmo artigo, uma decisão que declare que a operação de concentração notificada é incompatível com o mercado comum deve ser adoptada no prazo máximo de quatro meses a contar da data de início do procedimento formal. Nos termos do artigo 10.º, n.º 6, do regulamento, considera-se que a operação de concentração notificada é compatível com o mercado comum quando a Comissão não adopte nos prazos fixados, respectivamente, nos n.ºs 1 e 3 do mesmo artigo 10.º, uma decisão de dar início ao procedimento formal, ou uma decisão que se pronuncie sobre a compatibilidade dessa operação.

6 O artigo 11.º do regulamento diz respeito aos pedidos de informação que a Comissão, no exercício das competências que lhe são atribuídas pelo regulamento, pode dirigir, nomeadamente, às partes notificantes e a outras empresas ou associações de empresas, se necessário através de uma decisão. Os artigos 14.º e 15.º do regulamento prevêem a aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias, quando forem transmitidas informações inexactas ou deturpadas.

7 O artigo 18.º, n.º 3, do regulamento dispõe:

«A Comissão fundamentará as suas decisões exclusivamente em objecções relativamente às quais os interessados tenham podido fazer valer as suas observações. O direito de defesa dos interessados será plenamente garantido durante todo o processo. Pelo menos as partes directamente interessadas terão acesso ao dossier, garantindo-se simultaneamente o legítimo interesse das empresas em que os seus segredos comerciais não sejam divulgados.»

- 8 O artigo 19.º do regulamento diz respeito à relação entre a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-Membros. Nos termos do n.º 3 dessa disposição, antes de ser adoptada qualquer decisão nos termos do artigo 8.º, n.ºs 2 a 5, do regulamento, é auscultado um comité consultivo em matéria de concentrações de empresas. De acordo com o n.º 6 desse mesmo artigo, o referido comité consultivo emite o seu parecer sobre o projecto de decisão da Comissão, procedendo para o efeito, se for caso disso, a votação.
- 9 Por força do disposto no artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento n.º 4064/89 (JO L 61, p. 1, a seguir «regulamento de execução»), a notificação da operação de concentração projectada deve conter as informações, incluindo os documentos, solicitadas no formulário CO, anexo ao mesmo regulamento.
- 10 O artigo 13.º, n.º 2, do regulamento de execução dispõe, nomeadamente, que a Comissão deve comunicar as suas objecções por escrito às partes notificantes, com indicação do prazo durante o qual estas têm a possibilidade de sobre elas se pronunciarem por escrito.

Factos na origem do litígio

- 11 Os factos na origem do litígio foram expostos pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 1 a 11 do acórdão recorrido, do seguinte modo:

«1 A Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) é uma associação internacional de direito belga que agrupa 2 500 sociedades independentes de produção musical.

- 2 Em 9 de Janeiro de 2004, a Comissão recebeu uma notificação, em conformidade com o [regulamento], de um projecto de concentração através do qual as sociedades Bertelsmann [...] e Sony [...] planeavam agrupar as suas actividades mundiais em matéria de música gravada.
- 3 A Bertelsmann é uma sociedade de meios de comunicação internacional [...] activa no domínio da música gravada por intermédio da sua filial, que controla inteiramente, Bertelsmann Music Group (BMG). [...]
- 4 [...] No sector da música gravada, [a Sony] está presente por intermédio da Sony Musical Entertainment. [...]
- 5 A operação projectada consiste em integrar as actividades mundiais das partes na concentração em matéria de música gravada (com exclusão das actividades da Sony no Japão) em três ou mais novas sociedades, criadas segundo um 'Business Contribution Agreement' (acordo de integração de actividades) com data de 11 de Dezembro de 2003. Está planeado que estas empresas comuns sejam exploradas em conjunto sob a denominação Sony BMG.
- 6 Segundo o acordo, a Sony BMG estará activa na descoberta e no lançamento de artistas [actividade de direcção artística denominada A & R (Artista e Repertório)] e na promoção e venda de discos daí resultante. A Sony BMG não se dedicará a actividades conexas, tais como a edição musical, a produção e a distribuição.
- 7 Em 20 de Janeiro de 2004, a Comissão enviou um questionário a um certo número de actores no mercado. A [Impala] respondeu a este questionário e apresentou uma nota em separado, em 28 de Janeiro de 2004 [...], n[a] qual expunha os motivos que, em sua opinião, deviam levar a Comissão a declarar a operação incompatível com o mercado comum. A recorrente exprimia aí os seus receios quanto ao aumento da concentração no mercado e o impacto que tal teria relati-

vamente ao acesso ao mercado, incluindo no sector da distribuição, dos meios de comunicação, da Internet, assim como quanto à escolha dos consumidores.

- 8 Por decisão de 27 de Fevereiro de 2004, a Comissão concluiu que a operação notificada suscitava dúvidas sérias quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e o funcionamento do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) e deu início ao processo [formal].

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

- 10 As partes na concentração responderam à comunicação de acusações e, em 14 e 15 de Junho de 2004, teve lugar uma audição perante o consultor auditor, na presença, nomeadamente, da [Impala].

- 11 [Através da decisão controvertida], a Comissão declarou a operação de concentração compatível com o mercado comum, por força do artigo 8.º, n.º 2, do regulamento [...]»

Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

- 12 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 3 de Dezembro de 2003, a Impala interpôs recurso de anulação da decisão controvertida, tendo invocado cinco fundamentos, subdivididos em várias partes.

- 13 Quanto ao primeiro fundamento, relativo ao reforço de uma posição dominante colectiva preexistente, o Tribunal, após começar por formular algumas observações quanto ao conceito de «posição dominante colectiva», analisou o argumento segundo o qual, no essencial, a decisão controvertida não explica suficientemente as razões pelas quais os descontos, em especial os promocionais, constituem obstáculo à transparência necessária para permitir o desenvolvimento de uma posição dominante colectiva.
- 14 Apesar de ter chegado à conclusão que consta do n.º 325 do acórdão recorrido, segundo a qual, no essencial, a decisão controvertida devia ser anulada por insuficiência de fundamentação, o Tribunal examinou, para ser exaustivo, nos n.ºs 327 a 458 desse acórdão, os argumentos da Impala segundo os quais os elementos apresentados pela Comissão com vista a demonstrar a insuficiência de transparência dos mercados em causa da música gravada estavam viciados por erros manifestos de apreciação.
- 15 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância referiu, nomeadamente, no n.º 373 do acórdão recorrido, que resultava tanto da decisão controvertida como da argumentação desenvolvida pela Comissão perante o mesmo Tribunal que o único elemento de opacidade do mercado alegado decorria da pouca transparência dos descontos promocionais. Declarou, nos n.ºs 377 e 378 do acórdão recorrido, que, por um lado, os elementos probatórios, tais como eram mencionados na decisão controvertida, não permitiam alicerçar as conclusões deles extraídas pela Comissão e que, por outro, essas conclusões se distinguiam muito nitidamente das que constavam da comunicação de acusações.
- 16 Nos n.ºs 475 e 476 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância apresentou as suas conclusões sobre o primeiro fundamento submetido à sua apreciação, nos seguintes termos:

«475 [...] a afirmação segundo a qual os mercados da música gravada não são suficientemente transparentes para permitir uma posição dominante colectiva não está suficientemente fundamentada e está viciada por erro manifesto de apreciação, na medida em que os elementos em que se baseia são

incompletos e não incluem a totalidade dos dados pertinentes que deveriam ter sido tomados em consideração pela Comissão e não são susceptíveis de alicerçar as conclusões que daí são extraídas. Constituindo esta afirmação [...] um fundamento essencial com base no qual a Comissão concluiu [...] pela inexistência de uma posição dominante colectiva, a decisão [controvertida] deve portanto ser anulada só com este fundamento.

476 Da mesma forma, estando a análise relativa aos meios de retaliação viciada por erro de direito ou, pelo menos, por erro manifesto de apreciação, e constituindo esta análise o outro fundamento essencial com base no qual a Comissão concluiu, na decisão [controvertida], pela inexistência de uma posição dominante colectiva, este vício justifica igualmente a anulação da decisão [controvertida].»

17 Com o segundo fundamento que invocou perante o Tribunal de Primeira Instância, a Impala sustentou que, ao não considerar que a operação de concentração projectada criava uma posição dominante colectiva no mercado da música gravada, a Comissão violou o artigo 253.º CE e cometeu um erro manifesto de apreciação, bem como um erro de direito.

18 No n.º 527 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância reproduziu a análise sobre o risco da criação de uma posição dominante colectiva que constava da decisão controvertida, antes de tecer, no n.º 528 do referido acórdão, as seguintes considerações:

«[...] estas observações tão superficiais, ou mesmo puramente formais, não podem dar cumprimento à obrigação da Comissão de efectuar uma análise prospectiva [...], e isto em especial quando, como no caso presente, a concentração suscita dificuldades sérias. Independentemente da apreciação do Tribunal quanto ao primeiro fundamento, resulta com efeito tanto da circunstância de a Comissão ter tido que efectuar longos desenvolvimentos na decisão [controvertida] para concluir pela inexistência de uma posição dominante colectiva anterior, como do facto de aquela ter concluído na comunicação de acusações, após cinco meses de investigação, pela existência dessa posição anterior, que a questão de saber se a fusão entre duas das cinco empresas principais [grandes empresas discográficas, a seguir ‘empresas principais’]

cria o risco de gerar uma posição dominante colectiva suscita, *a fortiori*, dificuldades sérias necessitando de um exame aprofundado. Só o facto de este exame não ter sido efectuado determina, desde logo, que o segundo fundamento é procedente».

- 19 Para ser exaustivo, o Tribunal de Primeira Instância declarou, no n.º 539 do acórdão recorrido, que a Comissão não podia, sem cometer um erro, basear-se na falta de prova do exercício de medidas de retaliação no passado, para concluir que a concentração não apresentava o risco de conduzir à criação de uma posição dominante colectiva.
- 20 Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que o primeiro e segundo fundamentos submetidos à sua apreciação eram procedentes e anulou a decisão controvertida sem analisar o terceiro a quinto fundamentos.

Pedidos das partes

- 21 No presente recurso, as recorrentes pedem que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido;

- julgar improcedente o pedido da Impala, de anulação da decisão controvertida, ou, subsidiariamente, ordenar a remessa dos autos ao Tribunal de Primeira Instância; e

- condenar a Impala nas despesas no presente processo.

Com os sete fundamentos invocados no âmbito do presente recurso, alguns dos quais se subdividem em várias partes, as recorrentes alegam a existência de erros de direito, na medida em que o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão recorrido:

- se baseou na comunicação de acusações para apreciar o conteúdo da decisão controvertida;
- exigiu que a Comissão efectuasse novas diligências de instrução, na sequência da resposta à comunicação de acusações;
- aplicou modalidades de prova excessivas e erradas em matéria de decisões que autorizam operações de concentração;
- ultrapassou os limites dos seus poderes de fiscalização jurisdicional;
- não observou os critérios jurídicos pertinentes aplicáveis em matéria de criação ou de reforço de uma posição dominante colectiva;
- aplicou uma norma errada em matéria de fundamentação das decisões que autorizam operações de concentração; e
- se baseou em elementos probatórios que não foram divulgados aos participantes na concentração.

- 23 A Sony BMG Music Entertainment BV apoia inteiramente o recurso e os pedidos das recorrentes.
- 24 Os pedidos da Comissão coincidem, no essencial, com os das recorrentes. A Comissão apoia o primeiro, segundo e quarto fundamentos, bem como a primeira parte do terceiro fundamento.
- 25 A Impala pede ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao presente recurso e condene as recorrentes nas despesas. A título preliminar, invoca a inadmissibilidade total ou parcial do recurso. Por outro lado, segundo a Impala, o presente recurso não pode, de qualquer forma, levar à anulação do acórdão recorrido, uma vez que as recorrentes não contestaram o n.º 528 do acórdão recorrido, que, por si só, é suficiente para justificar a anulação da decisão controvertida.
- 26 As recorrentes e a Comissão concluem pela rejeição tanto da exceção de inadmissibilidade como da argumentação relativa ao n.º 528 do acórdão recorrido, resumida no número anterior do presente acórdão.
- 27 No fim da sua resposta, a Comissão formulou «observações suplementares sobre os ‘fundamentos essenciais’ da decisão» controvertida. Essas observações foram contestadas pela Impala, invocando o artigo 117.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. As recorrentes apoiam as referidas observações.

Quanto ao presente recurso

Quanto à admissibilidade

Quanto à excepção geral de inadmissibilidade

28 A Impala invoca, a título preliminar, a inadmissibilidade do recurso, na medida em que constitui uma tentativa de obter uma nova análise das questões de facto decididas pelo Tribunal de Primeira Instância, relativas à insuficiência de fundamentação da decisão controvertida e ao erro manifesto de apreciação nela contido. Com efeito, em grande medida, o recurso visa o reexame das questões de facto, que não são abrangidas pela competência do Tribunal de Justiça. A Impala sustenta, além disso, a este respeito, que a questão de saber se uma decisão está suficientemente fundamentada é uma questão de facto. Por último, acrescenta que as suas respostas individuais aos fundamentos invocados pelas recorrentes devem ser entendidas como subsidiárias.

29 A este respeito, há que recordar que resulta dos artigos 225.º CE e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça que o recurso das decisões do Tribunal de Primeira Instância está limitado às questões de direito. Assim, o Tribunal de Primeira Instância é o único competente para, por um lado, apurar a matéria de facto, excepto nos casos em que a inexactidão material das suas conclusões resulte dos documentos dos autos que lhe foram apresentados, e, por outro, para apreciar esses factos. Quando o Tribunal de Primeira Instância apurou ou apreciou os factos, o Tribunal de Justiça é competente, por força do artigo 225.º CE, para fiscalizar a qualificação jurídica desses factos e as consequências jurídicas daí extraídas pelo Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal de Justiça não é, pois, competente para apurar os factos nem, em princípio, para examinar as provas que o Tribunal de Primeira Instância considerou determinantes no apuramento de tais factos. Com efeito, tendo essas provas sido obtidas regularmente e os princípios gerais de direito e as regras de processo aplicáveis em matéria de ónus e de produção da prova sido respeitados, compete exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância apreciar o valor a atribuir aos elementos que lhe foram submetidos. Esta apreciação não constitui, por isso, excepto em caso de desvirtuação desses elementos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça, no âmbito dos recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância (v., nomeadamente, acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, *Baustahlgewebe/Comissão*, C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.ºs 23 e 24; de 6 de Abril de 2006, *General Motors/Comissão*, C-551/03 P, Colect., p. I-3173,

n.os 51 e 52; e de 10 de Maio de 2007, SGL Carbon/Comissão, C-328/05 P, Colect., p. I-3921, n.º 41).

30 Por outro lado, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a questão do alcance do dever de fundamentação constitui uma questão de direito que está sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito dos recursos de decisões da primeira instância, uma vez que a fiscalização da legalidade de uma decisão que é exercida nesse âmbito deve necessariamente ter em conta os factos em que o Tribunal de Primeira Instância se baseou para chegar à conclusão de que a fundamentação era suficiente ou insuficiente (v. acórdãos de 20 de Novembro de 1997, Comissão/V, C-188/96 P, Colect., p. I-6561, n.º 24, e de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 453).

31 No que diz respeito ao presente processo, como resulta, nomeadamente, do n.º 22 do presente acórdão, e contrariamente ao que sustenta a Impala, através do presente recurso, as recorrentes, de um modo geral, não pretendem pôr em causa as apreciações factuais feitas pelo Tribunal de Primeira Instância, enquanto tais. Ao invés, invocam, no essencial, questões de direito que podem, legalmente, ser objecto de recurso. Assim, há que rejeitar a excepção geral de inadmissibilidade arguida pela Impala. Posto isto, na medida em que a Impala invoca, de maneira mais precisa, a inadmissibilidade de certas partes específicas do recurso, haverá que abordar essas excepções no âmbito da análise dos fundamentos correspondentes.

Quanto à excepção de inadmissibilidade relativa ao facto de as recorrentes não terem impugnado uma passagem decisiva do acórdão recorrido

32 A Impala alega que, de qualquer forma, no n.º 528 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou que a Comissão não tinha procedido a uma análise prospectiva da questão de saber se a operação de concentração em causa criaria uma posição dominante colectiva e considerou, por esta simples razão, que o segundo fundamento invocado pela Impala era procedente, o que, por si só, era suficiente para que a decisão controvertida fosse anulada. Consequentemente, segundo a Impala, mesmo que as recorrentes obtenham o reconhecimento do mérito de um ou vários dos seus fundamentos, o recurso deve, de qualquer forma, ser rejeitado, uma

vez que elas não contestam a constatação de que não foi efectuada nenhuma análise prospectiva.

- 33 A este respeito, basta referir que, no articulado de interposição do recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, é feita referência expressa, na enumeração das passagens especificamente censuradas do acórdão recorrido, ao n.º 528 desse acórdão, bem como aos n.ºs 533, 539 e 541 do referido acórdão, que também dizem respeito à questão da criação de uma posição dominante colectiva.
- 34 Nestas circunstâncias, não se pode afirmar validamente que o recurso está limitado às declarações do Tribunal de Primeira Instância relativas à questão do reforço de uma posição dominante colectiva preexistente e que, por isso, tem de ser rejeitado na íntegra, por inadmissibilidade.

Quanto ao mérito

- 35 Os sete fundamentos invocados pelas recorrentes sobrepõem-se em vários aspectos. No essencial, o primeiro ao quarto e o sétimo fundamento respeitam às modalidades da fiscalização exercida pelo Tribunal de Primeira Instância, nomeadamente em relação às questões probatórias. O quinto fundamento respeita ao conceito de posição dominante colectiva. O sexto fundamento respeita à apreciação do Tribunal de Primeira Instância relativamente à insuficiência de fundamentação da decisão controvertida.
- 36 Há que começar a apreciação do mérito do presente recurso pelos fundamentos relativos às modalidades de tratamento dos elementos de prova aplicadas pelo Tribunal de Primeira Instância e, em primeiro lugar, pela segunda parte do terceiro fundamento.

Quanto à segunda parte do terceiro fundamento, relativa a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância ter aplicado modalidades de prova excessivas em matéria de decisões que autorizam operações de concentração

— Acórdão recorrido

37 Resulta, nomeadamente, dos n.ºs 289, 366 e 459 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância verificou se os elementos que serviram de base à decisão controvertida eram susceptíveis de justificar a apreciação da Comissão que consta dessa decisão, segundo a qual os mercados em causa não eram suficientemente transparentes para permitir a criação de uma posição dominante colectiva.

— Argumentos das partes

38 No âmbito do terceiro fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao aplicar modalidades de prova erradas e excessivas em matéria de decisões que autorizam operações de concentração. No âmbito da segunda parte deste fundamento, as recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância interpretou mal as modalidades de prova aplicáveis a essas decisões.

39 Segundo as recorrentes, uma vez que cabe à Comissão fundamentar as decisões que proíbem uma operação de concentração, se não conseguir reunir provas que correspondam ao elevado padrão imposto pelos tribunais comunitários para justificar essa proibição, particularmente quando se baseia na tese de uma posição dominante colectiva, ela tem de autorizar a operação de concentração projectada. Com efeito, resulta, em particular, do artigo 10.º, n.º 6, do regulamento que se a Comissão não conseguir demonstrar, com base em provas convincentes, a existência de um prejuízo para a concorrência, o sistema do regulamento impõe-lhe que autorize essa operação.

40 Além disso, as recorrentes alegam, a este respeito, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito pelo facto de não ter admitido que a Comissão tem de dar cumprimento a exigências de prova mais elevadas no caso de proibição de uma operação de concentração do que no caso de autorização dessa operação, uma vez que a proibição constitui um entrave grave à liberdade comercial das partes notificantes e que as operações de concentração devem beneficiar de uma presunção de compatibilidade com o mercado comum. Resulta da jurisprudência que a Comissão tem de provar o bem-fundado de uma decisão que proíbe um operação de concentração, de acordo com um critério mais estrito do que o relativo à simples ponderação das probabilidades e que, por conseguinte, a Comissão não está sujeita à mesma obrigação em matéria de prova no caso de uma decisão que autoriza uma operação de concentração e no caso de uma decisão que proíbe essa operação. Com efeito, nos termos de um padrão mais estrito do que a simples ponderação das probabilidades, a Comissão está, na realidade, obrigada a fazer unicamente prova do bem-fundado de uma decisão que proíba uma operação de concentração. Segundo as recorrentes, o facto de não ter sido admitido esse padrão de prova «assimétrico» vicia a apreciação, feita pelo Tribunal de Primeira Instância, da decisão controvertida e das provas em que a Comissão se baseou.

41 As recorrentes sustentam, além disso, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu, consequentemente, um erro de direito ao pedir à Comissão que provasse a falta de transparência do mercado da música gravada, quando devia ter verificado se, à data da decisão controvertida, havia elementos probatórios suficientes para fazer prova bastante da existência dessa transparência. Esse erro vicia o acórdão recorrido no seu todo, nomeadamente, em vários aspectos pormenorizadamente descritos no articulado de interposição do recurso, os n.ºs 381 a 387, 389, 420, 428, 429 e 433 desse acórdão.

42 Segundo a Impala, seguir a argumentação desenvolvida pelas recorrentes para sustentar a segunda parte do terceiro fundamento e reconhecer a existência de uma presunção a favor da autorização das operações de concentração poderia ter graves repercussões no regime de controlo dessas operações, como o risco de uma exploração abusiva do sistema. A referida argumentação ignora o delicado equilíbrio criado pela regulamentação comunitária relativa ao controlo das operações de concentração entre os interesses privados e os interesses públicos e a «obrigação dupla simétrica» de a Comissão proibir as operações de concentração incompatíveis com o mercado comum e autorizar as compatíveis. As modalidades de prova exigidas nesta matéria correspondem à ponderação das probabilidades e compete à Comissão demonstrar o que é mais provável. Além disso, a Impala alega que o Tribunal de Primeira Instância

concluiu, por um lado, que a Comissão tinha reunido um conjunto de elementos de prova convincentes que revelavam a existência de transparência dos mercados em causa, mas que, no entanto, tinha acabado por considerar que essa transparência era insuficiente, baseando-se na existência de descontos promocionais «menos transparentes». Por outro lado, o Tribunal também concluiu que os elementos de prova que deviam ter servido para demonstrar essa insuficiência de transparência não a corroboravam.

- 43 A Impala considera, além disso, que, com os argumentos mencionados no n.º 41 do presente acórdão, as recorrentes parecem estar a convidar o Tribunal de Justiça a pôr em causa as apreciações da matéria de facto feitas pelo Tribunal de Primeira Instância.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

- 44 A título preliminar, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a alegada inobservância das regras aplicáveis em matéria de prova constitui uma questão de direito cuja arguição é admissível na fase do recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância (v., neste sentido, acórdãos de 8 de Julho de 1999, Hüls/Comissão, C-199/92 P, Colect., p. I-4287, n.º 65, e de 25 de Janeiro de 2007, Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão, C-403/04 P e C-405/04 P, Colect., p. I-729, n.º 40). Assim, na medida em que, no âmbito da excepção geral de inadmissibilidade que invocou, a Impala suscitou especificamente a inadmissibilidade do terceiro fundamento no seu todo, essa argumentação não pode ser acolhida.

- 45 Quanto ao mérito, como refere a Impala, a segunda parte do terceiro fundamento é centrada na tese de que as exigências em matéria de prova são diferentes consoante se trate de uma decisão que autoriza uma operação de concentração ou de uma decisão que proíbe essa operação. A este propósito, não é contestado pelas partes que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância aplicou as mesmas exigências de prova em relação à decisão controvertida, que é uma decisão que autoriza uma operação de concentração, que teria aplicado a uma decisão que proibisse essa operação.

46 A este respeito, há desde já que recordar que não resulta dos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º do regulamento que este imponha exigências de prova diferentes em matéria de decisões que autorizam uma operação de concentração, por um lado, e de decisões que proíbem essa operação, por outro.

47 Assim, como o Tribunal de Justiça, no essencial, já declarou, a análise prospectiva necessária em matéria de controlo das operações de concentração, que consiste em examinar de que modo uma operação de concentração pode alterar os factores que determinam a situação da concorrência num dado mercado, para verificar se daí resulta um entrave significativo a uma concorrência efectiva, exige que se imaginem os vários encadeamentos de causa e efeito, para levar em conta aquele cuja probabilidade é mais elevada (v., neste sentido, acórdão de 15 de Fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, Colect., p. I-987, n.º 43).

48 Contrariamente ao que sustentam as recorrentes, não se pode deduzir do regulamento, por conseguinte, uma presunção geral de compatibilidade ou de incompatibilidade de uma operação de concentração notificada com o mercado comum.

49 Esta interpretação do regulamento não é infirmada pelo seu artigo 10.º, n.º 6, por força do qual uma operação de concentração notificada é considerada compatível com o mercado comum, quando a Comissão não adoptar, no prazo pertinente, uma decisão que se pronuncie sobre a compatibilidade dessa operação. Com efeito, essa disposição é uma expressão específica do imperativo de celeridade que caracteriza a economia geral do regulamento e que exige à Comissão que respeite prazos estritos para adoptar a decisão final (v., a este respeito, acórdão de 18 de Dezembro de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, C-202/06 P, Colect., p. I-12129, n.º 39). A referida disposição constitui, no entanto, uma excepção à economia geral do regulamento, decorrente, nomeadamente, dos seus artigos 6.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, de acordo com a qual a Comissão se pronunciará expressamente sobre as operações de concentração que lhe são notificadas.

50 Por outro lado, é verdade que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as decisões da Comissão sobre a compatibilidade das operações de concentração com o

mercado comum têm de ser fundamentadas com elementos suficientemente significativos e concordantes (v., neste sentido, acórdão de 31 de Março de 1998, França e o./Comissão, dito «Kali & Salz», C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375, n.º 228) e que, no contexto da análise de uma operação de concentração do tipo «conglomerado», a qualidade dos elementos de prova produzidos pela Comissão para demonstrar a necessidade de uma decisão que declare essa operação incompatível com o mercado comum é particularmente importante (v. acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido, n.º 44).

51 Todavia, isto não significa que a Comissão tenha de dar cumprimento, especialmente quando se baseia na tese de uma posição dominante colectiva, a exigências de prova mais estritas em matéria de decisões que proíbem operações de concentração do que em matéria de decisões que autorizam essas operações. Com efeito, essa jurisprudência reflecte simplesmente a função essencial da prova, que é convencer do bem-fundado de uma tese ou, como em matéria de controlo das operações de concentração, alicerçar as apreciações subjacentes às decisões da Comissão (v., neste sentido, acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido, n.ºs 41 e 44). Além disso, o facto de se tratar ou não de uma tese da existência de uma posição dominante colectiva não pode, por si só, ter influência nas exigências de prova aplicáveis. A este respeito, a complexidade intrínseca de uma tese relativa à existência de um entrave à concorrência formulada relativamente a uma operação de concentração notificada constitui um elemento que há que levar em conta quando se aprecia a plausibilidade das diversas consequências dessa operação, para identificar aquela cuja probabilidade é mais elevada, mas essa complexidade não tem, enquanto tal, influência no nível de prova exigido.

52 Decorre das considerações precedentes que, quando é submetida à sua apreciação uma operação de concentração nos termos do regulamento, a Comissão está, em princípio, obrigada a tomar posição quer no sentido de autorizar essa operação quer no sentido de a proibir, consoante a apreciação que faz da evolução económica atribuível à operação em causa cuja probabilidade é mais elevada.

53 Por conseguinte, as recorrentes consideram erradamente que, por estar em causa uma decisão que autoriza uma operação de concentração, o Tribunal de Primeira Instância devia ter verificado unicamente se a Comissão podia, aplicando exigências de prova particularmente elevadas, ter proibido a operação controvertida. Em

consequência, sem que seja necessário tomar posição sobre a admissibilidade das críticas específicas relativas aos números do acórdão recorrido referidos no n.º 41 do presente acórdão, não se pode deixar de concluir que, uma vez que a premissa subjacente a essas críticas é infundada, estas não podem, de qualquer forma, ser acolhidas.

54 Tendo em conta as considerações precedentes, há que julgar improcedente a segunda parte do terceiro fundamento.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância se ter baseado na comunicação de acusações para apreciar o conteúdo da decisão controvertida

— Acórdão recorrido

55 Em numerosas passagens do acórdão recorrido, nomeadamente nos seus n.ºs 379, 424 e 446, o Tribunal de Primeira Instância remeteu para a comunicação de acusações para apoiar o seu raciocínio, tanto no que diz respeito ao fundamento relativo à insuficiência de fundamentação da decisão controvertida como no que diz respeito ao argumento relativo a erros manifestos de apreciação contidos nessa decisão.

56 No âmbito da análise do fundamento relativo à insuficiência de fundamentação da decisão controvertida, o Tribunal de Primeira Instância observou, nomeadamente, o seguinte:

«282 Importa antes de mais examinar a incidência da circunstância, sublinhada pela [Impala], de a Comissão, na comunicação de acusações, ter concluído de forma categórica que a concentração era incompatível com o mercado comum com fundamento, nomeadamente, de que existia uma posição dominante colectiva previamente à concentração projectada e que o mercado da música gravada era muito transparente e particularmente propício à coordenação.

- 283 Esta inversão fundamental da posição da Comissão pode, é certo, parecer surpreendente, em particular tendo em conta a fase tardia em que se deu. Com efeito, como resulta dos autos e dos debates no Tribunal, durante todo o procedimento administrativo, a Comissão, com base em todas as informações que recebeu durante cinco meses de investigação, tanto dos diferentes operadores do mercado como das partes na concentração, considerou que o mercado era suficientemente transparente para permitir uma coordenação tácita dos preços e só na sequência da argumentação desenvolvida pelas partes na concentração, assistidas pelo seu consultor económico, quando da audição de [14] e [15] de Junho de 2004, é que a Comissão, sem proceder a novas investigações respeitantes ao mercado, adoptou a posição inversa e enviou, em 1 de Julho de 2004, o projecto de decisão ao comité consultivo.
- 284 Todavia, conforme alega com razão a Comissão, resulta da jurisprudência (acórdão [de 17 de Novembro de 1987], BAT e Reynolds/Comissão, [142/84 e 156/84, Colect., p. 4487]) que quando a Comissão indefere um pedido apresentado nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro regulamento de aplicação dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22)], basta-lhe expor os motivos pelos quais não considerou possível demonstrar a existência de uma infracção às regras da concorrência, não sendo obrigada a explicar eventuais diferenças em relação à comunicação de acusações, que constitui um documento preparatório cujas apreciações são de carácter puramente provisório e destinadas a circunscrever o objecto do procedimento administrativo em relação às empresas visadas por este procedimento, nem a discutir todos os pontos de facto e de direito tratados no decurso do procedimento administrativo. No seu acórdão [de 7 de Janeiro de 2004,] Aalborg Portland e o./Comissão [C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123], o Tribunal de Justiça recordou o carácter provisório da comunicação de acusações e a obrigação da Comissão de ter em conta os elementos do procedimento administrativo para, nomeadamente, abandonar as acusações que se revelaram infundadas.
- 285 Importa, na verdade, observar que esta jurisprudência foi desenvolvida a propósito de processos de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE e não no domínio específico do controlo das concentrações, no âmbito do qual a observância dos prazos imperativos que regem a adopção de decisões pela

Comissão não lhe permite prolongar a sua investigação, reduzindo assim a probabilidade de uma alteração fundamental de posição à medida que o procedimento administrativo avança. De resto, nas suas observações finais, a Comissão sublinhou que as medidas de investigação posteriores à audição consistem essencialmente em consultar os operadores do mercado sobre os compromissos propostos e não incidem sobre as acusações deduzidas contra a operação de concentração notificada. Todavia, não é menos verdade que a comunicação de acusações constitui apenas um acto preparatório e que a decisão final só deve fundamentada em relação ao conjunto de circunstâncias e elementos pertinentes para a apreciação dos efeitos da concentração projectada sobre o funcionamento da concorrência nos mercados de referência. Daqui resulta que a mera circunstância de a Comissão não ter explicado no corpo da sua decisão as alterações da sua posição em relação à que consta da comunicação de acusações não pode, enquanto tal, ser constitutiva de falta ou insuficiência de fundamentação.»

— Argumentos das partes

- 57 As recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao utilizar a comunicação de acusações como ponto de referência para avaliar o mérito da decisão controvertida, violando assim os direitos de defesa.
- 58 Nestas condições, as recorrentes consideram que a comparação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância entre a decisão controvertida e as conclusões provisórias da Comissão contidas na comunicação de acusações não pode alicerçar as conclusões que constam do acórdão recorrido, no que diz respeito à fundamentação da decisão controvertida e à apreciação da Comissão nela contida. Referem, a este respeito, os n.ºs 300, 302 e 308 do acórdão recorrido, no que respeita à apreciação pelo Tribunal de Primeira Instância da fundamentação da decisão controvertida. Além disso, quanto à análise, pelo Tribunal de Primeira Instância, dos argumentos relativos a erros manifestos de apreciação, as recorrentes criticam, no seu recurso, os n.ºs 338, 339, 341, 362, 378, 379, 398, 402, 409, 419, 424, 446, 447, 451, 456, 467, 491, 532 e 538 do referido acórdão.

59 Em apoio das recorrentes, no que respeita a este fundamento, a Comissão alega que, em grande parte do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância, contrariamente à jurisprudência que ele próprio refere no n.º 284 desse acórdão, à qual fez «apenas uma referência puramente formal», não analisou a decisão controvertida, enquanto tal, relativamente às questões de saber se essa decisão foi suficientemente fundamentada e, quanto ao fundamento relativo a um erro substancial, se a referida decisão contém erros de facto ou erros manifestos de apreciação, antes se tendo concentrado, no seu acórdão, na questão de saber se a comunicação de acusações era infundada. Assim, segundo a Comissão, uma vez que certos factos não foram mencionados na comunicação de acusações, o Tribunal de Primeira Instância deduziu que não podiam ter importância para a apreciação das consequências da operação de concentração em geral. Além disso, embora a Comissão tenha especificado, na decisão controvertida, certas conclusões que estavam formuladas de modo mais peremptório na comunicação de acusações, o Tribunal de Primeira Instância, para proceder à sua fiscalização, baseou-se na apreciação que constava da referida comunicação.

60 A Impala alega que o Tribunal de Primeira Instância se limitou a mencionar extractos da comunicação de acusações, para salientar as incoerências intrínsecas da própria decisão controvertida e a falta de fundamentação das conclusões nela formuladas. O Tribunal de Primeira Instância reconheceu expressamente que a comunicação de acusações é um documento preparatório, que as conclusões que contém são puramente provisórias e que a Comissão não tem de dar explicações sobre as divergências entre essa comunicação e a decisão controvertida.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

61 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o princípio do contraditório, que é um princípio fundamental de direito comunitário que faz parte, em particular, dos direitos de defesa, exige que a empresa interessada tenha podido, durante o procedimento administrativo, dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados bem como sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infracção ao Tratado CE (v., nomeadamente, neste sentido, acórdãos de 23 de Outubro de 1974, *Transocean Marine Paint Association/Comissão*, 17/74, *Recueil*, p. 1063, n.º 15, *Colect.*, p. 463; de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion française*

e o./Comissão, 100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 10; Kali & Salz, já referido, n.º 174; e Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 66).

- 62 Para os procedimentos de controlo das operações de concentração disciplinadas pelo regulamento, esse princípio está consagrado no artigo 18.º, n.º 3, segundo período, deste último, bem como, de modo mais preciso, no artigo 13.º, n.º 2, do regulamento de execução. Estas últimas disposições exigem, nomeadamente, no essencial, a comunicação por escrito das objecções da Comissão às partes notificantes, devendo ser-lhes indicado o prazo dentro do qual podem dar a conhecer o seu ponto de vista por escrito.
- 63 Resulta, por analogia, da jurisprudência relativa aos artigos 81.º CE e 82.º CE que a comunicação de acusações é um documento de carácter processual e preparatório que, para assegurar o exercício eficaz dos direitos de defesa, circunscreve o objecto do procedimento administrativo iniciado pela Comissão, impedindo, assim, esta última de fazer outras acusações na sua decisão que põe termo ao procedimento em causa (v., em particular, despacho de 18 de Junho de 1986, BAT e Reynolds Industries/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 1899, n.ºs 13 e 14). Por conseguinte, é inerente à natureza dessa comunicação o facto de esta ser provisória e susceptível de sofrer alterações no momento da avaliação que a Comissão faz posteriormente com base nas observações que lhe foram apresentadas em resposta pelas partes e no apuramento de outros factos (v., neste sentido, acórdão SGL Carbon/Comissão, já referido, n.º 62). Com efeito, a Comissão tem de levar em conta os elementos decorrentes do procedimento administrativo no seu todo, quer para renunciar às acusações que não têm fundamento quer para organizar e completar, tanto no que diz respeito à apreciação dos factos como do direito, a argumentação que fundamenta as acusações por ela feitas. Assim, a comunicação de acusações não impede a Comissão de modificar a sua posição em benefício das empresas em causa (v. despacho BAT e Reynolds Industries/Comissão, já referido, n.º 13).
- 64 Por conseguinte, a Comissão não está vinculada à manutenção das apreciações de facto ou de direito efectuadas nesse documento. Pelo contrário, deve fundamentar a sua decisão final com as suas apreciações definitivas baseadas nos resultados da totalidade do seu inquérito, no estado em que se apresentavam na data em que foi

encerrado o procedimento formal (v., por analogia, despacho BAT e Reynolds Industries/Comissão, já referido, n.º 15).

65 Por outro lado, a Comissão não está obrigada a explicar as eventuais diferenças em relação às suas apreciações provisórias contidas na comunicação de acusações (v., neste sentido, despacho BAT e Reynolds Industries/Comissão, já referido, n.º 15, e acórdão BAT e Reynolds/Comissão, já referido, n.º 70).

66 O facto de, ao contrário do que acontece no âmbito da aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, a Comissão estar sujeita, no âmbito do controlo das operações de concentração, a prazos processuais estritos, em nada altera a natureza provisória da comunicação de acusações. Com efeito, o exercício eficaz dos direitos de defesa exige que a argumentação das partes numa concentração proposta seja tomada em consideração, no procedimento de controlo das operações de concentração, do mesmo modo que a argumentação das partes interessadas nos procedimentos iniciados nos termos dos artigos 81.º CE ou 82.º CE.

67 É verdade que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância reconheceu expressamente, nomeadamente nos seus n.ºs 284 e 285, o carácter preparatório da comunicação de acusações, incluindo no âmbito do controlo das operações de concentração. Além disso, reconheceu que a Comissão não está obrigada, em conformidade com a jurisprudência relativa aos artigos 81.º CE e 82.º CE, a explicar as eventuais divergências em relação à comunicação de acusações.

68 Todavia, tendo em conta a argumentação das recorrentes e da Comissão, exposta nos n.ºs 58 e 59 do presente acórdão, há que analisar as críticas que aquelas fizeram a uma série de remissões concretas do Tribunal de Primeira Instância para a comunicação de acusações, no quadro da sua apreciação da legalidade da decisão controvertida.

69 A este respeito, resulta da jurisprudência que, embora, no âmbito do controlo das operações de concentração, domínio em que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação em matéria económica, a fiscalização do Tribunal de Primeira Instância esteja limitada à verificação da exactidão material dos factos e à inexistência de erro

manifesto de apreciação, não é menos verdade que o carácter correcto, completo e fiável dos factos que se encontram na base de uma decisão pode ser objecto de fiscalização jurisdicional (v., neste sentido, acórdãos Comissão/Tetra Laval, já referido, n.º 39, e de 22 de Novembro de 2007, Espanha/Lenzing, C-525/04 P, Colect., p. I-9947, n.ºs 56 e 57). Com efeito, é assim, nomeadamente, que o juiz comunitário pode verificar se os elementos de facto e de direito de que depende o exercício do poder de apreciação estavam reunidos (v., neste sentido, acórdão de 21 de Novembro de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Colect., p. I-5469, n.º 14). Consequentemente, não obstante o carácter preparatório e provisório da comunicação de acusações e apesar de a Comissão não estar obrigada a explicar as eventuais divergências em relação à comunicação de acusações, o Tribunal de Primeira Instância não está necessariamente impedido de utilizar a referida comunicação para proceder à interpretação de uma decisão da Comissão, particularmente no que diz respeito à análise da sua base factual.

70 Assim, por exemplo, as remissões do Tribunal de Primeira Instância para a comunicação de acusações, nos n.ºs 300, 302 e 308 do acórdão recorrido, no âmbito da sua apreciação sobre a fundamentação da decisão controvertida, foram efectuadas, como referiu a advogada-geral, no essencial, nos n.ºs 165 e 166 das suas conclusões, a título puramente ilustrativo, ou até exaustivo. O mesmo se diga de determinados números do referido acórdão citados pelas recorrentes, em que o Tribunal de Primeira Instância analisou os argumentos relativos a erros manifestos de apreciação, concretamente, os n.ºs 338, 339, 341, 362, 402, 456, 467, 532 e 538 do acórdão recorrido, que servem apenas para ilustrar e completar o que o Tribunal de Primeira Instância já tinha, de qualquer modo, deduzido directamente da decisão controvertida.

71 No entanto, não se pode deixar de referir que, no acórdão recorrido, algumas das remissões para a comunicação de acusações revelam que o Tribunal de Primeira Instância, não obstante as suas próprias declarações quanto ao carácter provisório dessa comunicação, deu um carácter mais fiável e decisivo àquilo que qualificou, no n.º 410 do referido acórdão, como «conclusões de facto previamente feitas» na referida comunicação do que às constatações que constam da própria decisão controvertida.

72 O Tribunal de Primeira Instância baseou-se, no essencial, a este respeito, na distinção entre, por um lado, essas «conclusões de facto previamente feitas» e, por outro, as

«apreciações», que, estas sim, podem ser validamente modificadas em maior medida. Em particular, no n.º 379 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância qualifica a afirmação que consta da comunicação de acusações, segundo a qual «existem provas suficientes de que as empresas principais estão ao corrente das respectivas condições comerciais», não como uma «apreciação da Comissão, susceptível de ser alterada, mas antes [como] uma conclusão de facto resultante da sua investigação». Esta afirmação do Tribunal de Primeira Instância deve ser interpretada à luz de outras afirmações feitas anteriormente no acórdão recorrido. Assim, no n.º 335 desse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância refere, nomeadamente, que «as apreciações contidas na decisão [controvertida] devem ser compatíveis com as conclusões de facto constantes da comunicação de acusações na medida em que não esteja provado que estas eram inexactas». Além disso, no n.º 378 do referido acórdão, o Tribunal de Primeira Instância referiu que «as conclusões que [...] são extraídas [dos elementos de prova, tal como são mencionados] na decisão [controvertida] se demarcam igualmente, de forma muito nítida, das conclusões constantes da comunicação de acusações».

73 Assim, o Tribunal de Primeira Instância não se limitou a utilizar a comunicação de acusações como instrumento para verificar o carácter correcto, completo e fiável dos factos na base da decisão controvertida. Com efeito, considerou assente uma determinada categoria de conclusões que constavam dessa comunicação, apesar de estas só poderem ser consideradas provisórias.

74 Essa concepção da comunicação de acusações resulta também de outros números do acórdão recorrido. Assim, nos n.ºs 409 e 410 desse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância critica o facto de a Comissão não ter desmentido «conclusões de facto previamente feitas» na comunicação de acusações. Além disso, no n.º 424 do referido acórdão, é censurado às recorrentes e à Comissão o facto de não terem afirmado, «nem *a fortiori* demonstra[do]», que uma «conclusão» que constava da referida comunicação era inexacta. No n.º 446 do acórdão recorrido, foi igualmente referido que «a observação de que não havia qualquer prova de que os descontos tivessem afectado sensivelmente os preços constitu[ía] mais uma conclusão de facto do que uma apreciação». Por outro lado, nos n.ºs 398, 419, 447 e 451 desse acórdão, a Comissão é censurada, no essencial, por se ter baseado, em grande medida, nos efeitos dos «descontos promocionais», para a adopção da decisão controvertida, quando, como refere o Tribunal de Primeira Instância no n.º 447 do referido acórdão, na comunicação de acusações, a Comissão «nem sequer considerou necessário mencionar [esses descontos]».

- 75 Ora, como refere a Comissão, é possível que, com a sua resposta à comunicação de acusações, as partes notificantes completem ou clarifiquem, à luz dessa comunicação, a sua «posição» sobre o funcionamento do ou dos mercados em causa, de forma que podem ser acrescentados novos elementos ou os factos já analisados pela Comissão podem ser colocados numa perspectiva completamente diferente. Nestas circunstâncias, mesmo que não seja demonstrada a falta de fundamento de certas conclusões provisórias individuais da Comissão na comunicação de acusações, a apreciação dessas conclusões pela Comissão no contexto modificado pode ser totalmente diferente. No acórdão recorrido, verifica-se que, ao centrar o seu raciocínio nas divergências entre a decisão controvertida, objecto do recurso interposto perante ele, e as «conclusões de facto previamente feitas» na comunicação de acusações, o Tribunal afastou essa possibilidade. Com efeito, como alega a Comissão, a posição adoptada pelo Tribunal, que resulta de certos números do acórdão recorrido, parece basear-se no pressuposto de que as conclusões provisórias da Comissão na referida comunicação se baseiam invariavelmente em elementos de prova inequívocos. Ora, salvo, eventualmente, elementos não controvertidos que, por exemplo, devido à sua natureza empírica e verificável, são de tal forma manifestos que são incontestáveis, não se pode presumir que as afirmações que constam de uma comunicação de acusações não são susceptíveis de modificação à luz das respostas a essa comunicação. Por outro lado, mesmo admitindo que o Tribunal de Primeira Instância tivesse o direito de distinguir entre o apuramento dos factos e as apreciações que constam da comunicação de acusações, não se pode deixar de referir que, nos n.ºs 379 e 446 do acórdão recorrido, o mesmo qualificou de conclusões factuais certas apreciações complexas que não podem em todo o caso ser consideradas apuramentos de factos não susceptíveis de serem modificados.
- 76 Nestas condições, há que concluir que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na medida em que, na sua análise dos argumentos relativos à existência de erros manifestos de apreciação, considerou assentes determinados elementos que constavam da comunicação de acusações, sem demonstrar as razões pelas quais, não obstante a posição final adoptada pela Comissão na decisão controvertida, esses elementos deviam ser considerados incontestavelmente provados.
- 77 No entanto, este erro não é, por si só, susceptível de pôr em causa a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, no n.º 377 do acórdão recorrido, segundo a qual «os elementos de prova, tal como são mencionados na decisão [controvertida], não permitem alicerçar as conclusões que deles são extraídas». Por conseguinte, não é, por si só, susceptível de levar à anulação do acórdão recorrido. Assim, há que proceder à análise dos outros fundamentos.

Quanto ao segundo fundamento e à primeira parte do terceiro fundamento, relativos a erros de direito que consistem em o Tribunal de Primeira Instância ter considerado que a Comissão devia ter procedido a novas verificações, na sequência da resposta à comunicação de acusações, e ter aplicado modalidades de prova excessivas aos elementos apresentados em resposta à comunicação de acusações

— Acórdão recorrido

- 78 No âmbito da análise do fundamento relativo a erros manifestos de apreciação no que diz respeito à transparência do mercado, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 414 do acórdão recorrido, afirmou, nomeadamente, que «as partes na concentração não podem aguardar o último minuto para apresentar à Comissão elementos de prova com vista a refutar as acusações suscitadas em tempo útil pela Comissão, na medida em que esta já não tem possibilidade de proceder às verificações necessárias. Importa pelo menos, nesta hipótese, que estes elementos de prova se mostrem particularmente fiáveis, objectivos, pertinentes e convincentes para poder refutar validamente as acusações suscitadas pela Comissão».
- 79 Além disso, no n.º 415 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância observa que a Comissão não pode «chegar ao ponto de delegar, sem controlo, a responsabilidade da condução de certos aspectos da investigação nas partes na concentração, sobretudo quando, como no caso em apreço, estes aspectos constituem o elemento crucial no qual a decisão [controvertida] é baseada e os dados e apreciações submetidos pelas partes na concentração são diametralmente opostos às informações recolhidas pela Comissão durante a investigação assim como às conclusões que ela daí extraíra».
- 80 Acresce que, em várias ocasiões, no acórdão recorrido, nomeadamente nos seus n.ºs 398, 428 e 451, o Tribunal de Primeira Instância referiu que a Comissão não procedeu, na sequência da resposta das partes na concentração à comunicação de acusações, a novos estudos de mercado, para avaliar a solidez da nova orientação da sua apreciação da operação de concentração projectada.

— Argumentos das partes

- 81 No âmbito do segundo fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito por ter considerado, no essencial, que a Comissão está obrigada a efectuar novos estudos de mercado, na sequência da resposta à comunicação de acusações. Assim, não tem fundamento a sua conclusão segundo a qual a Comissão cometeu erros de apreciação e de fundamentação porque não procedeu a novas diligências de instrução.
- 82 Na primeira parte do terceiro fundamento, que há que apreciar juntamente com o segundo fundamento, as recorrentes alegam que, no n.º 414 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância insinuou, na realidade, que as provas de defesa produzidas pelas partes notificantes em resposta à comunicação de acusações estão sujeitas a exigências mais estritas do que as aplicáveis aos elementos probatórios indicados pela Comissão na comunicação de acusações para fundamentar as suas objecções.
- 83 Em apoio das recorrentes, a Comissão alega, em primeiro lugar, que, tendo em conta os curtos prazos a que está sujeita por força do regulamento, deve ter a possibilidade de se basear em elementos de prova apresentados pelas recorrentes na resposta à comunicação de acusações, uma vez que a referida resposta faz parte do procedimento formal. À semelhança das recorrentes, a Comissão recorda que o regulamento prevê a imposição de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias quando forem transmitidas informações inexactas ou deturpadas e lhe permite revogar uma decisão que assente em indicações inexactas pelas quais uma das empresas seja responsável, ou que tenha sido obtida fraudulentamente.
- 84 Em segundo lugar, a Comissão considera que o n.º 414 do acórdão recorrido, que expõe a posição adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 415 a 457 desse acórdão, relativamente a determinados elementos de prova, revela uma série de erros de direito interligados, relativos, nomeadamente, à força probatória dos elementos de prova apresentados em resposta à comunicação de acusações.

85 A Impala sustenta que o Tribunal de Primeira Instância teve em conta os prazos estritos previstos no regulamento. Apenas mencionara o facto de a Comissão não ter procedido ao menor estudo complementar de mercado, sem esclarecer se, depois da audição, deviam ter sido efectuados estudos de mercado. Segundo a Impala, a Comissão devia ter investigado a problemática da transparência e dos descontos, antes de emitir a comunicação de acusações.

86 Quanto à primeira parte do terceiro fundamento, a Impala sustenta que resulta do n.º 414 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância faz alusão a uma situação teórica em que as partes numa operação de concentração transmitem elementos de prova no último minuto, não deixando à Comissão nenhuma possibilidade de proceder às investigações necessárias. Segundo a Impala, resulta igualmente desse mesmo número do acórdão recorrido que se deve presumir que o Tribunal de Primeira Instância não considerava que a Comissão devia ter investigado a referida problemática depois da audição, mas sim que devia ter agido nesse sentido mais cedo durante o procedimento formal.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

87 Desde logo, há que afastar a tese da Impala, exposta no n.º 86 do presente acórdão, segundo a qual o n.º 414 do acórdão recorrido se refere a uma situação hipotética. Com efeito, esta interpretação do referido n.º 414 é desmentida pelos seus próprios termos, dos quais resulta que as observações do Tribunal de Primeira Instância criticadas no âmbito da primeira parte do terceiro fundamento se referem ao procedimento que levou à adopção da decisão controvertida.

88 Em seguida, há que recordar que, como resulta dos n.ºs 61 e 62 do presente acórdão, a observância dos direitos de defesa, antes da adopção de qualquer decisão que possa afectar as empresas em causa, é imperativa nos procedimentos de controlo das operações de concentração.

89 Consequentemente, em princípio, não se pode censurar às partes notificantes o facto de só apresentarem determinados argumentos, factos ou meios de prova,

eventualmente decisivos, no quadro da sua argumentação em resposta à comunicação de acusações. De facto, só com esta comunicação de acusações é que as partes na operação de concentração podem obter indicações detalhadas quanto às objecções da Comissão a respeito do seu projecto de concentração e aos argumentos e meios de prova em que esta se apoia para esse efeito. Como resulta do n.º 62 do presente acórdão, decorre dos direitos de defesa das empresas notificantes, consagrados no artigo 18.º, n.º 3, segundo período, do regulamento assim como no artigo 13.º, n.º 2, do regulamento de execução, que, por ocasião da sua audição escrita e oral depois da recepção da comunicação de acusações, estas têm o direito de apresentar tudo o que considerarem susceptível de invalidar as acusações da Comissão e de a levar a autorizar a sua operação de concentração proposta. Contrariamente ao que o Tribunal de Primeira Instância parece deixar entender, nomeadamente no n.º 414 do acórdão recorrido, uma argumentação apresentada em resposta à comunicação de acusações faz parte do inquérito a levar a cabo no âmbito do procedimento formal. Tal argumentação não é extemporânea, antes intervindo no momento previsto para o efeito no procedimento de controlo das operações de concentração.

90 Por outro lado, há igualmente que recordar que, como resulta do n.º 49 do presente acórdão, o imperativo de celeridade que caracteriza a economia geral do regulamento impõe à Comissão a observância dos prazos estritos previstos para a adopção da decisão final.

91 Nestas condições, tendo em conta, em especial, os condicionalismos temporais decorrentes dos prazos processuais previstos pelo regulamento, a Comissão não pode, em princípio, ser obrigada, em cada caso individual, a enviar a vários operadores económicos, depois da comunicação de acusações e depois da audição das empresas em causa, pedidos de informações complementares, pouco tempo antes da transmissão do seu projecto de decisão ao comité consultivo para o controlo das concentrações de empresas, nos termos do artigo 19.º do regulamento.

92 Além disso, como refere a Comissão, a resposta à comunicação de acusações pode dar especial atenção a elementos que as partes notificantes consideram cruciais para o resultado do procedimento formal. Estes elementos podem não ter sido considerados cruciais na comunicação de acusações. Ora, o facto de esses elementos não serem tomados em consideração pode fazer parte das críticas das empresas notificantes à apreciação preliminar da Comissão. Tendo em conta as exigências decorrentes dos direitos de defesa, a argumentação das partes notificantes, apresentada em resposta

à comunicação de acusações, não pode ser sujeita a exigências maiores, quanto à respectiva força probatória e ao seu carácter convincente, do que as impostas em relação à argumentação dos concorrentes, dos clientes e de outros terceiros interrogados pela Comissão no âmbito do procedimento administrativo ou em relação aos elementos apresentados pelas empresas notificantes numa fase anterior do inquérito da Comissão.

93 Por outro lado, quando, na sua decisão, analisa a argumentação de defesa das empresas notificantes e aproveita a ocasião para rever as suas conclusões provisórias que constam da comunicação de acusações, para eventualmente se afastar delas, a Comissão não procede a uma «delegação» do inquérito às referidas empresas. A este respeito, há que recordar que os artigos 14.º e 15.º do regulamento prevêem a aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias se forem transmitidas informações inexactas ou deturpadas e que o artigo 8.º, n.º 5, alínea a), do mesmo regulamento permite à Comissão revogar uma decisão que assente em indicações inexactas pelas quais seja responsável uma das empresas, ou que tenha sido obtida fraudulentamente.

94 É verdade que a Comissão está obrigada a analisar cuidadosamente a argumentação das partes na concentração, quanto à sua exactidão, ao seu carácter completo e convincente, e a ignorá-la em caso de dúvidas justificadas. Também é verdade que, por força do artigo 3.º, n.º 1, do regulamento de execução, a notificação do projecto da operação de concentração deve conter informações exactas e completas, e que, em conformidade com o artigo 11.º do regulamento, as partes notificantes estão obrigadas a responder de modo completo, exacto e dentro dos prazos previstos a eventuais pedidos de informação da Comissão, sob pena de, se as informações em causa tiverem sido pedidas por meio de uma decisão, a Comissão poder, ao abrigo dos artigos 14.º e 15.º do regulamento, aplicar coimas e sanções pecuniárias compulsórias. Não é menos verdade, no entanto, que, aquando da resposta à comunicação de acusações, sob pena de desvalorizar os direitos de defesa das partes notificantes, a Comissão tem de aplicar os mesmos critérios que os aplicados para efeitos da análise da argumentação de terceiros ou que os utilizados numa fase mais precoce do seu inquérito, podendo ao mesmo tempo extrair as devidas consequências no caso de, numa fase muito avançada do procedimento, se verificar que a notificação em causa não respeita as exigências do artigo 3.º, n.º 1, do regulamento de execução.

95 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, por um lado, ao impor, em substância, que a Comissão fosse particularmente exigente

relativamente ao carácter probatório dos elementos de prova e de argumentação carreados pelas partes notificantes em resposta a uma comunicação de acusações e, por outro, ao concluir que o facto de não terem sido efectuados estudos de mercado suplementares depois da comunicação de acusações e de a Comissão ter tomado em consideração a argumentação de defesa das recorrentes equivalia a uma delegação ilegal do inquérito nas partes na concentração.

- ⁹⁶ Todavia, este erro de direito não afecta todo o acórdão recorrido, particularmente a parte desse acórdão relativa às insuficiências de fundamentação da decisão controvertida e a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, que consta do n.º 377 do acórdão recorrido, segundo a qual «os elementos de prova, tal como são mencionados na [referida] decisão, não permitem alicerçar as conclusões que deles são extraídas». Assim, há que proceder à análise dos outros fundamentos.

Quanto ao sétimo fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância se ter baseado em elementos de prova que não foram divulgados às partes na operação de concentração

— Acórdão recorrido

- ⁹⁷ No n.º 352 do acórdão recorrido, no âmbito da análise efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância relativamente à transparência dos preços e, em particular, à possibilidade de vigilância do mercado de retalho pelas empresas principais com o auxílio de relatórios de acompanhamento semanais elaborados pelos seus serviços comerciais, o Tribunal de Primeira Instância menciona uma conclusão da Comissão que consta da decisão controvertida, segundo a qual as recorrentes criaram um sistema de relatórios semanais que incluíam igualmente informações sobre os concorrentes. Nos n.ºs 356 a 360 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância remete, em complemento a esta questão, para determinados documentos apresentados pela Impala e qualificados como confidenciais. Assim, nos n.ºs 356 a 360 da versão do acórdão recorrido publicada na Colectânea, aparece apenas a menção «[*confidencial*]». Também é feita referência aos relatórios semanais de acompanhamento, nos n.ºs 389 e 451 desse acórdão, contendo o referido n.º 389 uma parte com a menção «[*confidencial*]», na sua versão publicada na Colectânea.

— Argumentos das partes

98 As recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao basear-se, nos n.ºs 356 a 360 do acórdão recorrido, em elementos de prova que não estavam à disposição da Comissão no momento da adopção da decisão controvertida e que nunca lhe tinham sido comunicados. A este respeito, é difícil conceber por que razão o Tribunal de Primeira Instância evocou esses documentos em cinco números do seu acórdão e se referiu aos mesmos, por duas vezes, nos n.ºs 389 e 451 do acórdão recorrido, se não os considerava pertinentes em relação ao resultado da sua fiscalização.

99 A Impala sustenta que os elementos em causa foram mencionados na audição de 14 e 15 de Junho de 2004, na presença das partes, e comunicados a título confidencial à Comissão, depois desses debates. Segundo a Impala, aquando dos referidos debates, as recorrentes foram, assim, informadas de que estavam em causa as suas próprias práticas de acompanhamento dos preços em França e apresentaram várias observações sobre esse aspecto do regime de fixação dos preços, tanto durante o procedimento administrativo como durante o processo no Tribunal de Primeira Instância. De qualquer forma, segundo a Impala, mesmo que as críticas formuladas pelas recorrentes no âmbito desse fundamento fossem procedentes, os referidos elementos não poderiam ser tomados em consideração, uma vez que não tiveram influência no acórdão recorrido.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

100 Antes de mais, há que afastar o argumento da Impala, exposto no n.º 99 do presente acórdão, segundo o qual as recorrentes foram suficientemente informadas do conteúdo dos documentos objecto dos n.ºs 356 a 360 do acórdão recorrido, aquando da audição na Comissão. Com efeito, resulta da resposta da Impala apresentada no Tribunal de Justiça que «[e]ssa informação foi mencionada na audição [...] e foi depois comunicada à Comissão a título confidencial depois da audição». Nestas circunstâncias, não se pode afirmar que o conteúdo desses documentos foi descrito em tempo útil e com a precisão e a coerência necessárias para permitir às recorrentes, se necessário, responder utilmente às propostas que a Impala extraiu dos referidos documentos perante a Comissão.

- 101 Nos termos do artigo 18.º, n.º 3, do regulamento, a Comissão pode fundamentar as suas decisões adoptadas nos termos do referido regulamento, exclusivamente, em objecções relativamente às quais os interessados tenham podido fazer valer as suas observações. Consequentemente, como as recorrentes não tomaram conhecimento, em tempo útil, do teor dos documentos confidenciais em questão, a Comissão não podia basear-se nesses documentos para efeitos da adopção da decisão controvertida.
- 102 Assim, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao basear-se, tendo em vista a anulação da decisão controvertida, em documentos apresentados a título confidencial pela Impala, uma vez que a própria Comissão não pôde utilizá-los para efeitos da adopção da referida decisão, devido ao seu carácter confidencial.
- 103 Sem que seja necessário apreciar a questão de saber se o facto de esses documentos serem tomados em consideração poderia ter tido influência no resultado da análise, feita pelo Tribunal de Primeira Instância, dos argumentos relativos aos erros manifestos de apreciação cometidos pela Comissão, basta referir que, de qualquer forma, o erro de direito identificado no âmbito deste sétimo fundamento não é susceptível de pôr em causa a conclusão do Tribunal de Primeira Instância, que consta do n.º 325 do acórdão recorrido, segundo a qual, no essencial, a decisão controvertida deve ser anulada devido à insuficiência de fundamentação. Por conseguinte, há que proceder à análise dos outros fundamentos.

Quanto ao quinto fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância não ter observado os critérios jurídicos pertinentes aplicáveis em matéria de criação ou de reforço de uma posição dominante colectiva

— Acórdão recorrido

- 104 Nos n.ºs 250 a 254 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância formulou, nomeadamente, as seguintes observações relativamente ao conceito de posição dominante colectiva:

- «250 [...] A determinação da existência de uma posição dominante colectiva deve apoiar-se numa série de elementos de facto estabelecidos, passados ou actuais, que atestem o entrave significativo à concorrência no mercado, em virtude do poder adquirido por determinadas empresas de adoptar conjuntamente uma mesma linha de acção nesse mercado, numa medida significativa, independentemente dos seus concorrentes, da sua clientela e dos consumidores.
- 251 Daqui resulta que, no âmbito da apreciação da existência de uma posição dominante colectiva, as três condições enunciadas pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão [de 6 de Junho de 2002,] *Airtours/Comissão*, [T-342/99, *Colect.*, p. II-2585], inferidas a partir de uma análise teórica do conceito de posição dominante colectiva, embora sejam, é certo, igualmente necessárias, podem contudo, se for caso disso, ser provadas indirectamente com base num conjunto de indícios e de elementos de prova que podem exclusivamente ser muito heterogéneos, relativos aos sinais, manifestações e fenómenos inerentes à existência de uma posição dominante colectiva.
- 252 Assim, em particular, um alinhamento estreito dos preços durante um longo período, sobretudo se forem de um nível supraconcorrencial, juntamente com outros factores típicos de uma posição dominante colectiva, poderia, na falta de outra explicação razoável, bastar para demonstrar a existência de uma posição dominante colectiva, mesmo que não houvesse provas directas sólidas de uma forte transparência do mercado, tendo em conta que esta última pode presumir-se em tais circunstâncias.
- 253 Daqui resulta que, no caso presente, o alinhamento dos preços, tanto brutos como líquidos, durante os seis últimos anos, quando os produtos não são idênticos (cada disco tem um conteúdo diferente), assim como a sua manutenção a um nível bastante estável e considerado elevado não obstante uma baixa importante da procura, juntamente com outros factores (poder das empresas em situação de oligopólio, estabilidade das partes de mercado, etc.), conforme declarados pela Comissão na decisão, podem, na falta de outra explicação, sugerir ou constituir um indício de que o alinhamento dos preços não é o resultado do funcionamento normal de uma concorrência efectiva e de que o mercado é suficientemente transparente, na medida em que permitiu uma coordenação tácita dos preços.

254 Todavia, dado que a [Impala] baseou a sua argumentação numa aplicação incorrecta das diversas condições exigidas para a existência de uma posição dominante colectiva, conforme definidas no acórdão *Airtours/Comissão*, [já referido], e em particular a relativa à transparência do mercado, mais do que na tese de que a constatação de uma política comum durante um longo período, associada à presença de uma série de outros factores característicos de uma posição dominante colectiva, pode em determinadas circunstâncias e na falta de outra explicação, bastar para demonstrar a existência dessa posição, por oposição à sua criação, sem que seja necessário provar positivamente a transparência do mercado, o Tribunal limitar-se-á, no âmbito do exame dos fundamentos suscitados, a verificar se a decisão [controvertida] fez uma aplicação correcta das condições definidas pela jurisprudência *Airtours*. Com efeito, mesmo não sendo necessário questionar se a atitude inversa conduziria o Tribunal a exceder o âmbito do litígio tal como definido pelas partes ou constituiria uma simples aplicação do direito no âmbito de um fundamento suscitado pela [Impala], esta diligência impõe-se por força do princípio do contraditório, uma vez que esta questão não foi debatida no Tribunal.»

105 O n.º 309 do acórdão recorrido tem a seguinte redacção:

«Por outro lado, decorre da última frase do considerando 77 da decisão [controvertida] que os descontos não são susceptíveis de afectar realmente a transparência do mercado em matéria de preços que resultam, nomeadamente, dos preços públicos de catálogo, na medida em que se afirma que '[s]e as grandes casas discográficas se tivessem afastado sensivelmente das políticas acordadas em matéria de preços concedendo descontos, este afastamento reflectir-se-ia nos seus preços médios líquidos'.»

106 Quanto à questão dos efeitos das variações dos descontos na transparência do mercado, o Tribunal de Primeira Instância referiu, nomeadamente, no n.º 420 do acórdão recorrido, que, «[como] referiu a [Impala], as diferenças nas gamas de descontos no tempo podem ser o resultado de diferenças nos comportamentos e não excluem que os descontos assentem num conjunto conhecido de regras».

107 No n.º 427 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância referiu que determinados elementos de prova em que a Comissão se tinha apoiado «não exclu[íam] que [variações dos descontos por cliente] [pudessem], pelo menos para um profissional do sector, ser facilmente explicadas a partir de um certo número de regras gerais ou específicas que regulam a concessão dos descontos».

108 O n.º 428 do acórdão recorrido tem a seguinte redacção:

«Embora, conforme sublinhou a Comissão, a [Impala] não tenha, é certo, exposto de forma precisa quais são as diferentes regras que regulam a concessão dos descontos promocionais nem, segundo a Comissão, mencionado um número demasiado elevado de tais regras, o que tornaria a sua aplicação complexa e, portanto, pouco transparente, não é menos verdade que, conforme já foi afirmado, a Comissão não procedeu a qualquer investigação no mercado a este propósito ou, pelo menos, não apresentou qualquer elemento de prova da opacidade dos descontos promocionais para além dos quadros das partes na concentração, os quais, para além das suas imperfeições, só têm, de qualquer modo, por objectivo demonstrar a existência de determinadas variações dos referidos descontos, mas não demonstram que estas variações não poderiam ser explicadas mais ou menos facilmente por um profissional do sector. [...]»

109 No n.º 429 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância refere que «[e]mbora a combinação das variáveis tenha necessariamente como efeito aumentar as hipóteses, a Comissão não demonstrou todavia que o seu exercício se tornaria de uma dificuldade excessiva para um profissional do mercado».

— Argumentos das partes

110 As recorrentes alegam que, ao concluir que a Comissão tinha cometido erros manifestos de apreciação e fundamentado insuficientemente a decisão controvertida em relação à transparência do mercado, o Tribunal de Primeira Instância ignorou o estado actual do direito comunitário relativamente ao conceito de posição dominante colectiva. Segundo as recorrentes, o critério relativo à transparência do mercado

como elemento indicativo da existência de uma posição dominante colectiva num mercado, tal como foi enunciado pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão *Airtours/Comissão*, já referido, e que o Tribunal de Primeira Instância declarou ter seguido no acórdão recorrido, impunha que a Comissão demonstrasse, em primeiro lugar, que as empresas principais dispunham de um mecanismo aceitável de vigilância dos seus preços líquidos de comércio por grosso respectivos e, em segundo lugar, atendendo a que a decisão controvertida dizia essencialmente respeito à questão da existência de um conluio tácito, que as empresas principais tinham efectivamente aplicado esse mecanismo de vigilância.

- 111 Segundo as recorrentes, na prática, o Tribunal de Primeira Instância aplicou um critério atenuado para demonstrar a transparência do mercado, como resulta, nomeadamente, do n.º 251 do acórdão recorrido, na medida em que inferiu essa transparência de determinados factores que, juridicamente, não são suficientes para demonstrar o grau exigido de transparência. Em particular, ao ignorar a pertinência dos descontos para a apreciação da transparência ao nível dos preços líquidos de comércio por grosso, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito por não ter identificado um método que permitisse vigiar de modo suficientemente preciso e oportuno as alterações significativas dos preços líquidos de comércio por grosso das outras empresas principais para identificar com precisão e a tempo qualquer desvio nos níveis de preços tacitamente acordados.
- 112 Segundo as recorrentes, a hipótese de um conluio tácito preexistente implica que as recorrentes e as outras empresas principais tivessem realmente vigiado os seus preços líquidos de comércio por grosso e dispusessem de informações suficientemente precisas e oportunas sobre as alterações dos referidos preços. Ora, nem o Tribunal de Primeira Instância, nem a Impala, nem a Comissão foram capazes de identificar um mecanismo de vigilância, pelas empresas principais, dos preços líquidos de comércio por grosso, ou provar que esse mecanismo foi utilizado.
- 113 O Tribunal de Primeira Instância aplicou, ao invés, segundo as recorrentes, um critério errado na sua apreciação do grau de transparência exigido para se poder concluir pela existência de uma posição dominante colectiva nos mercados da música gravada em causa. Com efeito, tomou em consideração elementos que não são pertinentes em relação ao critério relativo à transparência do mercado e afastou

outros elementos que, no entanto, são manifestamente pertinentes nessa matéria. A este respeito, as recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu erros de direito, nomeadamente:

- ao deduzir, no n.º 309 do acórdão recorrido, a transparência dos descontos do seu impacto nos preços líquidos médios;
- ao afastar, no n.º 429 do acórdão recorrido, a pertinência das estruturas complexas de preços na sua apreciação da transparência; e
- ao afastar, nos n.ºs 298, 306, 310 e 395 do acórdão recorrido, a pertinência da variação dos preços para apreciar a transparência.

114 A Impala começa por sugerir que o quinto fundamento é uma tentativa, por parte das recorrentes, de pôr em causa as apreciações relativas à matéria de facto feitas pelo Tribunal de Primeira Instância, sem invocarem erros de direito.

115 Subsidiariamente, a Impala sustenta que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância aplicou um critério correcto para demonstrar a transparência do mercado, concretamente, o critério enunciado no n.º 62 do acórdão Airtours/Comissão, já referido, do Tribunal de Primeira Instância. A este respeito, a Impala alega, nomeadamente, que o único elemento que a Comissão declarou ser «menos» transparente foi o relativo aos descontos promocionais. No entanto, apesar de ter procedido a uma análise exaustiva dos elementos de prova determinantes em que a Comissão baseou a sua conclusão, o Tribunal de Primeira Instância considerou que os mesmos não eram suficientes para a fundamentar. Na verdade, o quinto fundamento não respeita ao critério jurídico da transparência do mercado, mas sim à avaliação pelo Tribunal de Primeira Instância dos elementos de facto que demonstram essa transparência. Segundo a Impala, o acórdão recorrido não fez uma aplicação errada do critério enunciado no n.º 62 do acórdão Airtours/Comissão, já referido, do Tribunal de Primeira Instância, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância não aplicou um critério atenuado nem deixou de analisar a transparência ao nível exigido.

116 A Impala contesta, além disso, as alegações resumidas no n.º 113 do presente acórdão.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

117 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a questão de saber se o Tribunal de Primeira Instância aplicou uma norma jurídica correcta na análise dos elementos de prova constitui uma questão de direito que pode, enquanto tal, ser invocada no âmbito de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância (v. acórdão Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão, já referido, n.º 40). Relativamente ao presente processo, os argumentos das recorrentes expostos nos n.ºs 110 a 112 do presente acórdão são, portanto, admissíveis nesta fase do recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância.

118 No que diz respeito às três críticas pontuais resumidas no n.º 113 do presente acórdão, só a segunda e a terceira são admissíveis. Com efeito, a primeira crítica pontual não tem por objecto a pertinência de um elemento particular utilizado para demonstrar a existência de uma posição dominante colectiva, destinando-se, na realidade, a obter uma nova apreciação dos factos, o que, por força da jurisprudência constante recordada no n.º 29 do presente acórdão, escapa, em princípio, à competência do Tribunal de Justiça em matéria de recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância (v., igualmente, neste sentido, por analogia, acórdão de 22 de Novembro de 2007, Sniace/Comissão, C-260/05 P, Colect., p. I-10005, n.ºs 34 e 35). Em contrapartida, a segunda e terceira críticas pontuais constituem uma invocação de erros de direito.

119 No que diz respeito à procedência deste fundamento, há que recordar, a título preliminar, que o Tribunal de Justiça já declarou, no essencial, que o conceito de posição dominante colectiva está incluído no conceito de «posição dominante», na acepção do artigo 2.º do regulamento (v., neste sentido, acórdão Kali & Salz, já referido, n.ºs 166 e 178). A este respeito, a existência de um acordo ou de outros laços jurídicos entre as empresas em causa não é indispensável para a verificação da existência de uma posição dominante colectiva. Essa verificação pode resultar de outros factores de correlação e depende de uma apreciação económica, designadamente de uma apreciação da estrutura do mercado em causa (v. acórdão de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.º 45).

120 Uma vez que se trata de uma alegação de criação ou de reforço de posição dominante colectiva, a Comissão deve apreciar, segundo uma análise prospectiva do mercado de referência, se a operação de concentração que lhe é notificada conduz a uma situação em que sejam causados entraves significativos à concorrência efectiva no mercado em causa por parte das empresas que intervêm na operação de concentração e por uma ou mais empresas terceiras que, em conjunto, designadamente em função dos factores de correlação que existam entre as mesmas, possam adoptar a mesma linha de acção no mercado (v. acórdão Kali & Salz, já referido, n.º 221), para tirar proveito de uma situação de poder económico colectivo, e isto sem que os concorrentes, actuais ou potenciais, ou mesmo os clientes e os consumidores, possam reagir de maneira efectiva.

121 Estes factores de correlação incluem, em especial, a relação de interdependência que existe entre os membros de um oligopólio restrito, no interior do qual, num mercado com as características apropriadas, designadamente, em termos de concentração do mercado, de transparência e de homogeneidade do produto, estão em condições de prever os comportamentos recíprocos e são, portanto, fortemente incitados a alinhar o seu comportamento no mercado, de modo a maximizarem o seu lucro comum, aumentando os preços, reduzindo a produção, a escolha ou a qualidade dos bens ou dos serviços, reduzindo a inovação ou exercendo, de outra forma, influência nos factores concorrenciais. Efectivamente, em tal contexto, cada operador sabe que uma acção fortemente concorrencial da sua parte provocaria uma reacção idêntica dos outros, de modo que não retiraria nenhum benefício da sua iniciativa.

122 Uma situação de posição dominante colectiva que entrava de maneira significativa a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste pode, assim, acontecer na sequência de uma operação de concentração, quando, tendo em conta as próprias características do mercado em causa e a modificação que a realização da operação provocaria na sua estrutura, esta operação dê lugar a que, consciente dos interesses comuns, cada membro do oligopólio dominante em causa considere possível, economicamente racional e, portanto, preferível adoptar, de forma duradoura, uma mesma linha de acção no mercado, com o objectivo de vender acima dos preços concorrenciais, sem ter de proceder à celebração de um acordo ou recorrer a uma prática concertada na acepção do artigo 81.º CE, e isso sem que os concorrentes, actuais ou potenciais, ou mesmo os clientes e os consumidores, possam reagir de maneira efectiva.

- 123 A probabilidade dessa coordenação tácita é maior se os concorrentes puderem facilmente adquirir uma percepção comum do modo como deve funcionar a coordenação, nomeadamente dos parâmetros susceptíveis de ser objecto da coordenação planeada. Com efeito, se não puderem chegar tacitamente a uma compreensão partilhada das modalidades de coordenação, os concorrentes terão eventualmente de recorrer a práticas proibidas pelo artigo 81.º CE, para poderem adoptar uma linha comum de acção no mercado. Além disso, tendo em conta, nomeadamente, a eventual tentação de os participantes numa estratégia de coordenação tácita se desviarem dela para aumentar o seu lucro a curto prazo, há que verificar se essa coordenação é susceptível de ser duradoura. A este respeito, as empresas que coordenam o seu comportamento devem ser capazes de vigiar em medida suficiente a observância das modalidades de coordenação. A transparência no mercado deve, assim, ser suficiente para permitir, nomeadamente, que cada uma das empresas em causa conheça, de modo suficientemente preciso e imediato, a evolução do comportamento no mercado de cada um dos outros participantes na estratégia de coordenação. Além disso, a disciplina impõe que exista um mecanismo de dissuasão credível, susceptível de ser executado se for detectado um desvio de comportamento. Acresce que as reacções das empresas que não participam na estratégia de coordenação, como os concorrentes actuais ou potenciais, bem como as reacções dos clientes, não devem poder pôr em causa os resultados que se esperam obter com a coordenação.
- 124 Os requisitos enunciados pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 62 do acórdão *Airtours/Comissão*, já referido, que o Tribunal de Primeira Instância concluiu, no n.º 254 do acórdão recorrido, deverem ser aplicados no litígio que lhe fora submetido, não ignoram os critérios expostos no número anterior do presente acórdão.
- 125 Ora, no âmbito da aplicação desses critérios, importa evitar uma reacção mecânica que consiste em verificar separadamente cada um desses critérios isoladamente considerados, ignorando o mecanismo económico global de uma hipotética coordenação tácita.
- 126 A este respeito, a apreciação, por exemplo, da transparência num determinado mercado não deve fazer-se de modo isolado e abstracto, mas de acordo com um mecanismo de uma hipotética coordenação tácita. Com efeito, só tendo em consideração esta hipótese é que é possível verificar se eventuais elementos de transparência existentes num mercado são efectivamente susceptíveis de facilitar a definição tácita de uma linha de conduta comum e/ou de permitir que os concorrentes em causa vigiem de maneira suficiente se as modalidades dessa linha de conduta são

observadas. A este respeito, para efeitos da análise da durabilidade de uma suposta coordenação tácita, é necessário ter em conta os mecanismos de vigilância eventualmente acessíveis aos participantes na alegada estratégia de coordenação tácita, para verificar se, através desses mecanismos, lhes é possível conhecer, de modo suficientemente preciso e imediato, a evolução do comportamento no mercado de cada um dos outros participantes nessa estratégia de coordenação.

127 No que diz respeito ao presente processo, as recorrentes alegam que, apesar de, no n.º 254 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância ter declarado que seguiu a linha de raciocínio do seu acórdão *Airtours/Comissão*, já referido, na prática, cometeu um erro de direito ao inferir a existência de uma transparência suficiente a partir de determinados factores que, porém, não eram pertinentes para efeitos de concluir pela existência de uma posição dominante colectiva. Neste contexto, as recorrentes censuram ao Tribunal de Primeira Instância, nomeadamente, o facto de ter admitido, no n.º 251 do acórdão recorrido, que os requisitos enunciados no n.º 62 do acórdão *Airtours/Comissão*, já referido, podem, «se for caso disso, ser provad[o]s indirectamente com base num conjunto de indícios e de elementos de prova que podem, exclusivamente ser muito heterogéneos, relativos aos sinais, manifestações e fenómenos inerentes à existência de uma posição dominante colectiva».

128 A este respeito, há que salientar, como observou a Comissão na audiência, que o referido n.º 251 não é criticável em si mesmo, uma vez que se trata de uma declaração geral que reflecte a livre análise, efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, de diversos elementos de prova. Com efeito, decorre de jurisprudência constante que, em princípio, compete exclusivamente ao Tribunal a apreciação do valor a atribuir aos elementos de prova que lhe foram submetidos (v., nomeadamente, acórdãos de 1 de Junho de 1994, *Comissão/Brazzelli Lualdi e o.*, C-136/92 P, *Colect.*, p. I-1981, n.º 66, e de 15 de Junho de 2000, *Dorsch Consult/Conselho e Comissão*, C-237/98 P, *Colect.*, p. I-4549, n.º 50).

129 Do mesmo modo, a averiguação de uma posição dominante colectiva preexistente, baseada numa série de elementos habitualmente considerados indicativos da existência ou da probabilidade de uma coordenação tácita entre concorrentes, não pode, portanto, enquanto tal, ser posta em causa. Todavia, como resulta do n.º 125 do presente acórdão, é imperativo que essa averiguação seja conduzida com precaução, sobretudo, no âmbito de uma abordagem baseada na análise de eventuais estratégias plausíveis de coordenação.

- 130 Ora, no caso em apreço, não se pode deixar de concluir que o Tribunal de Primeira Instância, perante o qual a Impala invocou argumentos relativos, em particular, às partes da decisão controvertida consagradas à transparência do mercado, não efectuou a sua análise das referidas partes dessa decisão à luz de um suposto mecanismo de vigilância inserido numa plausível teoria de coordenação tácita.
- 131 É verdade que, no n.º 420 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância se refere à possível existência de um «conjunto conhecido de regras» que regula a concessão de descontos pelas empresas principais. Todavia, em seguida, como acertadamente salientam as recorrentes no âmbito da segunda crítica pontual mencionada no n.º 113 do presente acórdão, relativamente à questão de saber se determinadas variações nos descontos, verificadas pela Comissão na decisão controvertida, eram susceptíveis de pôr em causa a possibilidade de uma vigilância adequada do respeito mútuo das modalidades de uma eventual coordenação tácita, o Tribunal de Primeira Instância limita-se, nos n.ºs 427 a 429 do acórdão recorrido, a fazer afirmações não fundamentadas relativas a um hipotético profissional do sector. Ora, no n.º 428 do referido acórdão, o próprio Tribunal de Primeira Instância reconhece que a Impala, parte recorrente nesse Tribunal, «[não expôs, é certo,] de forma precisa quais são as diferentes regras que regulam a concessão dos descontos promocionais».
- 132 A este respeito, importa recordar que a Impala representa empresas que, mesmo sem serem membros do oligopólio formado pelas empresas principais, exercem a sua actividade nos mesmos mercados. Nestas circunstâncias, não se pode deixar de concluir que o Tribunal de Primeira Instância ignorou o facto de que o ónus da prova relativo às alegadas aptidões desse hipotético «profissional do sector» cabia à Impala.
- 133 Face ao exposto, sem que seja necessário tomar posição sobre a procedência da terceira crítica pontual mencionada no n.º 113 do presente acórdão, há que concluir que, ao não respeitar os princípios que deviam ter guiado a sua análise dos argumentos invocados perante si, relativos à transparência do mercado no contexto de uma alegada posição dominante colectiva, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito.
- 134 Este erro vicia a parte do acórdão recorrido respeitante à análise, feita pelo Tribunal de Primeira Instância, dos argumentos relativos aos erros manifestos de apreciação

cometidos pela Comissão, incluindo a conclusão a que o Tribunal chegou no n.º 377 do acórdão recorrido. Todavia, a referida parte do acórdão recorrido, não é, em si mesma, susceptível de pôr em causa a conclusão do Tribunal de Primeira Instância, que consta do n.º 325 do acórdão recorrido, segundo a qual, no essencial, a decisão controvertida deve ser anulada devido a uma insuficiência de fundamentação. Por conseguinte, há que proceder à análise dos outros fundamentos.

Quanto ao quarto fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância ter ultrapassado os poderes de fiscalização jurisdicional de que está incumbido

— Acórdão recorrido

¹³⁵ Em determinados números do acórdão recorrido, como os n.ºs 347 e 361, o Tribunal de Primeira Instância utilizou expressões como «uma forte transparência dos preços» ou «uma grande transparência do mercado». Por outro lado, no n.º 299 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância caracterizou a conclusão que consta da decisão controvertida, segundo a qual os preços de catálogo pareciam «[bastante] alinhados», como sendo «no mínimo prudente, dado que o alinhamento era efectivamente muito acentuado». No n.º 307 desse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância afirmou que «a variação dos níveis gerais dos descontos na factura praticados pelas partes na concentração, tal como referida no considerando 78 da decisão [controvertida] é muito pequena». No n.º 317 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância inferiu da decisão controvertida que «os descontos promocionais têm uma incidência apenas limitada sobre os preços».

¹³⁶ No n.º 425 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância refere, a propósito da decisão controvertida, que «o cálculo do diferencial entre os descontos mínimos e máximos por cliente [...] realizado por cada uma das partes na concentração, foi na maior parte dos casos efectuado de forma errada». No n.º 427 desse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância refere que os dados relativos aos descontos apresentados pelas partes na concentração são «de pertinência duvidosa».

137 No n.º 434 do acórdão recorrido, é nomeadamente referido o seguinte:

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

— Argumentos das partes

138 As recorrentes, apoiadas a este respeito pela Comissão, alegam que o Tribunal de Primeira Instância ultrapassou o poder de fiscalização jurisdicional que lhe incumbe, violando o artigo 230.º CE e a jurisprudência assente, pelo facto de ter substituído pela sua própria apreciação a apreciação da Comissão, e isto sem ter demonstrado a existência de erros manifestos de apreciação contidos na decisão controvertida e sem ter pedido a realização de peritagens económicas.

139 Além disso, na sua análise da decisão controvertida, o próprio Tribunal de Primeira Instância cometeu erros manifestos de apreciação e interpretou de modo essencialmente errado os elementos de prova que lhe foram apresentados, relativos a aspectos fundamentais do processo, incluindo, em particular, a pertinência, a complexidade e a opacidade dos descontos.

140 Por outro lado, as recorrentes consideram que, nos n.ºs 425, 427 e 434 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância também desvirtuou, por essa razão, determinados elementos de prova.

- 141 A Impala considera que este fundamento constitui, pelo menos em medida significativa, uma tentativa de pôr em causa a apreciação dos factos efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, não tendo as recorrentes demonstrado que o Tribunal de Primeira Instância interpretou incorrectamente os elementos de prova à sua disposição.
- 142 A título subsidiário, a Impala sustenta que o Tribunal de Primeira Instância tinha presente a jurisprudência pertinente relativa ao alcance do seu poder de fiscalização quando analisou a decisão controvertida, referindo-se, no n.º 328 do acórdão recorrido, ao n.º 39 do acórdão Comissão/Tetra Laval, já referido, e que, por conseguinte, não ultrapassou os poderes de fiscalização que lhe incumbem.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

- 143 A título preliminar, há que rejeitar a argumentação da Impala relativa à inadmissibilidade do quarto fundamento. Com efeito, contrariamente ao que esta última sustenta, com o presente fundamento, as recorrentes não se limitam a pôr em causa a apreciação dos factos operada em primeira instância, antes invocando questões de direito que são admissíveis na fase do recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.
- 144 Quanto ao mérito, há que recordar, antes de mais, que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação em matéria económica, para efeitos da aplicação das regras substantivas do regulamento, em particular do seu artigo 2.º Daqui resulta que a fiscalização, pelo tribunal comunitário, de uma decisão da Comissão em matéria de operações de concentração se limita à verificação da exactidão material dos factos e à inexistência de erros manifestos de apreciação (v. acórdãos, já referidos, Kali & Salz, n.ºs 223 e 224, e Comissão/Tetra Laval, n.º 38).
- 145 Sendo assim, embora não incumba ao Tribunal de Primeira Instância substituir a apreciação económica da Comissão pela sua própria apreciação, para efeitos da aplicação das regras substantivas do regulamento, isso não significa que o tribunal comunitário se deva abster de fiscalizar a qualificação jurídica atribuída pela Comissão a dados de natureza económica. Com efeito, o tribunal comunitário deve,

designadamente, verificar não só a exactidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Comissão/Tetra Laval, n.º 39, e Espanha/Lenzing, n.ºs 56 e 57).

146 Por conseguinte, relativamente ao presente processo, não se pode deixar de concluir que, na medida em que, no âmbito dos argumentos invocados perante si, procedeu a uma análise aprofundada dos elementos de prova subjacentes à decisão controvertida, o Tribunal de Primeira Instância agiu em conformidade com as exigências da jurisprudência expostas nos n.ºs 144 e 145 do presente acórdão.

147 Todavia, esta conclusão não basta, enquanto tal, para rejeitar o quarto fundamento. Com efeito, para além da questão de saber se o Tribunal de Primeira Instância ultrapassou o alcance do poder de fiscalização que detém no que diz respeito ao grau de intensidade da sua fiscalização do fundamento factual da decisão controvertida, as recorrentes alegam, por outro lado, como resulta do n.º 139 do presente acórdão, que o próprio Tribunal de Primeira Instância, na sua análise dos factores subjacentes à decisão controvertida, cometeu erros manifestos de apreciação e interpretou de modo essencialmente errado os elementos de prova produzidos perante ele.

148 Estas últimas alegações coincidem parcialmente com outros fundamentos do presente recurso, concretamente, por um lado, o primeiro, segundo e sétimo fundamentos e a primeira parte do terceiro fundamento, relativos ao tratamento, pelo Tribunal de Primeira Instância, de determinados elementos de prova produzidos perante ele e, por outro, o quinto fundamento, relativo à inobservância, pelo Tribunal de Primeira Instância, dos critérios jurídicos aplicáveis em matéria de posição dominante colectiva.

149 A este respeito, basta referir, como resulta dos n.ºs 95, 102 e 133 do presente acórdão, que, relativamente à sua análise dos argumentos relativos à existência de erros manifestos de apreciação, o Tribunal de Primeira Instância cometeu erros de direito tanto no que diz respeito ao tratamento de determinados elementos de prova como aos

critérios jurídicos aplicáveis em matéria de posição dominante colectiva resultante de uma coordenação tácita.

150 Por conseguinte, sem que seja necessário apreciar as alegações das recorrentes relativas à desvirtuação dos elementos de prova nem a questão de saber se, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância substituiu efectivamente a apreciação económica da Comissão pela sua própria apreciação, há que concluir, atendendo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter ultrapassado os limites dos seus poderes de fiscalização jurisdicional, que, pelo menos, a parte do acórdão recorrido consagrada à análise dos argumentos relativos à existência de erros manifestos de apreciação está viciada por um erro de direito. No que diz respeito à parte do acórdão recorrido relativa à insuficiência de fundamentação da decisão controvertida, ainda há que analisar o sexto fundamento.

Quanto ao sexto fundamento, relativo a um erro de direito que consiste em o Tribunal de Primeira Instância ter aplicado uma norma errada em matéria de fundamentação das decisões que autorizam operações de concentração

— Acórdão recorrido

151 Nos n.ºs 255 a 276 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância resumiu os elementos da decisão controvertida pertinentes para a análise do primeiro fundamento submetido à sua apreciação. O n.º 275 do referido acórdão tem a seguinte redacção:

«Resulta do exposto que foi com base na homogeneidade do produto, na transparência do mercado assim como na utilização de medidas de retaliação que a Comissão concluiu pela inexistência de uma posição dominante colectiva.»

152 No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância analisou diversas rubricas da decisão controvertida, a fim de verificar se esta tinha sido suficientemente

fundamentada quando conclui pela falta de transparência do mercado em causa, tendo sempre respondido pela negativa.

153 O Tribunal de Primeira Instância começou por analisar a rubrica da decisão controvertida especialmente consagrada à transparência do mercado. A este respeito, referiu, nomeadamente, nos n.ºs 289, 290 e 294 do acórdão recorrido, o seguinte:

«289 No que se refere à secção *ad hoc*, importa observar, a título preliminar, que esta apenas contém três considerandos, se bem que a transparência constitua no caso em apreço, segundo a decisão [controvertida] e mais ainda segundo a posição defendida pela Comissão nos seus articulados no Tribunal, o fundamento essencial, ou mesmo único, em que assenta a afirmação de que não existe qualquer posição dominante colectiva nos mercados da música gravada. Há que referir igualmente que não se concluiu que o mercado não é transparente, nem mesmo que não é suficientemente transparente para permitir uma colusão tácita. No máximo vem indicado, por um lado, no considerando 111 *in fine*, que a necessidade de efectuar um controlo ao nível do álbum, em particular no que se refere aos descontos promocionais, 'poderia reduzir a transparência no mercado e tornar os acordos tácitos mais difíceis' e, por outro lado, no considerando 113 *in fine*, que a 'Comissão não encontrou contudo elementos bastantes para demonstrar que, controlando os preços de retalho ou utilizando estes contactos com os retalhistas, as grandes casas discográficas puderam, no passado, suprir o défice de transparência em matéria de descontos promocionais, evocado a propósito dos cinco grandes Estados-Membros'. É evidente que tais afirmações, vagas e desprovidas da mínima precisão, relativas, nomeadamente, à natureza dos descontos promocionais, às circunstâncias em que estes são susceptíveis de ser aplicados, ao seu grau de opacidade, à sua amplitude ou ao seu impacto sobre a transparência dos preços, não podem fundamentar suficientemente a afirmação de que o mercado não é bastante transparente para permitir uma posição dominante colectiva.

290 Verifica-se, a seguir, que, para além dos dois extractos acima mencionados, todos os factores referidos nos considerandos 111 a 113 da decisão [controvertida], longe de demonstrar a opacidade do mercado, evidenciam pelo contrário uma transparência do mesmo.

[...]

294 Resulta do exposto que, na rubrica *ad hoc* da decisão [controvertida] dedicada ao exame da transparência, a Comissão não só não concluiu que o mercado era opaco ou não era suficientemente transparente para permitir uma posição dominante colectiva, mas, além disso, só se referiu a factores susceptíveis de criar uma grande transparência do mercado e de facilitar o controlo da observância de uma colusão, com a única excepção da afirmação, de alcance bastante limitado e não alicerçada, de que os descontos promocionais poderiam reduzir a transparência e tornar os acordos tácitos mais difíceis. É, pois, de concluir que não se pode manifestamente considerar que esta rubrica, por si só, fundamenta de forma suficiente a afirmação de que o mercado não é suficientemente transparente.»

154 O Tribunal de Primeira Instância analisou, em seguida, os desenvolvimentos contidos na decisão controvertida, relativos a uma eventual «política comum de preços» entre as empresas principais, e analisou-os, nos n.ºs 295 a 324 do acórdão recorrido, em busca de indícios susceptíveis de justificar a alegada insuficiência de transparência nos mercados em causa. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância concluiu, nomeadamente:

«315 Verifica-se, assim, também que o único elemento da opacidade referido na decisão consiste na afirmação, no considerando 80 (e nos considerandos correspondentes relativos aos outros grandes países) que ‘se verifica todavia que os descontos promocionais são menos transparentes do que os descontos habituais e que o seu controlo exige igualmente uma observação rigorosa da evolução deste tipo de descontos no mercado retalhista’.

[...]

318 Importa igualmente observar que a decisão [controvertida] não indica que o mercado é opaco, nem mesmo que não é suficientemente transparente para

permitir uma coordenação dos preços, mas, quando muito, que os descontos promocionais são menos transparentes, sem que a decisão [controvertida] forneça sequer o mínimo elemento de informação quanto à sua natureza, às circunstâncias em que são atribuídos ou à sua importância concreta sobre os preços líquidos, nem sobre o seu impacto sobre a transparência dos preços.

319 Importa, por outro lado, recordar que, conforme foi acima exposto, a Comissão referiu na decisão [controvertida] numerosos elementos e factores que favorecem a transparência do mercado e facilitam o controlo da observância de um acordo.

320 Daqui resulta que algumas afirmações relativas aos descontos promocionais contidas na rubrica da decisão [controvertida] dedicada ao exame da coordenação dos preços nos grandes países, na medida em que são imprecisas, não alicerçadas, ou mesmo contraditas por outras observações que figuram na decisão [controvertida], não podem demonstrar a opacidade do mercado nem mesmo dos descontos promocionais. Além disso, estas afirmações limitam-se a indicar que os descontos promocionais são menos transparentes do que os descontos habituais, mas não explicam em que é que são pertinentes para a transparência do mercado e não permitem compreender como poderiam, por si só, compensar todos os outros factores de transparência do mercado identificados na decisão [controvertida] e assim suprimir a transparência necessária à existência de uma posição dominante colectiva.

[...]

324 Daqui decorre que a rubrica relativa aos pequenos países também não contém qualquer fundamentação da afirmação de que o mercado não é transparente devido aos descontos promocionais. De qualquer modo, a situação existente nos pequenos países não pode constituir fundamentação válida da afirmação relativa ao grau de transparência dos mercados dos grandes países.

325 Resulta de tudo o exposto que é procedente a acusação relativa à fundamentação insuficiente da afirmação relativa à transparência do mercado, o que justifica em si a anulação da decisão [controvertida].»

155 O n.º 411 do acórdão recorrido tem a seguinte redacção:

«Na sua resposta a Comissão alega, é certo, que tinha examinado os descontos das outras empresas principais, mas que, não podendo estes números ser revelados às partes na concentração, era impossível incluí-los na decisão [controvertida]. Esta argumentação não pode todavia ser acolhida.»

156 O n.º 530 do acórdão recorrido tem a seguinte redacção:

«Decorre do considerando 157 da decisão [controvertida], e em especial do seu último período, que a conclusão da Comissão, segundo a qual a concentração não representa uma modificação suficientemente importante para implicar a criação provável de uma posição dominante colectiva se baseia expressamente nas condições relativas à transparência do mercado e às medidas de retaliação.»

— Argumentos das partes

157 As recorrentes sustentam, a título principal, que o sistema comunitário de controlo das operações de concentração, e mais especificamente o artigo 10.º, n.º 6, do regulamento, impede o Tribunal de Primeira Instância de anular uma decisão que autoriza uma operação desse tipo, em razão de uma fundamentação insuficiente.

- 158 Subsidiariamente, as recorrentes alegam que o Tribunal de Primeira Instância aplicou um padrão de fundamentação excessivamente elevado, que é incompatível com a jurisprudência assente e não leva em conta o contexto específico e a natureza do procedimento de controlo das operações de concentração. Por um lado, o Tribunal de Primeira Instância incorreu em erro ao impor à Comissão que explicasse os desvios em relação à comunicação de acusações.
- 159 Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância incorreu também em erro, na sua análise da fundamentação da decisão controvertida, pelo facto de não ter levado em conta o contexto específico de uma decisão que autoriza uma operação de concentração. A este respeito, as recorrentes tecem várias considerações. Em primeiro lugar, consideram que há que aplicar exigências menos elevadas em relação à fundamentação de uma decisão que autoriza uma operação de concentração do que em relação a uma decisão que proíbe essa operação. Em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro ao não analisar a fundamentação da decisão controvertida do ponto de vista dos profissionais bem informados do sector. Em terceiro lugar, a brevidade do prazo que separa a comunicação de acusações da adopção da decisão que autoriza uma operação de concentração impõe uma certa moderação na fiscalização da fundamentação dessa decisão. Em quarto lugar, o facto de as recorrentes estarem autorizadas a executar a operação de concentração notificada devia impedir a anulação das decisões que autorizam operações de concentração por insuficiência de fundamentação. Em quinto lugar, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito, no n.º 411 do acórdão recorrido, ao obrigar a Comissão a publicitar detalhes relativos aos preços e aos descontos, tendo em conta a sua natureza confidencial e sensível.
- 160 De qualquer forma, contrariamente à apreciação efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, a jurisprudência constante sugere, segundo as recorrentes, que a decisão controvertida está devidamente fundamentada, já que permitiu à Impala verificar as razões subjacentes a essa decisão e ao Tribunal de Primeira Instância exercer o seu poder de fiscalização jurisdicional. A este respeito, as recorrentes alegam, nomeadamente, que a conclusão do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual a decisão controvertida estava insuficientemente fundamentada é dificilmente compatível com a sua apreciação segundo a qual a referida decisão está viciada por erros manifestos de apreciação.
- 161 Por último, as recorrentes sustentam que a análise pelo Tribunal de Primeira Instância da fundamentação da decisão controvertida está viciada pela utilização de

um nível errado de prova, pela inobservância do correcto alcance do poder de fiscalização jurisdicional e pela aplicação de um critério errado a respeito da transparência.

162 Sem prejuízo da sua excepção geral de inadmissibilidade, a Impala considera, em primeiro lugar, que as recorrentes não podem elevar ao nível de regra geral a cláusula de excepção que constitui o artigo 10.º, n.º 6, do regulamento. Em segundo lugar, no entender da Impala, as recorrentes afirmam erradamente, no essencial, que o artigo 253.º CE é aplicável ou não, consoante uma decisão relativa a um projecto de operação de concentração for negativa ou positiva. Em terceiro lugar, a Impala sustenta que o grau de fundamentação exigido depende do contexto e do quadro jurídico em que um acto específico é adoptado. É perfeitamente conforme a esse princípio que as exigências de fundamentação sejam adaptadas ao tipo de processo em causa. Ora, no caso em apreço, trata-se de um processo em que o procedimento formal estava aberto e que dava lugar a uma oposição séria por parte de um terceiro e a uma comunicação de acusações.

163 No que diz respeito à argumentação subsidiária das recorrentes relativa ao padrão de fundamentação aplicado pelo Tribunal de Primeira Instância, a Impala alega, por um lado, que o Tribunal de Primeira Instância se limita a mencionar extractos da comunicação de acusações, para sublinhar a insuficiência de fundamentação da decisão controvertida e as incoerências intrínsecas desta última, e baseia a sua conclusão da existência dessa insuficiência de fundamentação na argumentação exposta na própria decisão controvertida, e não por comparação com a desenvolvida na comunicação de acusações. Por outro lado, a Impala considera que o Tribunal de Primeira Instância não ignorou o contexto do procedimento de controlo das operações de concentração.

164 Além disso, do facto de o Tribunal de Primeira Instância estar em condições de proceder a uma análise exaustiva da decisão controvertida não resulta que a fundamentação desta seja insuficiente. Com toda a evidência, segundo a Impala, o Tribunal de Primeira Instância não conseguiu compreender, nomeadamente, por que razão, apesar de os elementos de prova evidenciarem a existência de uma transparência suficiente para servir de base à conclusão da existência de uma posição dominante colectiva, a Comissão concluiu, no entanto, que os elementos de prova da transparência eram insuficientes, porque os descontos promocionais eram menos transparentes do que outros tipos de descontos. Segundo a Impala, os verdadeiros fundamentos da decisão controvertida continuam por conhecer.

165 No que diz respeito à argumentação das recorrentes resumida no n.º 161 do presente acórdão, a Impala alega que as observações feitas pelo Tribunal de Primeira Instância sobre determinados aspectos da fundamentação da decisão controvertida se baseiam num exame aprofundado da análise efectuada pela Comissão, mas, sobretudo, nas incoerências internas da própria decisão controvertida.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

166 Como resulta de jurisprudência assente, a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE deve ser adaptada à natureza do acto em causa e revelar, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição autora do acto, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adoptada e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua fiscalização. A exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, designadamente, do conteúdo do acto, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas directa e individualmente afectadas pelo acto podem ter em obter explicações. Não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto satisfaz as exigências do referido artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa (v., nomeadamente, acórdãos de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 63; de 22 de Junho de 2004, Portugal/Comissão, C-42/01, Colect., p. I-6079, n.º 66; e de 15 de Abril de 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Colect., p. I-2577, n.º 79).

167 Todavia, o autor de um acto dessa natureza não está obrigado a tomar posição sobre elementos claramente secundários ou a antecipar potenciais objecções (acórdão de 25 de Outubro de 2005, Alemanha e Dinamarca/Comissão, dito «Feta», C-465/02 e C-466/02, Colect., p. I-9115, n.º 106). Além disso, o grau de precisão da fundamentação de uma decisão deve ser proporcionado às possibilidades materiais e às condições técnicas ou de prazo em que deve ser adoptada (v. acórdãos de 1 de Dezembro de 1965, Schwarze, 16/65, Recueil, pp. 1081, 1096 e 1097, Colect. 1965-1968, p. 239; e de 14 de Fevereiro de 1990, Delacre e o./Comissão, C-350/88, Colect., p. I-395, n.º 16). Assim, a Comissão não viola a sua obrigação de fundamentação se, quando exerce o seu poder de controlo das operações de concentração, não incluir na sua decisão uma fundamentação precisa quanto à apreciação de um certo número de aspectos da concentração que lhe pareçam manifestamente despropositados,

destituídos de significado ou claramente secundários para a apreciação desta última (v., neste sentido, acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido, n.º 64). Com efeito, essa exigência seria dificilmente compatível com o imperativo de celeridade e os curtos prazos do procedimento que se impõem à Comissão quando exerce o seu poder de controlo das operações de concentração e que fazem parte das circunstâncias específicas de um procedimento de controlo dessas operações.

168 Por conseguinte, quando a Comissão declara uma operação de concentração compatível com o mercado comum, com base no artigo 8.º, n.º 2, do regulamento, a exigência de fundamentação é satisfeita se essa decisão expuser claramente as razões pelas quais a Comissão considera que a concentração em questão, eventualmente depois de alterações introduzidas pelas empresas em causa, não cria nem reforça uma posição dominante que tenha por consequência entravar de forma significativa uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

169 A este respeito, embora seja verdade que a Comissão não está obrigada, na fundamentação das decisões adoptadas nos termos do regulamento, a tomar posição sobre todos os elementos e argumentos invocados perante si, incluindo os que são claramente secundários para a apreciação a fazer, não é menos verdade que deve expor os factos e as considerações jurídicas que se revistam de uma importância essencial na economia da decisão. Além disso, a fundamentação deve ser lógica, não apresentando, nomeadamente, contradições internas (v., neste sentido, por analogia, acórdãos de 18 de Maio de 1962, Geitling e o./Alta Autoridade, 13/60, Colect. 1962-1964, p. 47; de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.º 78; de 7 de Julho de 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord e Rewe-Markt Steffen, 158/80, Recueil, p. 1805, n.º 26; e de 17 de Maio de 1988, Arendt/Parlamento, 28/87, Colect., p. 2633, n.ºs 7 e 8).

170 É à luz destes princípios que há que analisar as críticas formuladas pelas recorrentes no âmbito do sexto fundamento.

171 A título principal, as recorrentes sustentam que uma decisão da Comissão que autoriza uma operação de concentração não pode ser anulada devido a uma insuficiência

de fundamentação. Baseiam-se, particularmente, a este respeito, no artigo 10.º, n.º 6, do regulamento.

- 172 Decorre do n.º 49 do presente acórdão que esta última disposição se destina a garantir a segurança jurídica nos casos em que, excepcionalmente, a Comissão não tenha adoptado uma decisão no prazo fixado. Assim, as empresas em causa são livres de pôr em prática a sua concentração, uma vez que há autorização tácita.
- 173 Como refere a Impala, a argumentação das recorrentes baseada no artigo 10.º, n.º 6, do regulamento leva a crer que as decisões que autorizam operações de concentração não têm de ser minimamente fundamentadas, já que não podem ser impugnadas por falta de fundamentação.
- 174 Ora, há que recordar que a insuficiência de fundamentação susceptível de constituir uma infracção ao artigo 253.º CE consubstancia uma violação de formalidades essenciais, na acepção do artigo 230.º CE, e constitui, aliás, um fundamento que pode, ou mesmo deve, ser conhecido oficiosamente pelo tribunal comunitário (v., neste sentido, acórdão de 20 de Fevereiro de 1997, Comissão/Daffix, C-166/95 P, Colect., p. I-983, n.º 24). Por outro lado, segundo jurisprudência constante, a interpretação de uma disposição de direito comunitário derivado deve ser feita, na medida do possível, no sentido da sua conformidade com as disposições do Tratado e os princípios gerais de direito comunitário (acórdão de 4 de Outubro de 2007, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, C-457/05, Colect., p. I-8075, n.º 22 e jurisprudência referida). Por conseguinte, o artigo 10.º, n.º 6, do regulamento deve ser interpretado e aplicado à luz dos artigos 230.º CE e 253.º CE.
- 175 Assim, como resulta do n.º 49 do presente acórdão, o referido artigo 10.º, n.º 6, constitui uma excepção à economia geral do regulamento, decorrente, nomeadamente, dos seus artigos 6.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, nos termos da qual a Comissão se deve pronunciar expressamente sobre as operações de concentração que lhe são notificadas, e isto independentemente de a decisão ser negativa ou positiva. Consequentemente, da mesma maneira que o artigo 10.º, n.º 6, do regulamento não pode servir de base a uma presunção geral a favor da compatibilidade das operações de concentração com o mercado comum, também essa disposição não pode servir de base a uma excepção

à possibilidade de contestar a legalidade de uma decisão que autoriza essa operação, devido à violação do dever de fundamentação. Com efeito, a necessidade legítima de segurança jurídica em situações excepcionais, que a referida disposição reflecte, não pode ir ao ponto de subtrair as decisões sobre uma concentração, total ou parcialmente, à fiscalização jurisdicional comunitária.

176 Por conseguinte, a argumentação das recorrentes relativa ao artigo 10.º, n.º 6, do regulamento deve ser rejeitada.

177 A título subsidiário, as recorrentes alegam, nomeadamente, que, uma vez que a decisão controvertida permitiu à Impala verificar a fundamentação da autorização em causa e ao Tribunal de Primeira Instância exercer o seu poder de fiscalização jurisdicional, este último não observou a jurisprudência constante das jurisdições comunitárias relativa às exigências de fundamentação.

178 A este respeito, como resulta do n.º 166 do presente acórdão, é jurisprudência assente, por um lado, que a fundamentação exigida pelo artigo 253.º CE se destina a permitir aos interessados conhecer as justificações da medida adoptada e ao tribunal competente exercer o seu poder de fiscalização e, por outro, que essa exigência de fundamentação deve ser apreciada em função da natureza do acto em causa e do contexto em que foi adoptado (v., igualmente, acórdãos de 7 de Abril de 1987, SISMA/Comissão, 32/86, Colect., p. 1645, n.º 8; de 4 de Junho de 1992, Consorgan/Comissão, C-181/90, Colect., p. I-3557, n.º 14; de 15 de Abril de 1997, Irish Farmers Association e o., C-22/94, Colect., p. I-1809, n.ºs 39 a 41; de 19 de Setembro de 2002, Espanha/Comissão, C-114/00, Colect., p. I-7657, n.ºs 62 e 63; de 2 de Outubro de 2003, Krupp Hoesch/Comissão, C-195/99 P, Colect., p. I-10937, n.º 110; e Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 372).

179 No caso em apreço, é verdade que pode parecer lamentável a existência, na decisão controvertida, de uma certa desproporção entre a apresentação dos elementos destinados a sustentar a tese de uma transparência suficiente e a da influência dos descontos promocionais, que sustenta a tese da inexistência dessa transparência. Todavia, tendo em conta, em primeiro lugar, o contexto em que a decisão controvertida foi adoptada, caracterizado, nomeadamente, por um lapso de tempo curto entre,

por um lado, a resposta escrita à comunicação de acusações e a audição na Comissão e, por outro, o termo do procedimento formal e, em segundo lugar, as exigências da jurisprudência exposta nos n.ºs 166 a 169 do presente acórdão, particularmente nos seus n.ºs 166 e 167, o Tribunal de Primeira Instância não podia considerar, sem cometer um erro de direito, que a Comissão tinha violado, no caso vertente, o dever de fundamentar de modo suficiente a decisão controvertida (v., por analogia, acórdãos de 28 de Outubro de 1981, *Krupp Stahl/Comissão*, 275/80 e 24/81, *Recueil*, p. 2489, n.º 13, e de 13 de Março de 1985, *Países Baixos e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comissão*, 296/82 e 318/82, *Recueil*, p. 809, n.º 21).

180 Com efeito, em primeiro lugar, a decisão controvertida revelava o raciocínio seguido pela Comissão, por forma a permitir impugnar ulteriormente, como fez a Impala, a sua procedência no tribunal competente. A este respeito, seria excessivo exigir, como fez o Tribunal de Primeira Instância no n.º 289 do acórdão recorrido, uma descrição pormenorizada de cada um dos aspectos subjacentes à decisão controvertida, como a natureza dos descontos promocionais, as circunstâncias em que eram susceptíveis de se aplicar, o seu grau de opacidade, a sua amplitude ou o seu impacto específico na transparência dos preços (v., neste sentido, por analogia, acórdãos de 16 de Novembro de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão*, C-286/98 P, *Colect.*, p. I-9925, n.ºs 59 a 61, e de 1 de Julho de 2008, *Chronopost e La Poste/UFEX e o.*, C-341/06 P e C-342/06 P, *Colect.*, p. I-4777, n.º 108). Isso é tanto mais assim quanto, como resulta, nomeadamente, dos n.ºs 7 e 10 do acórdão recorrido, a Impala esteve envolvida de perto no procedimento formal (v., por analogia, acórdãos de 25 de Outubro de 2001, *Itália/Conselho*, C-120/99, *Colect.*, p. I-7997, n.º 29, e de 9 de Setembro de 2004, *Espanha/Comissão*, C-304/01, *Colect.*, p. I-7655, n.º 50) e ficou, além disso, em perfeitas condições de impugnar, no Tribunal de Primeira Instância, a validade da apreciação substantiva efectuada pela Comissão na decisão controvertida.

181 Em segundo lugar, como resulta, nomeadamente, dos n.ºs 275, 289 e 530 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância tinha conhecimento das razões pelas quais a Comissão decidiu autorizar a operação de concentração em causa. Além disso, consagrou vários números do seu acórdão à análise do bem-fundado dessas razões. Ora, há que recordar, a este respeito, que a obrigação de fundamentar as decisões é uma formalidade essencial que deve ser distinguida da questão do mérito da fundamentação, uma vez que este tem a ver com a legalidade substancial do acto controvertido (v. acórdãos *Comissão/Sytraval e Brink's France*, já referido, n.º 67, e de 7 de Março de 2002, *Itália/Comissão*, C-310/99, *Colect.*, p. I-2289, n.º 48). Com efeito, a fundamentação de uma decisão consiste em exprimir formalmente as razões em que assenta essa decisão. Se essas razões estiverem feridas de erros, estes inquinam

a legalidade substancial da decisão, mas não a respectiva fundamentação, que pode ser suficiente, contendo embora motivos errados. Assim, não se pode afirmar que o Tribunal de Primeira Instância estava impossibilitado de exercer o seu poder de fiscalização jurisdicional (v., por analogia, acórdão Chronopost e La Poste/UFEX e o., já referido, n.º 112).

- 182 Consequentemente, há que julgar procedente o sexto fundamento invocado pelas recorrentes, sem necessidade de tomar posição sobre as críticas expostas nos n.ºs 158, 159 e 161 do presente acórdão.
- 183 Face ao exposto, há que dar provimento ao presente recurso.

Quanto ao alegado recurso subordinado

- 184 A resposta da Comissão compreende uma secção distinta que contém «observações suplementares» sobre os «fundamentos essenciais» da decisão controvertida. A Comissão alega, nessas observações, que o Tribunal de Primeira Instância, nos n.ºs 474 e 476 do acórdão recorrido, qualificou erradamente como fundamentos essenciais da referida decisão as suas conclusões quanto às medidas de retaliação. Segundo a Comissão, se, no presente processo, se verificasse que as conclusões da decisão controvertida sobre a falta de transparência do mercado não estavam viciadas por erro de direito, a referida decisão deveria ser julgada legal independentemente do facto de conter ou não erros de direito no que diz respeito às medidas de retaliação.
- 185 A Impala interpretou esses desenvolvimentos contidos na resposta da Comissão como um recurso subordinado e respondeu-lhes em articulado separado, de 23 de Março de 2007, invocando o artigo 117.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Seguidamente, as partes foram autorizadas a apresentar articulados complementares a esse respeito, o último dos quais deu entrada na Secretaria

do Tribunal de Justiça em 16 de Julho de 2007, tendo ficado em aberto a questão de saber se a Impala tinha o direito de invocar o referido artigo 117.º, n.º 2.

186 A qualificação de um argumento como recurso subordinado pressupõe, nos termos do artigo 117.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, que a parte que o invoca requeira a anulação total ou parcial do acórdão impugnado com base num fundamento não aduzido na petição de recurso. Para determinar se é isso que acontece no caso em apreço, há que analisar a letra, a finalidade e o contexto da passagem em causa da resposta da Comissão.

187 Ora, importa salientar, e este respeito, que a Comissão não utiliza a expressão «recurso subordinado» em parte alguma do seu articulado. Além disso, a própria Comissão referiu claramente ao longo do processo, nomeadamente na audiência, que, com as suas «observações suplementares», não tinha a intenção de interpor recurso subordinado.

188 Nestas circunstâncias, não se pode deixar de concluir que as referidas observações não constituem um recurso subordinado. Ao contrário do que a Impala sustenta, não há, por conseguinte, que tomar posição nessa matéria.

Quanto à remessa do processo ao Tribunal de Primeira Instância

189 Por força do disposto no artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, quando o recurso for julgado procedente, o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal de Primeira Instância. Pode, neste caso, decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para julgamento.

190 Uma vez que o Tribunal de Primeira Instância apenas analisou dois dos cinco fundamentos de recurso invocados pela Impala, o Tribunal de Justiça considera que o presente litígio não está em condições de ser julgado. Por conseguinte, há que remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância.

191 Uma vez que o processo deve ser remetido ao Tribunal de Primeira Instância, há que reservar para final a decisão quanto às despesas do presente recurso.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) decide:

- 1) **É anulado o acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 13 de Julho de 2006, Impala/Comissão (T-464/04).**

- 2) **O processo é remetido ao Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.**

- 3) **Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.**

Assinaturas