

NOTA INFORMATIVA

INFORMATIVE NOTE

PLMJ

A.M.PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

TJCE ANULA ACÓRDÃO IMPALA DO TPI

ECJ SETS ASIDE CFI IMPALA RULING

Em 19 de Julho de 2004, a Comissão declarou a operação de concentração das actividades mundiais da Bertelsmann AG e da Sony, em matéria de música gravada, como compatível com o mercado comum¹. A Impala, no entanto, interpôs recurso de anulação perante o Tribunal de Primeira Instância (“TPI”), o qual anulou a decisão da Comissão por acórdão de 13 de Julho de 2006², baseando-se no facto de a mesma estar viciada por erros manifestos de apreciação e estar insuficientemente fundamentada. O TPI considerou que a Comissão não tinha demonstrado de forma satisfatória a inexistência de uma posição dominante colectiva antes da concentração, nem a ausência de risco de criação de tal posição em resultado da concentração.

Consequentemente, a Comissão reanalisou a concentração e aprovou-a em 3 de Outubro de 2007, novamente sem impor quaisquer condições, tendo essa decisão sido objecto de novo recurso pela Impala. Simultaneamente, a Bertelsmann e a Sony interpuseram um recurso perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) contra o acórdão do TPI, alegando que este tinha exagerado quanto às condições legais a aplicar pela Comissão no âmbito de uma decisão de aprovação de uma concentração.

Em 10 de Julho de 2008, o TJCE anulou o acórdão do TPI³. O TJCE rejeitou o argumento da Bertelsmann e da Sony, segundo o qual existiria uma presunção geral de que uma concentração notificada é compatível com o mercado comum.

On 19 July 2004, the Commission declared the merger of Bertelsmann AG and Sony’s global recorded music businesses compatible with the common market¹. Impala, however, brought an action before the Court of First Instance (“CFI”), who annulled the Commission’s decision by judgment of 13 July 2006², on the grounds that it was vitiated by manifest errors of assessment and was inadequately reasoned. The CFI considered that the Commission had not sufficiently demonstrated the inexistence of a collective dominant position before the concentration, as well as the absence of a risk that such a position would be created as a result of the concentration.

Subsequently, the Commission re-examined that merger and approved it on 3 October 2007, again without imposing any conditions, this decision being subject of a new appeal by Impala. At the same time, Bertelsmann and Sony brought an appeal before the European Court of Justice (“ECJ”) against the CFI’s judgment, claiming that it had overstated the legal requirements to be applied by the Commission in a decision approving a merger.

On 10 July 2008, the EJC set aside the CFI’s judgment³. The ECJ rejected the argument raised by Bertelsmann and Sony according to which there is a general presumption that a notified concentration is compatible with the common market.

¹ Processo No. COMP/M. 3333 *Sony/BMG*, Decisão da Comissão de 19 de Julho de 2004.

² Processo T-464/04 *Impala v Commission*, Rec. 2006, p. II-2289.

³ Processo C-413/06P, *Bertelsmann and Sony Corporation of America/Impala*, acórdão de 10 de Julho de 2008.

¹ Case No. COMP/M. 3333 *Sony/BMG*, Commission Decision of 19 July 2004.

² Case T-464/04 *Impala v Commission*, Rec.2006, p. II-2289.

³ Case C-413/06P, *Bertelsmann and Sony Corporation of America/Impala*, judgment of 10 July 2008.

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano” - IFLR Awards 2006 & Who’s Who Legal Awards 2006, 2008
“Portuguese Law Firm of the Year”

“Melhor Departamento Fiscal do Ano” - International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008
“Best Portuguese Tax Firm”

Prémio Mind Leaders Awards™ – Human Resources Suppliers - 2007
Award Mind Leaders Awards™

Considerou, assim, que as exigências de prova que a Comissão está obrigada a observar quando aprova uma concentração são as mesmas que se aplicam a uma decisão de proibição. No entanto, o TJCE entendeu que o TPI tinha cometido diversos erros de direito.

Em primeiro lugar, o TJCE entendeu que o TPI não se tinha limitado a utilizar a comunicação de acusações como instrumento para verificar o carácter correcto, completo e fiável dos factos na base da decisão da Comissão, antes tinha considerado assentes certas conclusões que constavam dessa comunicação, apesar de estas só poderem ser consideradas provisórias.

Em segundo lugar, o TJCE considerou que o TPI tinha cometido um erro ao exigir que a Comissão fosse particularmente exigente quanto ao carácter probatório dos elementos de prova e de argumentação apresentados pelas partes notificantes em resposta à comunicação de acusações. Para além disso, entendeu que o TPI tinha errado ao concluir que a falta de realização de estudos de mercado suplementares depois da comunicação de acusações e a adopção pela Comissão dos argumentos das recorrentes equivalia a uma delegação ilegal do inquérito às partes na concentração.

Em terceiro lugar, o TJCE concluiu que o TPI não se deveria ter baseado em documentos confidenciais apresentados pela Impala, uma vez que a própria Comissão não poderia tê-los utilizado para efeitos da adopção da referida decisão, devido ao seu carácter confidencial.

Em quarto lugar, o TJCE entendeu que o TPI não aplicou os critérios jurídicos pertinentes em matéria de posição dominante colectiva criada por uma coordenação tácita. O TJCE entendeu que a apreciação dos critérios relevantes para esses efeitos não deveria realizar-se de modo isolado e abstracto, mas sim de acordo com o mecanismo de uma hipotética coordenação tácita, o que não foi feito pelo TPI.

Uma vez que o TPI havia analisado apenas dois dos cinco fundamentos invocados pela Impala, o TJCE remeteu-lhe o processo para nova decisão.

Lisboa, Julho 2008

It ruled that the standard of evidence that the Commission is required to provide in clearing a merger is the same that applies to a prohibition decision. However, the ECJ considered that the CFI had committed several errors of law.

Firstly, the ECJ held that the CFI had not merely used the statement of objections as a basis for verifying the correctness, completeness and reliability of the facts founding the Commission's decision, but treated certain of its conclusions as established, whereas those conclusions should only be understood as provisional.

Secondly, the ECJ considered that the CFI had committed an error in requiring that the Commission applied particularly demanding requirements concerning the probative character of the evidence and arguments presented by the parties to a concentration in their reply to the statement of objections. Moreover, it found that the CFI had erred in finding that the lack of additional market investigations after communication of the statement of objections and the adoption by the Commission of the appellants' arguments amounted to an unlawful delegation of the investigation to the parties.

Thirdly, the ECJ considered that the CFI should not have relied on confidential documents submitted by Impala, since the Commission could not have used such documents for the purposes of adopting the decision, by reason of their confidential nature.

Fourthly, the ECJ held that the CFI misconstrued the legal criteria applying to a collective dominant position arising from tacit coordination. The ECJ found that the assessment of the relevant criteria in that regard should not be undertaken in an isolated and abstract manner, but should be carried out using the mechanism of a hypothetical tacit coordination, which was not done by the CFI.

Since the CFI had examined only two of the five pleas relied upon by Impala, the ECJ referred the case back to it for a fresh ruling.

Lisbon, July 2008

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzida, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre o assunto contacte Dr. Sara Estima Martins e.mail: sem@plmj.pt, tel: (351) 21 319 74 88.

This Informative Note is intended for general distribution to clients and colleagues and the information contained herein is provided as a general and abstract overview. It should not be used as a basis on which to make decisions and professional legal advice should be sought for specific cases. The contents of this Informative Note may not be reproduced, in whole or in part, without the express consent of the author. If you should require further information on this topic, please contact Dr. Sara Estima Martins e.mail: sem@plmj.pt, tel: (351) 21 319 74 88.