CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 4 de Setembro de 2008 [1]

Índice

I — Introdução . . . . . I - 8643

II — Quadro jurídico . . . . . I - 8643

III — Matéria de facto, tramitação do processo inicial e questão prejudicial . . . . . I - 8645

A — Matéria de facto . . . . . I - 8645

B — O processo perante a autoridade irlandesa da concorrência e o processo judicial principal . . . . . I - 8647

C — Questão prejudicial . . . . . I - 8648

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça . . . . . I - 8650

V — Argumentos das partes . . . . . I - 8650

VI — Apreciação jurídica . . . . . I - 8653

A — A noção de objectivo de restrição da concorrência . . . . . I - 8653

1. Conteúdo, estrutura e aplicação do artigo 81.º CE . . . . . I - 8653

a) Estrutura do artigo 81.º CE . . . . . I - 8653

b) Aplicação do artigo 81.º CE . . . . . I - 8654

2. Objectivo de restrição da concorrência . . . . . I - 8655

1 — Língua original: alemão.

a) Critério relevante . . . . . I - 8656

b) Restrições manifestas da concorrência? . . . . . I - 8657

c) Enumeração exaustiva? . . . . . I - 8657

d) Contexto jurídico e económico . . . . . I - 8658

3. Conclusão . . . . . I - 8661

B — Acordos como os contratos BIDS têm por objectivo uma restrição da concorrência? . . . . . I - 8661

1. Restrições à liberdade das partes de determinarem de forma autónoma a sua política no mercado . . . . . I - 8661

2. Afectação das relações de mercado . . . . . I - 8662

a) Redução da capacidade de produção total da indústria de transformação em 25%. . . . . I - 8663

b) A retirada do mercado dos operadores que se retiram . . . . . I - 8666

c) Pagamento de taxas . . . . . I - 8667

d) Estipulações sobre utilização e disposição . . . . . I - 8668

e) Conclusão . . . . . I - 8670

3. Tomada em consideração dos objectivos prosseguidos pelos contratos BIDS . . . . . I - 8670

4. Conclusão . . . . . I - 8671

C — Avaliação final dos elementos de um acordo como os contratos BIDS . . . . . I - 8671

VII — Conclusão . . . . . I - 8673

I — Introdução

1. O objecto do presente pedido prejudicial é a interpretação da noção de acordos que têm por objectivo a restrição da concorrência do artigo 81.º, n.º 1, CE. O contexto económico subjacente ao pedido é, segundo concluiu o tribunal *a quo*, a capacidade de produção excedentária do sector de transformação de carne de bovino na Irlanda (a seguir «indústria de transformação»). A indústria de transformação adquire os animais aos produtores em estabelecimentos de selecção, abate-os, desossa-os e vende depois a carne de bovino na Irlanda e no estrangeiro. Os transformadores desejam reduzir a capacidade excedentária através de acordos.

2. O tribunal nacional pretende saber, com a sua questão prejudicial, se a noção de objectivo de restrição da concorrência do artigo 81.º, n.º 1, CE, deve ser interpretada no sentido de que abrange os acordos dos transformadores. A questão prejudicial está, assim, duplamente delimitada. Por um lado, trata-se apenas dos acordos que têm por objectivo restringir a concorrência, ficando excluídos os acordos que têm por efeito uma restrição da concorrência. Por outro lado, trata-se apenas de saber se os acordos são abrangidos pela proibição, em princípio, de acordos restritivos da concorrência contida no artigo 81.º, n.º 1, CE; não há que examinar se os acordos poderiam, com base nos seus efeitos positivos, ser compatíveis com o mercado comum ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE.

II — Quadro jurídico

3. O artigo 81.º, n.º 1, CE, dispõe que são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção.

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos.

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento.

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os,

por esse facto, em desvantagem na concorrência.

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

4. Nos termos do disposto no artigo 81.º, n.º 3, CE, as disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

5. O artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado [2], dispõe:

2 — JO 2003, L 1, p. 1.

«1. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia.

2. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo não são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia.»

III — Matéria de facto, tramitação do processo inicial e questão prejudicial

A — *Matéria de facto*

6. As capacidades excedentárias existentes na indústria de transformação na Irlanda, referidas no pedido de decisão prejudicial, resultam nomeadamente das seguintes causas: no passado, a construção e equipamento de instalações de transformação foram fortemente incentivadas, independentemente da procura efectiva de carne de bovino. Além disso, a quantidade de bovinos para transformação tinha anteriormente estado sujeita a variações sazonais muito fortes, o que tinha como resultado que nos picos sazonais era necessária uma elevada capacidade de transformação. A criação de bovinos, entretanto, deixou de ser sazonal embora existam ainda variações sazonais de alguma importância. A capacidade total das instalações de transformação continua ainda, porém, mesmo nos picos sazonais, cerca de 32% acima das entradas de matéria-prima.

7. Porque o sector da carne de bovino desempenha um papel importante na economia irlandesa, o governo irlandês e o representante da indústria de transformação encomendaram a uma empresa de consultores económicos um estudo de mercado. O objecto deste estudo de mercado era determinar as possibilidades de intervenção para conseguir o aumento a longo prazo da rentabilidade de todos os operadores no sector da carne de bovino na Irlanda.

8. No estudo de mercado, que foi tornado público em 1998, chegou-se à conclusão de que existiam importantes capacidades excedentárias na indústria de transformação e previa-se que estas capacidades excedentárias deveriam conduzir a uma diminuição da rentabilidade da indústria de transformação no seu conjunto. Esta previsão assentava essencialmente no seguinte raciocínio: para o lucro de um transformador é decisiva a margem entre, por um lado, o preço de compra de carne de bovino adicionado aos custos de transformação e, por outro, o preço

de venda da carne de bovino. A queda do lucro de um industrial depende, em especial, do nível de utilização do equipamento de transformação e da capacidade excedentária. Na hipótese de um nível de utilização mais elevado das capacidades, obter-se-iam economias de escala, o que reduziria os custos de transformação. As capacidades excedentárias estimulam a concorrência dos transformadores quando da venda da carne de bovino e conduzem, por isso, à baixa dos preços. O estudo previa, além disso, que a redução da rentabilidade dos transformadores conduziria, no futuro, a saídas do mercado no sector de transformação.

9. O estudo de mercado propunha como solução reduzir o número dos operadores no sector da transformação. Através de um sistema de indemnizações deveriam ser dados incentivos à saída do mercado. O estudo avaliou as vantagens em termos de custos para a indústria de transformação no seu conjunto e calculou-as em 18 milhões de libras irlandesas (IEP); medidas de aumento da eficiência concomitantes poderiam conduzir a vantagens suplementares em termos de custos, de mais 14 milhões de IEP.

10. Um grupo de trabalho sobre a carne de bovino (Beef Task Force), instituído pelo Minister for Agriculture and Food (Ministério para a Agricultura e Alimentação) elaborou um relatório no ano de 1999. Reconhecia, aí, os resultados do estudo de mercado e recomendava à indústria de transformação que pusesse em execução as suas conclusões.

11. Em Junho de 2002, os transformadores fundaram a Beef Industry Development Society Ltd (a seguir «BIDS»). Os actuais membros da BIDS transformam cerca de 93% de carne de bovino oferecida no mercado na Irlanda. O objecto social da BIDS é dar execução ao estudo de mercado dos consultores económicos e ao relatório do grupo de trabalho sobre a carne de bovino. Para este efeito, a BIDS redigiu um acordo (a seguir «acordo BIDS»). O objecto do acordo BIDS é reduzir a capacidade total da indústria de transformação em 25%, no prazo de um ano. Com este objectivo o acordo BIDS prevê o seguinte:

12. Uma parte dos transformadores, que são membros da BIDS (a seguir «os operadores que se retiram»), devem obrigar-se em acordos com a BIDS a sair da indústria de transformação, a encerrar as suas instalações de transformação e a respeitar uma proibição de concorrência durante dois anos (a seguir «contratos de saída»). Os contratos de saída devem, além disso, conter as obrigações de não utilizar o espaço em que se encontram as instalações de transformação fechadas, durante cinco anos, para a transformação de carne de bovino (a seguir «restrição de utilização») e a só vender o equipamento para o processamento primário de carne de bovino a transformadores na Irlanda, para ser usado, apenas, como equipamento de reserva ou como peças de substituição e, fora disso, apenas a vendê-lo para fora da Irlanda (a seguir «restrição de disposição»). Não está

prevista a possibilidade de encerramento de parte das instalações de transformação de um industrial. A BIDS já celebrou um contrato de retirada do mercado com o transformador Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (a seguir «Barry Brothers»).

13. Como compensação, os operadores que se retiram devem ser indemnizados pela BIDS. Nas relações internas, os pagamentos das indemnizações devem ser financiados pelos membros da BIDS que permanecem na indústria de transformação (a seguir «os operadores que permanecem»).

14. As taxas a pagar pelos que permanecem estão escalonadas: na medida em que os operadores que permanecem não ultrapassem a sua quota de abate habitual é devida uma taxa de dois euros por bovino transformado; se ultrapassarem essa quota de abate a taxa aumenta por cada animal transformado, além da quota de abate habitual, para onze euros. A quota de abate habitual é calculada com base na média da quota de abate de um transformador durante os últimos três anos anteriores à entrada em vigor do acordo BIDS.

B — *O processo perante a autoridade irlandesa da concorrência e o processo judicial principal*

15. Durante a elaboração do acordo BIDS, esta procurou obter a concordância da Competition Authority irlandesa (a seguir «Competition Authority»). A Competition Authority informou a BIDS, em 5 e 26 de Junho de 2003, que o acordo BIDS e o contrato de retirada do mercado com a Barry Brothers (o acordo BIDS e o contrato de retirada do mercado com a Barry Brothers serão a seguir designados conjuntamente por «contratos BIDS») não eram compatíveis com o direito da concorrência irlandês. Em 30 de Junho de 2003, a Competition Authority pediu à High Court irlandesa (a seguir «High Court») que declarasse que os contratos BIDS violavam o artigo 81.º CE.

16. A High Court julgou improcedente o pedido da Competition Authority por decisão de 27 de Julho de 2006. Invocou, como fundamento, que os contratos BIDS não estavam abrangidos pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE. Entendia que os contratos não tinham como objectivo qualquer restrição da concorrência, porque não continham nem um acordo sobre preços, nem uma partilha de clientes, nem uma limitação da produção na acepção do artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a c), CE. Considerou que a redução da capacidade total de transformação não devia ser entendida como limitação da produção. Além disso, os contratos BIDS não teriam por efeito uma restrição da concorrência. Uma redução da capacidade total em 25%, apenas poderia restringir a concorrência se conduzisse a uma falta de capacidade que causasse uma subida dos preços. Como a produção total de carne de bovino na Irlanda, no futuro, não podia aumentar e devia mesmo, tendencialmente, baixar, era seguro também que, mesmo com uma redução da capacidade total em 25%, todos os bovinos seriam transformados. Também os preços não iriam, previsivelmente, subir. É certo que as taxas

iriam aumentar os custos de transformação da indústria. O aumento de preços estaria, no entanto, excluído, especialmente porque a redução da capacidade total conduziria a economias de escala para os industriais que permanecem e os clientes dos transformadores tinham um forte poder de negociação.

17. As restrições de utilização e de disposição também não constituiriam qualquer restrição da concorrência. Seria mesmo economicamente insuportável, nas actuais condições do mercado, construir novas instalações de transformação. Concorrentes potenciais poderiam, porém, entrar no mercado através da compra de outras instalações de transformação (quer dos operadores que permanecem quer dos que não sejam membros da BIDS).

18. Em consequência, os contratos BIDS não seriam de um tipo anticoncorrencial que necessitasse de ser apreciado, pois não podiam ser qualificados como tendo por objectivo a restrição da concorrência.

19. Além disso, a High Court entendeu não estarem preenchidos os pressupostos do artigo 81.º, n.º 3, CE. Embora a BIDS não tivesse demonstrado que aos utilizadores tivesse sido reservada uma parte equitativa do lucro, não se colocava a questão da aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE, uma vez que, desde logo, não era de aplicar a proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE.

20. A Competition Authority recorreu da decisão da High Court para a Supreme Court irlandesa (a seguir «Supreme Court»).

C — *Questão prejudicial*

21. A Supreme Court entende que o litígio suscita uma questão de interpretação relativamente ao artigo 81.º, n.º 1, CE, a qual é determinante para a sua decisão no processo principal. Submeteu, por isso, ao Tribunal de Justiça, a seguinte questão prejudicial:

«Se o Tribunal der como provado que:

a) existe um excesso de capacidade no sector da transformação de carne de bovino, [que foi avaliado em aproximadamente 32% da capacidade de transformação máxima];

b) o efeito desse excesso de capacidade terá, a médio prazo, consequências [graves] para a [rentabilidade] do sector no seu todo;

c) apesar de, [...] os efeitos do excesso [de capacidade] não se terem [ainda] feito sentir a um nível significativo, determinados consultores independentes avisaram que, a curto prazo, o excesso de capacidade será dificilmente eliminado através de medidas de mercados normais, mas que, com o decurso do tempo, o excesso de capacidade conduzirá a perdas [muito] importantes, e [acabará por levar] os transformadores e as fábricas [a abandonarem] a indústria;

d) [transformadores] que representam cerca de 93% do mercado do fornecimento de carne de bovino [do] sector concordaram em dar os passos necessários para eliminar o excesso de capacidade e estão dispostos a pagar [contribuições] para financiar o pagamento [das compensações] aos transformadores que estejam dispostos a cessar a produção, os referidos transformadores, [que representam] dez empresas, formam uma pessoa colectiva («a associação») [3], tendo em vista a implementação de um acordo com as seguintes características:

[...]

1. [os operadores] [...] [4] que abatem e transformam 420 000 animais por ano, representando aproximadamente 25% da capacidade activa, acordariam com [os operadores [...] [5] a cessação da sua actividade respeitando as seguintes condições;

2. os operadores [que se retiram] assinariam uma cláusula de não concorrência por dois anos relativamente à transformação de carne de bovino em toda a ilha da Irlanda;

3. as fábricas dos operadores [que se retiram] seriam desmanteladas;

4. os terrenos associados às fábricas desmanteladas não seriam usados para a transformação de carne de bovino [durante cinco anos]

3 — A BIDS.

4 — A expressão «os que [se retiram]» não é reproduzida.

5 — A expressão «os [que permanecem]» não é reproduzida.

5. [seria paga uma] compensação aos operadores que abandonam o mercado de forma faseada através de empréstimos [concedidos] pelos operadores que [permanecem] à associação;

— seria paga uma contribuição voluntária à associação por todos os operadores que [permanecem] à razão de dois euros por cabeça da tradicional percentagem de abate e onze euros por cabeça de gado abatido acima dessa percentagem;

— a [contribuição] seria usada para reembolsar os empréstimos […] e as [contribuições] terminariam [após] o reembolso dos empréstimos;

— os equipamentos dos operadores [que se retiram] usados para a transformação de carne de bovino só seriam vendidos aos operadores que [permanecem] para serem utilizados como equipamento de substituição ou peças, ou vendidos fora da ilha da Irlanda;

— a liberdade dos operadores que [permanecem] em matéria de produção, preços, condições de venda, importações e exportações, aumento da capacidade ou outros não seria afectada, e

que é pacífico que esse acordo é susceptível de ter um efeito apreciável no comércio entre os Estados-Membros, para efeitos da aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, deve-se considerar que esse acordo tem por objectivo, distinto do seu efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, sendo, por isso, incompatível com o artigo 81.º, n.º 1, do Tratado que institui a Comunidade Europeia?»

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

22. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 20 de Abril de 2007. Na fase escrita apresentaram observações a BIDS, a Competition Authority, o Governo Belga e a Comissão. Na audiência de 4 de Junho de 2008 a Competition Authority, a BIDS e a Comissão completaram as suas alegações.

V — Argumentos das partes

23. Entre a BIDS, a Competition Authority, o Reino da Bélgica e a Comissão há unanimidade quanto aos seguintes pontos: o artigo 81.º, n.º 1, CE, distingue entre restrições da concorrência como objectivo e restrições da concorrência como efeito. No caso de uma restrição da concorrência como objectivo não

é necessário provar qualquer efeito. Para determinar se existe um objectivo de restrição da concorrência, deve ter-se em consideração não apenas o conteúdo do acordo mas também o contexto jurídico e económico.

24. As partes divergem no que respeita às questões de saber: quando se deve considerar que existe um objectivo de restrição da concorrência e se os contratos BIDS entram nessa definição, sendo que a BIDS defende a tese de que os contratos BIDS não contêm um objectivo de restrição da concorrência, enquanto a Competition Authority, o Reino da Bélgica e a Comissão defendem a opinião contrária.

25. A BIDS equipara a noção de objectivo de restrição da concorrência à de restrições caracterizadas da concorrência e à de acordos que *per se* restringem a concorrência. Esta categoria de acordos deve, no entendimento da BIDS, ser interpretada estritamente e abrange apenas um número de restrições graves da concorrência, tais como os acordos de preços, as limitações da produção ou a repartição de mercados ou de clientes. Na sua opinião, só existe um objectivo de restrição da concorrência em acordos manifestamente desta espécie e causadores de prejuízos.

26. A BIDS entende que os contratos BIDS não apresentam como objectivo uma restrição da concorrência; tendo em atenção o contexto jurídico e económico dos contratos resulta claro que estes não podem entrar, quanto aos seus objectivos, na categoria das restrições da concorrência. A BIDS invoca, em relação a isto, especialmente as conclusões da High Court de que, no futuro, não ocorreria uma redução da produção global nem um aumento de preços. Do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão [6] resulta que tais circunstâncias devem ser tidas em conta. Além disso, a liberdade dos industriais que permanecem, do ponto de vista das suas quotas de produção, quotas de mercado e preços, não é limitada. Recorda que devia ser tido em consideração, ainda, que os contratos BIDS prosseguem um fim legítimo: reduzir a capacidade excedentária. O pagamento das taxas, a proibição de concorrência e as regras quanto à utilização e à disposição são medidas necessárias para atingir esse objectivo. Além disso, a BIDS sublinha que não negociou em segredo.

27. Segundo o entendimento da BIDS, resulta, pelo contrário, destas circunstâncias que os contratos BIDS não são manifestamente anticoncorrenciais, não podendo ser incluídos na categoria dos que têm por objectivo restrições à concorrência.

28. Segundo o entendimento da *Competition Authority*, verifica-se um objectivo de restrição da concorrência quando há restrições à concorrência manifestas ou caracterizadas, porém, não há dúvida de que não existe uma enumeração exaustiva de restrições da concorrência manifestas ou caracterizadas.

6 — Acórdão de 27 de Setembro de 2006 (T-168/01, Colect., p. II-2969).

Não seria necessária uma investigação dos fins tidos em vista pelas partes. Do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão [7] não podem ser tiradas conclusões para o presente processo.

29. Do conteúdo dos contratos BIDS resulta que estes têm por objectivo uma restrição da concorrência. A Competition Authority remete, a este propósito, para a projectada saída de operadores da indústria de transformação, que atingia cerca de 25% da capacidade total. No seu entendimento, tal constitui, pelo menos, uma limitação da produção e, do mesmo modo, uma limitação restritiva da capacidade concorrencial. Além disso, a Competition Authority invoca o aumento dos preços ligado ao pagamento das taxas, as limitações de utilização e de disposição para os operadores que se retiram e a circunstância de que os operadores que permanecem não serão necessariamente os transformadores mais eficazes. Estes elementos dos contratos BIDS também são, na sua opinião, de qualificar como tendo por objectivo a restrição da concorrência.

30. Os efeitos positivos dos contratos BIDS deverão ser tidos em consideração nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE.

31. Em relação com a interpretação da noção de objectivo de restrição da concorrência, o *Reino da Bélgica* invoca a estrutura do artigo 81.º CE. Tendo como base que, desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, este obriga as empresas a efectuarem uma auto-avaliação dos acordos, daí resulta que a distinção entre o artigo 81.º, n.º 1, CE e o artigo 81.º, n.º 3, CE deve ser acentuada. No âmbito do exame à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE deve verificar-se apenas se existe uma restrição da concorrência. Desta é de distinguir a questão de saber se um acordo que é abrangido pela proibição de princípio do artigo 81.º, n.º 1, CE, é compatível com o mercado comum ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE.

32. No entendimento do Reino da Bélgica, um acordo que é dirigido à racionalização da indústria de transformação e que visa atingi-la através da saída de transformadores que representam 25% da capacidade total tem por objectivo uma modificação das condições do mercado. Os contratos BIDS têm, assim, por objectivo uma restrição da concorrência.

33. A *Comissão* salienta que, embora seja certo que a jurisprudência dos Tribunais da Comunidade Europeia considerou, num primeiro momento, existir um objectivo de restrição da concorrência em casos de restrições caracterizadas, os Tribunais da Comunidade Europeia já consideraram entretanto que também alguns acordos que visam fins legítimos têm por objectivo a restrição da concorrência. A prossecução de um fim legítimo não exclui, por isso, a existência de um objectivo de restrição da concorrência. O artigo 81.º, n.º 1, CE é, assim, aplicável

7 — Referido na nota 6.

também a acordos cujo fim é a ultrapassagem de uma crise. Outro entendimento não é compatível com a estrutura do artigo 81.º CE. Além disso, não é pressuposto necessário que a restrição da concorrência seja manifesta. Também não é relevante que os contratos BIDS tenham sido negociados e celebrados em segredo ou publicamente.

34. Quanto à apreciação dos contratos BIDS, a Comissão segue, no essencial, a opinião da Competition Authority.

VI — Apreciação jurídica

35. Uma vez que as partes têm um entendimento diferente quanto à noção de objectivo de restrição da concorrência, começo por apreciar esta questão (A) antes de examinar se acordos como os contratos BIDS têm por objectivo restringir a concorrência (B). Em conclusão, irei examinar como devem ser apreciados os elementos específicos destes acordos face ao conjunto de tipos previstos no artigo 81.º, n.º 1, alínea b), CE, e à disciplina geral do artigo 81.º, n.º 1, CE, (C).

A — *A noção de objectivo de restrição da concorrência*

36. Como já foi referido, o objecto da questão prejudicial é apenas a interpretação da noção de objectivo de restrição da concorrência do artigo 81.º, n.º 1, CE. Uma interpretação desta noção, porém, não é possível sem ter em consideração o seu contexto normativo. Vou por isso, a seguir, analisar primeiramente o conteúdo, a estrutura e a aplicação do artigo 81.º CE (1) e, depois, num segundo momento, o que deve ser entendido como objectivo de restrição da concorrência (2).

1. Conteúdo, estrutura e aplicação do artigo 81.º CE

a) Estrutura do artigo 81.º CE

37. Segundo o artigo 81.º, n.º 1, CE, são proibidos em princípio todos os acordos entre empresas que têm por objectivo uma restrição

sensível da concorrência, ou que têm esse efeito [8]. Ter por objectivo e ter por efeito uma restrição da concorrência são dois tipos alternativos [9]. Demonstrado que um acordo tem por objectivo a restrição da concorrência, não há que examinar se este causa efectivamente uma restrição da concorrência [10]. Em princípio, para a proibição nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE basta, assim, que o acordo tenha por objectivo uma restrição da concorrência.

38. A proibição prevista como princípio no artigo 81.º, n.º 1, CE, pode, no entanto, de acordo com o artigo 81.º, n.º 3, CE, ser declarada inaplicável. Para isso, é necessário o preenchimento de quatro condições cumulativas, sendo a primeira que o acordo contribua para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico e a segunda que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa desse lucro. Outras condições são (terceira) que o acordo não imponha às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos e (quarta) que não dê a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

39. O artigo 81.º CE, prevê, portanto, um *exame em duas fases*. Um acordo é, assim, compatível com o mercado comum quando não é abrangido pela proibição de princípio do artigo 81.º, n.º 1, CE, ou ainda quando, embora abrangido por esta proibição, preenche, no entanto, as condições do artigo 81.º, n.º 3, CE. Com a demonstração de que o acordo tem por objectivo uma restrição da concorrência e está, por isso, abrangido pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE, não está dita a última palavra sobre se este acordo é incompatível com o mercado comum. Deve ser tida em consideração esta distinção entre o artigo 81.º, n.º 1, CE e o artigo 81.º, n.º 3, CE na análise para determinar se existe um objectivo de restrição da concorrência na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

b) Aplicação do artigo 81.º CE

40. Antes de 1 de Maio de 2004, a distinção entre o artigo 81.º, n.º 1, CE e o artigo 81.º, n.º 3, CE, desempenhava uma importante função no plano processual. Segundo o artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, relativo à execução dos artigos 85.º (actual artigo 81.º CE) e 86.º (actual artigo 82.º CE) do Tratado [11] existia um sistema de proibição com reserva de excepções: qualquer acordo abrangido pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE e que não fosse

8 — V. texto completo do artigo 81.º, n.º 1, CE, no n.º 3 das presentes conclusões.

9 — Acórdão de 30 de Junho de 1966, Société technique minière (56/65, Colect. 1965-1968, p. 381).

10 — Acórdãos Société technique minière (referido na nota 9, p. 384) e de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/ /Comissão (56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423).

11 — JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22.

abrangido por um dos grupos isentos nos termos de um regulamento devia ser notificado à Comissão. Apenas esta podia isentar tal acordo da proibição de princípio nos termos do 81.º, n.º 1, CE.

41. Com a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 [12], passou a aplicar-se, em lugar deste sistema, um sistema de auto-avaliação. Acordos que caem no âmbito da proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE, mas que preenchem as condições do artigo 81.º, n.º 3, CE, não são proibidos, não sendo necessária para o efeito uma decisão prévia da Comissão [13]. Fundamentalmente, cabe agora à empresa em causa (se for caso disso, com apoio de um consultor jurídico) verificar se estão reunidas as condições do artigo 81.º, n.ºs 1 e 3, CE [14].

2. Objectivo de restrição da concorrência

42. O objectivo do acordo deve ser uma *restrição da concorrência*. É certo que se trata de um critério difícil de apreender [15]. O artigo 81.º CE, protege a concorrência, em especial na sua função de construção do mercado comum com relações semelhantes a um mercado interno, e na sua função de abastecer o melhor possível o consumidor [16]. Ao analisar se um acordo põe em causa estes bens protegidos, os Tribunais da Comunidade Europeia procuram determinar se um acordo limita a liberdade de uma ou mais empresas de determinar a sua política no mercado de maneira autónoma (exigência de autonomia) e se esta restrição da liberdade afecta sensivelmente as relações no mercado [17].

43. Ao apreciar se um acordo tem *por objectivo* uma restrição da concorrência deve, segundo a jurisprudência dos Tribunais da Comunidade Europeia, partir-se do conteúdo do acordo, tendo em atenção o seu contexto jurídico e económico [18]. A seguir, vou examinar segundo que critérios deve ser determinado se um acordo tem por objectivo uma restrição da concorrência (a) e, a seguir, se esta noção está limitada às restrições manifestas da concorrência (b) e se existe uma enumeração exaustiva de objectivos de restrição da concorrência (c). Referirei, para

12 — O Regulamento n.º 1/2003 entrou em vigor em 1 de Maio de 2004.

13 — Artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 1/2003.

14 — A utilização de dois momentos de análise, de acordo com o artigo 81.º CE, desempenha, no entanto, uma função na repartição do ónus da prova. Nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, as partes ou instituições que invocam a proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE têm o ónus da prova dos pressupostos deste, enquanto as partes que invocam a inaplicabilidade desta proibição devem provar os pressupostos do artigo 81.º, n.º 3, CE.

15 — Sobre o conceito de restrição da concorrência, v. Bellamy & Child — *European Community Law of Competition, Oxford,* 6.ª ed. 2008, pontos 2.062 a 2.120; Wish, R. — *Competition Law,* London, 5.ª ed. 2003, pp. 106 a 128; Faull, J., e Nikpay, A. — *The EC Law of Competition,* Oxford, 1999, pontos 2.56 a 2.99.

16 — Acórdãos de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão (26/76, Colect., p. 659, n.º 20); de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 117); e de 23 de Novembro de 2006, Asnef-Equifax e Administración del Estado (C-238/05, Colect., p. I-11125, n.º 52); em especial quanto à protecção do consumidor, v. Leupold, H., Weidenbach, G. — «Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EC-Vertrag?», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, pp. 1003, 1008, n.º 28, com mais indicações.

17 — Acórdãos, já referidos, Comissão/Anic Partecipazioni, n.º 117, e Asnef-Equifax e Administración del Estado, n.º 52. Fundamental para a questão dos efeitos sensíveis: acórdão de 9 de Julho de 1969, Völk (5/69, Colect. 1969-1970, p. 295, n.ºs 5 a 7).

18 — Acórdãos Société technique minière (referido na nota 9); de 28 de Março de 1984, CRAM e Rheinzink/Comissão (29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679, n.ºs 25 a 28, 26); e GlaxoSmithKline Services/Comissão (referido na nota 6, n.º 110).

terminar, que circunstâncias do contexto jurídico e económico podem ser relevantes para a existência de uma restrição da concorrência e quais o não são (d).

a) Critério relevante

44. Atendendo ao seu teor literal, a noção de restrição da concorrência destaca, em primeiro lugar, o objectivo do acordo. Os Tribunais da Comunidade Europeia consideraram, por isso, existir um objectivo ou tendência anticoncorrencial quando o acordo acarreta como consequência necessária uma restrição da concorrência [19]. Neste caso, as partes não podem, em princípio, invocar utilmente que não tinham uma intenção de restrição da concorrência ou que com o acordo visavam outro objectivo [20].

45. Desta jurisprudência não se pode concluir que a vontade das partes não seja de ter em atenção. Ela exprime apenas o entendimento de que empresas, actuando racionalmente, devem estar conscientes dos efeitos que provavelmente derivarão do acordo, tendo em atenção as circunstâncias que o rodeavam, de modo que se supõe que pretenderam, pelo menos em certa medida, esses efeitos [21].

46. Dos tipos alternativos do artigo 81.º, n.º 1, CE [22] — ter por objectivo ou ter por efeito restrições da concorrência — e da circunstância de o artigo 81.º, n.º 1, CE, prever na alternativa que constitui o objectivo de restrição da concorrência um delito de perigo abstracto [23], resulta, pelo contrário, que não podemos apoiar-nos apenas nas consequências necessárias de um acordo. A vontade das partes pode também ser tida em conta [24]. Podem, nomeadamente, tirar-se

19 — Acórdãos de 1 de Fevereiro de 1978, Miller/Comissão (19/77, Colect., p. 45, n.º 7), e CRAM e Rheinzink/Comissão (referido na nota 18, n.os 25 a 28).

20 — Acórdãos de 8 de Novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 24); Miller/Comissão (referido na nota 19, n.º 7); e CRAM e Rheinzink/Comissão (referido na nota 18, n.os 25 a 28).

21 — Como referiu de forma pertinente o advogado-geral A. Tizzano no n.º 77 das suas conclusões no processo General Motors/Comissão (acórdão de 6 de Abril de 2006, C-551/03 P, Colect., p. I-3173), as partes não podem, além disso, invocar desconhecer a proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE (*ignorantia legis non excusat*). V., também, Emmerich, V., *in* Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, volume 1, München, 4ª ed., 2007.

22 — V. n.º 35 das presentes conclusões.

23 — V. conclusões do juiz B. Vesterdorf nomeado advogado-geral no processo Rhône-Poulenc/Comissão (acórdão de 24 de Outubro de 1991, T-1/89, Colect., pp. II-867, II-945).

24 — V. n.º 78 das conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo General Motors/Comissão (referido na nota 21); Odudu, O. — «Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention», *European Law Review,* 2001, pp. 61, 62.

conclusões sobre a vontade das partes a partir da génese do acordo [25].

b) Restrições manifestas da concorrência?

47. Do que vem sendo dito resulta que a categoria das restrições da concorrência por objectivo não pode ser reduzida aos acordos que restringem de forma manifesta a concorrência. Dado que deve ser tido em conta não só o conteúdo do acordo mas também o seu contexto jurídico e económico, a identificação de um objectivo de restrição da concorrência não pode depender de se este objectivo se detecta à primeira vista ou apenas se revela através de um exame mais aprofundado das circunstâncias e da vontade das partes [26].

c) Enumeração exaustiva?

48. Na minha opinião, o conceito de objectivo de restrição da concorrência também não pode ser reduzido a uma enumeração exaustiva. Já o vocábulo «designadamente» no artigo 81.º, n.º 1, CE, torna desde logo claro que as restrições à concorrência abrangidas pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, não estão limitadas às que são referidas no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE. Não podem, por isso, os objectivos de restrições à concorrência ser limitados aos exemplos referidos no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a c), CE [27].

49. Além disso, a noção de objectivo de restrição da concorrência não pode ser reduzida à fixação de preços, à partilha de

25 — N.º 78 das conclusões do advogado-geral A. Tizzano (referidas na nota 24).

26 — V. n.º 24 do acórdão IAZ International Belgium e o./Comissão, referido na nota 20, no qual o Tribunal de Justiça examinou o sistema de controlo através de marcas (*labels*) de conformidade. Resulta também dos n.ºs 60, 64 e 65 do acórdão General Motors/Comissão (referido na nota 21) que não é necessário ser evidente a concertação. Não resulta algo diferente do n.º 136 do acórdão de 15 de Setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão (T-374/84, T-375/94, T-384/94 e T-388/93, Colect., p. II-3141), na medida em que o Tribunal aí concluiu que, no caso de restrições como a fixação de preços, a divisão de mercados ou o controlo da produção, não é necessária uma investigação do contexto económico e jurídico. Isto mostra apenas que a consideração do contexto jurídico e económico em casos claros pode ser sumariamente dispensada. Daí não resulta, porém, que a noção de restrição da concorrência se limita a estes casos evidentes.

27 — V., também, Aicher, J./Schuhmacher, F., *in* Grabitz/Hilf — *Das recht der Europäischen Union,* volume 2, München, 34.º fascículo de actualização, de Janeiro de 2008, artigo 81.º, n.º 1; Bellamy & Child, *op. cit.* (nota 15), nota 402 no ponto 2.097, onde se refere justamente que também outros acordos podem igualmente ter por objectivo uma limitação da concorrência. V., também, Wish, R., *op. cit.* (nota 15), p. 106 onde se refere que se trata de uma enumeração a título exemplificativo.

mercados ou ao controlo da produção. O facto de os Tribunais da Comunidade Europeia se terem ocupado em muitas decisões com estes tipos de restrições à concorrência não significa que acordos com uma finalidade diferente não possam ter como objectivo restrições da concorrência [28].

d) Contexto jurídico e económico

50. Como já foi referido, ao analisar se um acordo tem por objectivo uma restrição da concorrência deve ser tido em conta não apenas o seu conteúdo mas também o contexto jurídico e económico [29]. Este pressuposto deve ser considerado com rigor. Não é, de modo algum, para ser entendido como repositório de todas as circunstâncias que abonam no sentido da compatibilidade de um acordo com o mercado comum. Resulta, pelo contrário, da estrutura do artigo 81.º CE, que, segundo o artigo 81.º, n.º 1, CE, apenas devem ser tidos em atenção os elementos do contexto jurídico e económico que são idóneos para pôr em causa a existência de uma restrição da concorrência [30].

51. Desejo, a seguir, apresentar três grupos de hipóteses nos quais a possibilidade de existir uma restrição da concorrência ou, pelo menos, considerada duvidosa [31] com base no contexto factual e jurídico de um acordo deve ser negada:

52. O *primeiro grupo de hipóteses* abrange situações em que uma restrição da liberdade de as empresas determinarem a sua política no mercado de forma autónoma não tem qualquer efeito relevante para a concorrência. Tal pode ser o caso quando é duvidoso que as

28 — V. Wish, R., *op. cit.* (nota 15), pp. 112 a 114. Embora aí seja defendido um entendimento muito restritivo da noção de objectivo de restrição da concorrência [é duvidoso que no artigo 81.º, n.º 1, CE, exista uma categoria de restrições da concorrência *per se* (*ibidem*., pp. 116 e 117)], afirma-se expressamente que a enumeração destes acordos não é exaustiva. Contra uma limitação desta noção a estes tipos de restrições de concorrência, argumenta também a relação entre o artigo 81.º, n.º 1, CE e o artigo 81.º, n.º 3, CE. No artigo 81.º, n.º 1, CE, vem simplesmente referido se o acordo tem por objectivo ou por efeito uma restrição da concorrência. Com a verificação de que tem por objectivo uma restrição da concorrência ou de que tem por efeito essa mesma restrição, ainda não está dita a última palavra sobre a compatibilidade de um acordo com o mercado comum. É mesmo possível que, por força do artigo 81.º, n.º 3, CE, um acordo seja compatível com o mercado comum. Acordos que têm como objectivo a fixação de preços, a repartição de mercados ou o controlo da produção revelam, sem dúvida, uma especial capacidade para causar prejuízos. Estes não são, por isso, compatíveis com o mercado comum. Quem, todavia, limita a noção de restrição da concorrência a estes tipos especialmente prejudiciais, esquece que os objectivos de restrição da concorrência segundo o artigo 81.º, n.º 3, CE, também podem ser compatíveis com o mercado comum. Tal entendimento, na minha opinião, não é compatível com a estrutura do artigo 8.º CE. V., sobre este ponto, também Bellamy & Child, *op. cit.* (nota 15), nota 291 no ponto 2.069.

29 — V. n.º 43 das presentes conclusões.

30 — A este respeito, v., em especial, acórdão de 8 de Julho de 1999, Montecatini/Comissão (C-235/92 P, Colect., p. I-4539, n.ºs 114 a 128).

31 — Estes grupos de hipóteses não estão, porém, tão claramente delimitados que cada caso individual possa ser de forma segura incluído em apenas um dos três grupos. Para os efeitos do presente processo é, no entanto, suficiente verificar se o acordo pode ser incluído, pelo menos, numa das três hipóteses.

empresas participantes no acordo estejam em concorrência [32]. Outro exemplo são os casos em que é duvidoso que exista sequer uma concorrência suficiente que possa ser restringida através do acordo [33].

53. O *segundo grupo de hipóteses* abrange situações nas quais um acordo é ambivalente do ponto de vista dos seus efeitos na concorrência. Se um acordo visa um objectivo de promoção da concorrência tal como o reforço da concorrência num mercado, a abertura dum mercado ou a entrada de um novo concorrente, a restrição da exigência de autonomia necessária para isso pode ceder numa apreciação de conjunto, face ao objectivo de promoção da concorrência [34].

54. O *terceiro grupo de hipóteses* diz respeito a estipulações acessórias que são necessárias para a prossecução de um objectivo principal [35]. Para efeitos do presente processo deve distinguir-se dentro deste grupo de hipóteses da seguinte forma: se o objectivo principal prosseguido não está abrangido pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE, porque é neutro do ponto de vista da concorrência ou promove a concorrência, as estipulações acessórias que são necessárias para alcançar esse objectivo também não são abrangidas pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE [36]. Não se pode considerar existir nestes casos uma restrição da concorrência. Se o fim principal prosseguido, em contrapartida, for abrangido pela proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE, verificar-se-á, então, uma restrição da concorrência [37].

55. Circunstâncias que não põem em causa a existência de uma restrição da concorrência, como o melhoramento dos produtos através

32 — Acórdão European Night Services e o./Comissão (referido na nota 26): concorrência potencial não demonstrada.

33 — Acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão (referido na nota 6, n.os 114 a 147): dúvidas no efeito dos preços sobre a concorrência pois os preços no consumidor final, devido a disposições legais, estão em grande parte subtraídos ao jogo da oferta e da procura. Irei fazer uma análise mais detalhada deste acórdão nos n.os 74 e 75 das presentes conclusões.

34 — Acórdãos Société technique minière (referido na nota 9): concessão do direito exclusivo a uma única empresa para entrar num mercado; de 8 de Junho de 1982, Nungesser/ /Comissão (258/78, Recueil, p. 2015, n.º 44 a 58): concessão de licença aberta para distribuição de uma nova tecnologia; e Metro/Comissão (referido na nota 16, n.os 20 a 22): canais de distribuição adaptados a produtos de grande valor, tecnicamente muito desenvolvidos.

35 — Exemplos de estipulações acessórias são proibições de concorrência, sem as quais a compra de uma empresa não seria possível (acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia e o./ /Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, n.os 19 e 20), proibições de participação ou restrições de actividade, na medida em que estas são necessárias para o funcionamento de uma sociedade com um objectivo neutro para a concorrência (acórdão de 15 de Dezembro de 1994, DLG, C-250/92, Colect., p. I-5641, n.os 30 a 45), bem como as restrições de actividade necessárias para o respeito das regras de deontologia das profissões liberais (acórdão de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters e o., C-309/99, Colect., p. I-1577, n.º 97), ou regulamentações antidoping (acórdão de 18 de Julho de 2006, Meca-Medina e Majcen/Comissão, C-519/04 P, Colect., p. I-6991, n.os 42 a 44).

36 — Neste sentido, com razão, Bellamy & Child, *op. cit.* (nota 15), ponto 2.112.

37 — Saber se nestes casos tem aplicação, também, o conceito de estipulação acessória (neste sentido, Bellamy & Child, *op. cit.*), ou apenas o artigo 81.º, n.º 3, CE, não é necessário para efeitos do presente processo.

de economias de escala — mesmo quando possam ser consideradas positivas para a compatibilidade de um acordo com o artigo 81.º CE — não podem ser tidas em consideração no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, mas apenas no âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE [38].

56. Esta distinção resulta, desde logo, do teor literal do artigo 81.º, n.º 3, CE, o qual afirma claramente que esta espécie de efeitos de um acordo deve ser examinada à luz desta disposição. Esta distinção tem por base o seguinte entendimento: o artigo 81.º CE, visa, na sua concepção de conjunto, o abastecimento óptimo do utilizador [39]. São tidos em consideração, todavia, pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, e pelo artigo 81.º, n.º 3, CE, *aspectos diferentes* do benefício do consumidor. De acordo com o artigo 81.º, n.º 1, CE, os acordos que restringem a concorrência entre os participantes no mercado e, por isso, em especial, a sua função de abastecer o consumidor da melhor forma com um produto ao preço mais baixo possível [40] ou com produtos inovadores [41] são, em princípio, proibidos [42]. Semelhantes acordos conduzem directamente a uma redução dos benefícios do consumidor e são por isso, em princípio, proibidos.

57. O artigo 81.º, n.º 3, CE reconhece, contudo, que acordos que restringem a concorrência entre os participantes no mercado podem contribuir, nomeadamente, para uma redução dos custos de produção e esta redução dos custos de produção pode indirectamente contribuir para o benefício do consumidor [43]. A redução dos custos de produção, porém, beneficia directamente, em primeiro lugar, os produtores [44]. A compatibilidade de semelhante acordo com o mercado comum, de acordo com o artigo 81.º, n.º 3, CE está, em especial, submetida ao pressuposto de que os utilizadores participem nos benefícios daí resultantes. O legislador comunitário transpôs este pensamento para o direito probatório, uma vez que impõe às partes num acordo restritivo da concorrência o ónus da prova do preenchimento das condições do artigo 81.º, n.º 3, CE, em especial o benefício do utilizador [45].

58. Por estas razões, circunstâncias que não ponham em causa a constatação da existência de uma restrição da concorrência, em especial eficiências na produção através de economias de escala, só podem ser consideradas no

38 — Acórdãos de 10 de Março de 1992, Montedipe/Comissão (T-14/89, Colect., p. II-1155, n.º 265); de 6 de Abril de 1995, Tréfilunion/Comissão (T-148/89, Colect., p. II-1063, n.º 109); e de 18 de Setembro de 2001, M6 e o./Comissão (T-112/99, Colect., p. II-2459, n.ºs 72 a 74).

39 — Leupold, H., Weidenbach, G., *op. cit.* (nota 16), p. 1008, nota 28, com referências suplementares.

40 — Esta função da concorrência pode ser afectada, em especial, através de acordos sobre os preços ou sobre limitações do fabrico ou da produção [artigo 81.º, n.º 1, alínea a), CE] bem como sobre uma repartição dos mercados [artigo 81.º n.º 1, alínea c), CE].

41 — Esta função da concorrência pode ser afectada, em especial, através de acordos com os quais sejam limitados os investimentos [artigo 81.º, n.º 1, alínea a), CE].

42 — Leupold, H., Weidenbach, G., *op. cit.* (nota 16), pp. 1008 e 1009, que descrevem estas funções como eficiências de alocação e dinâmicas; Odudu, O. — «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect», *European Competition Law Review 2002*, p. 20.

43 — Leupold, H., Weidenbach, G., *op. cit.* (nota 16), pp. 1008 e 1009, qualificam isto como eficiências produtivas; Odudu, O. — «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect», *op. cit.* (nota 42), p. 20.

44 — Odudu, O. — «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect», *op. cit.* (nota 42), p. 20.

45 — V. artigo 2.º, segunda frase, do Regulamento n.º 1/2003.

âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE e não no âmbito do artigo 81.º, n.º 1 CE mesmo quando, finalmente, sejam de avaliar de forma positiva para a compatibilidade de um acordo com o artigo 81.º CE [46].

3. Conclusão

59. Em conclusão, não pode assim aceitar-se o entendimento restritivo da BIDS. O reconhecimento de um objectivo de restrição da concorrência não pressupõe que este tenha um carácter manifesto. Além disso, não existe uma enumeração exaustiva de objectivos de restrições da concorrência. O contexto jurídico e económico só é de ter em consideração na medida em que pode pôr em dúvida a existência de uma restrição da concorrência. Outras circunstâncias, mesmo quando estas devam ser avaliadas positivamente do ponto de vista do mercado comum, apenas devem ser tidas em conta no âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE.

B — *Acordos como os contratos BIDS têm por objectivo uma restrição da concorrência?*

60. Há que reconhecer previamente que o artigo 81.º, n.º 1, CE é aplicável às actividades e produtos da indústria de transformação [47]. Como já referi antes [48], ao analisar se acordos como os contratos BIDS têm por objectivo uma restrição da concorrência deve seguir-se o método seguinte: em primeiro lugar, deve verificar-se se tais acordos têm como consequência necessária restrições da concorrência ou se são dirigidos a restringir a liberdade das partes de determinar de forma autónoma a sua política no mercado (1) e se, através disso, afectam as relações de mercado (2). Em conexão com isto deve verificar-se, no quadro de uma apreciação de conjunto, se os elementos restritivos são necessários para alcançar um objectivo favorecendo a concorrência ou um objectivo principal que não é abrangido pela proibição de princípio do artigo 81.º, n.º 1, CE (3).

1. Restrições à liberdade das partes de determinarem de forma autónoma a sua política no mercado

61. Acordos como os contratos BIDS limitam a liberdade dos operadores que se retiram e

46 — Acórdãos Montedipe/Comissão (já referido na nota 38, n.º 265); Tréfilunion/Comissão (já referido na nota 38, n.º 109); e M6 e o./Comissão (já referido na nota 38, n.os 72 a 74).

47 — A questão prejudicial é, no entanto, dirigida à interpretação da noção de objectivo de restrição da concorrência do artigo 81.º, n.º 1, CE. Acordos como os contratos BIDS só podem, porém, constituir uma restrição da concorrência por objectivo quando o artigo 81.º CE, lhes seja aplicável. A aplicabilidade do artigo 81.º CE, resulta, no caso presente, do artigo 1.º Regulamento n.º 26 do Conselho, de 4 de Abril de 1962, relativo à aplicação de determinadas regras de concorrência à produção e ao comércio de produtos agrícolas (JO 1962, 30, p. 993; EE 08 F1 p. 29), conforme alterado pelo Regulamento n.º 49 do Conselho, de 29 de Junho de 1962, que altera a data de aplicação de determinados actos relativos à política agrícola comum (JO 1962, 53, p. 1571; EE 08 F1 p. 51), e do artigo 2.º do Regulamento n.º 26, conforme alterado pelo do Regulamento n.º 49. Deste ponto de vista, a situação jurídica não se alterou com a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1184/2006 do Conselho, de 24 de Julho de 2006, relativo à aplicação de determinadas regras de concorrência à produção e ao comércio de produtos agrícolas (JO L 214, p. 7).

48 — V. n.os 42 e 59 das presentes conclusões.

dos industriais que permanecem de determinarem de forma autónoma a sua política no mercado. Os operadores que se retiram devem obrigar-se no contrato de retirada do mercado, em especial, a retirar-se do mercado, a respeitar uma proibição de concorrência e a restrições de utilização e disposição das instalações desactivadas [49]. Os operadores que permanecem devem obrigar-se, segundo o acordo BIDS, ao pagamento de taxas.

2. Afectação das relações de mercado

62. Estas limitações da exigência de autonomia devem conduzir a uma afectação das relações de mercado. A este respeito, deve referir-se que não é, em princípio, função do Tribunal de Justiça, num reenvio prejudicial, controlar as conclusões de facto dos tribunais nacionais. Não é, tão pouco, função do Tribunal de Justiça examinar se a Supreme Court está vinculada pelas conclusões da High Court. Em todo o caso, é função do Tribunal de Justiça interpretar o direito comunitário de tal modo que o tribunal nacional *a quo* fique em situação de aplicar o direito comunitário de modo correcto. Para isso interessa, também, a apreciação de quais as circunstâncias de facto que são relevantes para a aplicação do direito comunitário e quais o não são.

63. Para determinar se um acordo afecta as relações de mercado deve proceder-se a uma comparação entre duas situações hipotéticas [50].

64. A *primeira hipótese de comparação* é a situação que se apresentaria se não existissem os contratos BIDS. Isto resulta nomeadamente das alíneas a) a d) da questão prejudicial. Da alínea c) da questão prejudicial e dos documentos do processo deduzo que, até agora, na indústria de transformação, ainda não começaram as saídas do mercado em volume significativo e que as saídas do mercado sem o acordo BIDS, pelo menos a curto prazo, não atingiriam 25% da capacidade de produção total da indústria de transformação.

65. A *segunda hipótese de comparação* é a situação que se apresentaria após a aplicação dos contratos BIDS. Aqui deve ser determinado se os contratos BIDS têm por objectivo

49 — Nesta medida, os contratos BIDS devem distinguir-se de uma hipótese em que as empresas unilateralmente decidem retirar-se do mercado.

50 — Acórdão Société technique minière (referido na nota 9).

uma restrição da concorrência. Para isso, são de ter em consideração — como já acima se referiu [51] — nesta segunda situação hipotética os efeitos que resultam como consequência necessária das estipulações descritas nos n.os 1 a 9 da questão prejudicial, bem como os efeitos que as partes querem atingir com estas estipulações.

66. Antes de mais, é de referir que o acordo BIDS é um acordo horizontal, portanto, um acordo entre concorrentes que se situam ao mesmo nível no mercado. O contrato de retirada do mercado também constitui um acordo horizontal entre um transformador e uma associação de transformadores, a BIDS.

a) Redução da capacidade de produção total da indústria de transformação em 25%.

67. Através dos contratos BIDS a capacidade de produção da indústria de transformação no seu conjunto deve, graças à saída de transformadores, ser reduzida em 25%. A retirada do mercado de transformadores e o acordo de não utilização das suas instalações de transformação parecem-me, em princípio, adequados para restringir a concorrência entre os industriais que permanecem no mercado [52].

68. A concorrência não tem lugar apenas quando os produtores podem utilizar a sua capacidade em pleno, mas também quando os produtores têm capacidade excedentária. Um industrial suporta custos fixos com a instalação e a manutenção das instalações de produção. No caso de um baixo nível de utilização das instalações de produção, estes custos fixos afectam mais fortemente os custos de produção por unidade produzida do que no caso de um nível de utilização elevado, porque a parte dos custos fixos nos custos de produção por unidade em caso de produção alta baixam proporcionalmente (os chamados efeitos de escala). Constitui, em princípio, um estímulo para o produtor atingir economias de escala através do aumento do nível de utilização do seu equipamento [53].

69. A BIDS põe isto em questão. Invoca, para isso, as seguintes circunstâncias: a redução da capacidade total não conduz a uma redução da produção total. O preço dos produtos dos transformadores não aumentará. Trata-se de uma redução feita uma única vez da capacidade de produção do mercado no seu

51 — V. n.os 42 e 59 das presentes conclusões.

52 — V. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Fevereiro de 2002, Atlantic Container Line e o./Comissão (T-395/94, Colect., p. II-875, n.º 56); v., também, Jürgens, R. — *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, p. 95.

53 — Sobre a relação entre capacidades excedentárias, efeitos de escala e aumento da concorrência, v. Schulz, N. — *Wettbewerspolitik*, Tübingen, 2003, pp. 84 a 86.

conjunto. Antes de entrar na análise dessas circunstâncias desejo ainda referir quanto a este ponto que, nesta fase, apenas podem ser tidas em consideração circunstâncias que possam pôr em dúvida a existência de uma restrição da concorrência [54].

70. *Primeiro*, parece-me que, de acordo com as leis da lógica, permanecendo igual a produção total [55] num mercado com alta capacidade excedentária existirá, em princípio, uma concorrência mais forte entre os participantes no mercado do que no caso de haver baixa (ou nenhuma) capacidade excedentária. Num mercado com elevadas capacidades excedentárias é mais difícil para um produtor médio atingir o mesmo nível de utilização do seu equipamento de produção que num mercado com baixas capacidades excedentárias. Como as economias de escala baixam com o rácio de utilização, um produtor médio está, por isso, sujeito num mercado com elevadas capacidades excedentárias a uma pressão de concorrência mais forte do que num mercado apenas com baixas capacidades excedentárias. Na ciência económica é reconhecida a interdependência entre capacidade excedentária, efeitos de escala e pressão da concorrência [56].

71. Não vejo nenhum fundamento que, no caso presente, abone contra esta interdependência. Em especial, parece-me não ser relevante para a existência desta interdependência o facto de as capacidades excedentárias surgirem em resultado de uma redução da procura ou se, como no caso presente, através de uma promoção da construção e do aumento de instalações de transformação e através da distribuição proporcional da matéria prima para transformar. Também abona neste sentido o facto de esta interdependência ter sido confirmada pelo estudo de mercado. A circunstância de a produção total não diminuir não é, por isso, por si só susceptível de excluir a existência de uma restrição da concorrência [57].

72. *Segundo*, na minha opinião, também a circunstância de que os preços não venham a aumentar não é de natureza a excluir uma restrição da concorrência. Trata-se meramente neste caso da questão de saber se acordos como os contratos BIDS têm por objectivo uma restrição da concorrência. A existência de uma restrição da concorrência, e os possíveis efeitos de uma restrição da concorrência sobre os preços são duas questões distintas uma da outra. Tal resulta, desde logo, de que os preços podem ser influenciados por múltiplos factores. Nem todos esses factores são aptos a excluir a existência de uma restrição da concorrência.

54 — V. n.os 50 a 58 das presentes conclusões.

55 — A High Court partiu da conclusão de que a produção total não seria no essencial modificada.

56 — Sobre a relação entre capacidade excedentária, efeitos de escala e aumento da concorrência, v. Schulz, N., *op. cit.* (nota 53), pp. 84 a 86.

57 — A opinião da BIDS conduz, além disso, *ad absurdum* como se vê através de um exemplo: se existirem num mercado em situação de duopólio, no lado da oferta, capacidades excedentárias elevadas e um dos dois produtores, por acordo com o outro, encerrar a sua produção, sem que isso conduza a uma limitação da produção total, tal acordo não seria, na opinião da BIDS, por objectivo uma restrição da concorrência. Efectivamente, semelhante modificação da estrutura do mercado teria, porém, como consequência uma exclusão duradoura da concorrência, porque o produtor restante, enquanto monopólio, só estaria exposto a uma concorrência potencial.

73. No caso presente, podem excluir-se os aumentos de preços resultantes das economias de escala obtidas através de um nível mais elevado de utilização das capacidades e do poder de negociação da contraparte no mercado. É certo que as economias de escala podem, eventualmente, ser consequência da redução da capacidade de produção da indústria de transformação no seu conjunto. Não são, porém, adequadas a excluir a existência de uma restrição da concorrência nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE. As economias de escala devem, pelo contrário, ser encaradas como benefícios que, em primeiro lugar, vão directamente para os transformadores e, por isso, devem ser consideradas no âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE [58]. Também o poder de negociação da contraparte no mercado, mesmo quando possa impedir um aumento dos preços, não põe em causa, em princípio, a existência de uma restrição da concorrência e, por isso, deve ser considerado no âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE [59].

74. A situação em análise também não é comparável com a situação de facto que está na base do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão [60]. Neste caso — que aliás respeita a uma regulamentação de preços vertical — na fase da venda ao consumidor final os preços eram em grande parte determinados por disposições legais e, por isso, subtraídos aos efeitos da oferta e da procura [61]. Em semelhante caso podem existir dúvidas sobre se uma regulamentação de preços vertical é susceptível de limitar a concorrência na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE [62]. O caso presente não é, por isso, comparável, pois não existe qualquer disposição legal que possa impedir que os benefícios que resultem da concorrência entre os industriais que permanecem sejam transferidos para o consumidor.

75. Além disso, o facto de os preços não virem a subir não exclui qualquer possibilidade de uma concorrência eficaz. É, pelo contrário, num mercado com elevadas capacidades excedentárias e permanecendo igual a produção total que a *diminuição dos preços* é uma medida de concorrência típica. Um produtor pode, através disso, tentar chamar a si uma parte maior da procura e, desse modo, aumentar o seu rácio de utilização e alcançar economias de escala [63]. A circunstância de os preços não virem a aumentar não é, por si só, susceptível de fazer desaparecer a existência de uma restrição da concorrência.

58 — V. n.os 55 a 58 das presentes conclusões; Bellamy & Child, *op. cit.* (nota 15), ponto 3.029; Odudu, O., «Art 81(3), Discretion and Direct Effect», *op. cit.* (nota 43), p. 19; Leupold, H., Weidenbach, G., *op. cit.* (nota 16), pp. 1008 e 1009.

59 — Sobre o poder de negociação da contraparte no mercado, v. n.os 114 a 128 do acórdão Montecatini/Comissão (referido na nota 30). De acordo com o n.º 116 deste acórdão, a recorrente invocou, em especial, que o Tribunal não tinha tido em consideração o forte poder de negociação no mercado, da contraparte. No n.º 127 deste acórdão, o Tribunal de Justiça concluiu que tais circunstâncias só podiam ser relevantes quando, em resultado do contexto económico, estivesse excluída qualquer possibilidade de uma concorrência eficaz.

60 — Referido na nota 6.

61 — *Ibidem*, n.os 114 a 134.

62 — Em caso semelhante, é suficiente verificar se é afectada a função da concorrência de fornecer da melhor forma ao consumidor um produto com o preço mais baixo possível (v., quanto a esta questão, n.º 56 das presentes conclusões).

63 — Schulz, N., *op. cit.* (nota 56), pp. 84 a 86.

76. *Terceiro*, não se alcança em que medida a circunstância de a capacidade total ser reduzida de uma só vez é de molde a excluir uma limitação da concorrência através da redução da capacidade total. Deve referir-se, aliás, que os efeitos dos contratos de saída e do acordo BIDS não estão limitados a um momento. A proibição de concorrência para os operadores que se retiram dura dois anos e as restrições de utilização e de disposição cinco anos.

77. *Em conclusão*, não consigo identificar, quer nas circunstâncias referidas pela BIDS quer em quaisquer outras circunstâncias do processo principal, fundamentos que ponham em causa a ligação entre a redução em 25% da capacidade de produção da indústria de transformação no seu conjunto através da saída do mercado de transformadores individuais e uma restrição da concorrência. O acordo representa, pelo contrário, uma compra da concorrência. Perante uma redução em 25% da capacidade total, não tenho quaisquer sérias dúvidas quanto ao efeito sensível de tal medida sobre a concorrência. Com reserva ainda da visão de conjunto que será apresentada no ponto 3, a redução em 25% da capacidade de produção da indústria no seu conjunto parece ser dirigida para uma restrição sensível da concorrência [64].

b) A retirada do mercado dos operadores que se retiram

78. Como foi referido acima [65], concluo da alínea c) da questão prejudicial e dos documentos do processo principal que, até agora, na indústria de transformação não se iniciou uma retirada do mercado em volume significativo e que as saídas do mercado sem o acordo BIDS, pelo menos a curto prazo, não atingiriam 25% da capacidade de produção da indústria de transformação no seu conjunto.

79. Numa preocupação de exaustividade, vou agora examinar, em complemento, se também seria de considerar existir uma restrição da concorrência quando, na primeira hipótese de comparação (sem acordos como os contratos BIDS), se chegasse com base nos mecanismos de mercado a uma retirada do mercado de extensão comparável.

80. Segundo o artigo 81.º, n.º 1, CE, é proibida qualquer restrição da exigência de autonomia, quando esta conduza ao aparecimento de

64 — V., neste sentido, Jürgens, R., *op. cit.* (nota 52) p. 95.

65 — V. n.º 64 das presentes conclusões.

condições de concorrência que, do ponto de vista da natureza dos bens ou das prestações de serviços fornecidos, da importância e do número das empresas participantes, bem como da extensão do mercado relevante não correspondam às condições normais desse mesmo mercado [66].

81. Na primeira hipótese de comparação (sem os contratos BIDS) a função de selecção da concorrência conduziria, em princípio, a que os transformadores mais eficientes permanecessem no mercado, isto é, os transformadores que melhor preenchessem as expectativas dos seus clientes e, finalmente, do consumidor. Se a selecção dos industriais que permanecem, na segunda hipótese de comparação (com os contratos BIDS) é feita não através dos mecanismos do mercado mas através de um entendimento entre os transformadores, isto afecta a função de selecção da concorrência. Isto resulta, no caso presente, nomeadamente de que o acordo BIDS não prevê a paragem de instalações de transformação individualizadas. Um industrial não pode, assim, segundo o acordo BIDS, desactivar as suas instalações de transformação ineficientes e continuar no mercado com as instalações de transformação eficientes.

82. Com reserva do que ainda referirei no ponto 3, como apreciação de conjunto, esta interferência na função de selecção da concorrência parece ser dirigida a uma restrição da concorrência [67].

c) Pagamento de taxas

83. Antes de mais, deve reconhecer-se que o pagamento das taxas tem como consequência que os industriais que permanecem não podem dispor livremente das mesmas e que estas agravam os seus custos de transformação. Através do aumento dos custos de transformação, os operadores que permanecem atingem mais cedo os limiares do prejuízo. Isto pode ter como consequência uma restrição da concorrência se os pagamentos das taxas vierem a ter efeitos sensíveis sobre o comportamento no mercado dos industriais que permanecem [68]. O tribunal nacional deve, por isso, verificar se as taxas, independentemente do seu montante, podem ter efeitos sensíveis no comportamento dos operadores que permanecem no mercado.

84. Além disso, o escalonamento das taxas de acordo com a quota de abate habitual é susceptível de produzir uma restrição da concorrência entre os operadores que permanecem. A BIDS alegou, é certo, que o pagamento das taxas devia constituir meramente um «preço» em troca das quotas de mercado dos operadores que se retiram e que são adquiridas pelos industriais que permanecem. Estes deveriam lutar pela conquista destas quotas de mercado. Para isso, cada transformador suportaria o custo de 11 euros. A concorrência entre os operadores que permanecem não seria, assim, restringida.

66 — Acórdão Comissão/Anic Partecipazioni (referido na nota 16, n.os 116 e 117).

67 — V., neste sentido, Jürgens, R., *op. cit.* (nota 52), p. 95.

68 — Acórdão de 12 de Setembro de 2000, Pavlov e o. (C-180/98 a C-184/98, Colect., p. I-6451, n.os 90 a 97).

85. Basta aqui referir que a consequência necessária de uma tal regulamentação é que os que permanecem são protegidos quanto à sua quota de mercado habitual. Se um dos industriais que permanecem que já atingiu a sua quota de abate habitual («*Out--Performer*») estiver em concorrência com outro dos que permanecem que não atingiu ainda a sua quota de abate habitual («*Low--Performer*») então o *Out-Performer* tem uma desvantagem em termos de custo de 9 euros, enquanto o *Low-Performer* não atingir a sua quota de abate habitual. O escalonamento das taxas conduz tendencialmente a proteger cada um dos operadores que permanecem no âmbito da sua quota de abate habitual. No entanto, os industriais que permanecem em concorrência não apenas do ponto de vista da quota de abate dos operadores que se retiram, que ficou livre, mas também no âmbito da sua quota de abate habitual. O escalonamento das taxas restringe, por isso, a concorrência quanto à quota de abate habitual. Se um transformador, com base nas circunstâncias do mercado, pode concluir que a produção total no futuro vai estagnar ou cair [69], pode dar-se conta exactamente do momento a partir do qual ultrapassará a sua quota de abate habitual.

86. É irrelevante pelas razões acima referidas que, em consequência do pagamento das taxas, a produção total não seja reduzida e que os preços não aumentem [70]. Também a circunstância de o pagamento das taxas estar limitado a um ano não é de natureza a excluir, dum modo geral, a existência de uma restrição da concorrência. Tais circunstâncias poderão, eventualmente, ser tidas em consideração no âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE.

d) Estipulações sobre utilização e disposição

87. Na medida em que através das estipulações sobre utilização e disposição seja dificultado o regresso ao mercado dos operadores que se retiram, isto constitui uma medida de garantia da saída do mercado e, dessa forma, reforça os efeitos da retirada do mercado dos operadores que se retiram. Remeto, a este respeito, para as minhas reflexões anteriores [71].

88. As restrições de utilização e de disposição podem, além disso, também ser dirigidas ao afastamento de terceiros, concorrentes potenciais, que não sejam membros da BIDS. É

69 — A High Court chegou a esta conclusão.
70 — V. n.º 70 a 75 das presentes conclusões.
71 — V. n.os 67 a 77 das presentes conclusões.

afirmado que a construção de novas instalações de transformação nas actuais circunstâncias do mercado não é economicamente viável [72]. Parecem-me, assim, as restrições de utilização e de disposição, tal como estão previstas nos contratos BIDS, fundamentalmente susceptíveis de restringir a concorrência de terceiros, concorrentes potenciais.

89. A concorrência potencial também é protegida pelo artigo 81.º, n.º 1, CE [73]. Quando se verifica que, no passado, entraram no mercado com sucesso novos concorrentes [74], tal não parece ser uma possibilidade puramente teórica para o futuro. Tudo isto milita, muito validamente, no sentido de que através das estipulações sobre a utilização e disposição se restringe a entrada de concorrentes potenciais no mercado.

90. A hipótese de os terceiros, concorrentes potenciais, também terem outras possibilidades de entrada no mercado apenas pode, na minha apreciação, ser relevante quanto ao efeito sensível da restrição da concorrência. O facto de cerca de 25% da capacidade de produção dever ser mantida imobilizada através da proibição de utilização e de disposição, constitui um argumento no sentido do efeito sensível da restrição da concorrência.

72 — A High Court chegou a esta conclusão.

73 — Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935, n.º 21).

74 — A High Court referiu a entrada no mercado da Exel Meats Limited.

91. O tribunal nacional deve, pois, averiguar se existem concorrentes potenciais para entrar no mercado e se estes podem estar interessados numa entrada no mercado com as instalações de transformação dos operadores que se retiram.

92. Além disso, os que ficam não podem utilizar as instalações fechadas para aumentar a sua capacidade. Também isto constitui uma restrição da concorrência, em especial quando a construção de novas instalações de transformação nas actuais circunstâncias de mercado parece não ser economicamente viável [75].

93. A circunstância de a produção total através das estipulações sobre utilização e disposição não ser reduzida e de os preços não aumentarem é irrelevante pelas razões acima referidas [76].

75 — A High Court chegou a esta conclusão.

76 — V. n.os 70 a 75 das presentes conclusões.

e) Conclusão

94. Com reserva da tomada em consideração de um eventual objectivo de promoção da concorrência ou de um objectivo principal dos contratos BIDS neutro quanto aos efeitos na concorrência, chego neste momento à seguinte conclusão interlocutória: pelo menos a planeada redução da capacidade de produção da indústria de transformação no seu conjunto em 25%, através da retirada do mercado de industriais transformadores, o escalonamento das taxas e as restrições de disposição e de utilização, são elementos do acordo que têm como consequência necessária uma restrição da concorrência.

95. Em relação a isto desejo aqui, apenas para esgotar a questão, referir que a BIDS não actuou sob coacção estatal [77]. Que o estudo do mercado tenha sido encomendado pelo Governo irlandês e que o grupo de trabalho sobre a carne de bovino tenha sugerido aos industriais do sector de transformação que dessem execução às recomendações do estudo de mercado não constitui qualquer coacção estatal.

77 — Em princípio, semelhante circunstância é apenas de examinar quando a empresa atingida a invoca, v. acórdão Montecatini/Comissão (referido na nota 30, n.º 128).

3. Tomada em consideração dos objectivos prosseguidos pelos contratos BIDS

96. A BIDS alega, a este respeito, que o objectivo dos contratos BIDS seria restringir as capacidades excedentárias e obter economias de escala. Tendo em conta este objectivo legítimo, a imposição das taxas e as restrições de utilização e de disposição, em especial, estariam justificadas.

97. *Primeiro*, desejo neste ponto, uma vez mais, referir que o objecto da presente análise é, meramente, determinar se um acordo tem como objectivo uma restrição da concorrência. Não é finalidade desta análise, no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, saber se uma restrição da concorrência desta natureza é manifesta ou tão grave que se possa comparar a um cartel típico.

98. *Segundo*, deve ser tido em consideração que a circunstância de um sector se encontrar numa crise conjuntural ou estrutural, segundo jurisprudência constante, não implica que o artigo 81.º, n.º 1, CE, não seja aplicado [78].

78 — Acórdãos de 20 de Abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão (T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colect., p. II-931, n.º 740), e de 13 de Dezembro de 2006, FNCBV e o./Comissão (T-217/03 e T-245/03, Colect., p. II-4987, n.º 90).

99. *Terceiro*, a circunstância de as partes prosseguirem com o acordo um fim legítimo não exclui, em princípio, segundo a jurisprudência do Tribunal, a existência de uma restrição da concorrência [79].

100. Algo diferente ocorre, segundo a jurisprudência acima referida [80] do Tribunal de Justiça, apenas quando o acordo prossegue um objectivo que favorece a concorrência ou um objectivo neutro desse ponto de vista, o que não é de aceitar no caso presente. O objectivo de aumentar a rentabilidade da indústria de transformação no seu conjunto, através de uma redução da capacidade excedentária em 25%, conduz, pelo contrário, inevitavelmente, a uma restrição da concorrência [81].

101. *Quarto*, constitui objectivo da BIDS obter vantagens na produção através de efeitos de escala. Da conjugação do artigo 81.º, n.º 1, CE e do artigo 81.º, n.º 3, CE, resulta, todavia, que semelhante objectivo só pode ser tido em consideração no âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE [82].

79 — Acórdão IAZ International Belgium e o./Comissão (referido na nota 20, n.os 22 a 25).
80 — V. n.os 52 a 55 das presentes conclusões.
81 — V. n.os 67 a 77 das presentes conclusões.
82 — V. n.os 55 a 57 das presentes conclusões.

4. Conclusão

102. Deve reconhecer-se, em conclusão, que um acordo como os contratos BIDS tem por objectivo uma restrição da concorrência.

C — Avaliação final dos elementos de um acordo como os contratos BIDS

103. Vou a seguir expor como devem ser avaliados os elementos específicos de acordos como os contratos BIDS à luz dos tipo de casos previstos no artigo 81.º, n.º 1, alínea b), CE, e da cláusula geral do artigo 81.º, n.º 1, CE.

104. Existem, no entanto, na minha opinião, reservas contra uma classificação excessiva em categorias das restrições da concorrência. O conteúdo de um acordo deve sempre ser examinado tendo como enquadramento o seu contexto jurídico e económico. O caso presente revela, em minha opinião, que uma forma de análise segundo a qual um acordo deve ser comparado com restrições típicas, graves, da concorrência nem sempre é pertinente e pode mesmo fazer passar ao lado da questão de saber se existe um objectivo de

restrição da concorrência. Porque, nos casos exemplificados no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE, não se trata de uma enumeração exaustiva, tal classificação em categorias também não é absolutamente indispensável. Basta antes, do ponto de vista jurídico, uma subsunção à cláusula geral.

105. Para as empresas e para os seus consultores jurídicos, a construção de categorias pode, porém, ser útil, em especial do ponto de vista do sistema da auto-avaliação actualmente em vigor. Proponho, por isso, ao Tribunal reagrupar em categorias os objectivos de restrições da concorrência, acima identificados, da forma seguinte:

106. A redução da capacidade total é, considerada em si mesma, uma restrição da concorrência abrangida pela cláusula geral do artigo 81.º, n.º 1, CE. Saber se, além disso, constitui também uma limitação da produção na acepção do artigo 81.º, n.º 1, alínea b), CE [83], pode aqui ser deixado em aberto. Na medida em que — como no caso presente — a redução da capacidade total é atingida através da saída do mercado e, portanto, da paragem da produção de transformadores individualizados, há também uma limitação da produção nos termos do artigo 81.º, n.º 1, alínea b) CE. Em primeiro lugar, não se retira do teor literal do artigo 81.º, n.º 1, alínea b), CE que tenha necessariamente de se tratar da produção total. Em segundo lugar, a comparação com as outras hipóteses consideradas, milita no sentido de que é suficiente a limitação da produção de um único participante no mercado. Em terceiro lugar, parece-me, pela finalidade da norma, que não é juridicamente correcto pôr a tónica na produção total do mercado. O âmbito de protecção do artigo 81.º, n.º 1, CE, abrange, pelo contrário, a concorrência na sua função de abastecer os consumidores com o melhor produto ao preço mais baixo possível, em especial quando um participante no mercado limita a sua produção ou a pára completamente.

107. O escalonamento das taxas é adequado a dissuadir um dos transformadores que permaneçam no mercado de aumentar a sua quota de mercado à custa da quota de mercado habitual de outro dos industriais que permanecem. Constitui por isso, do mesmo modo, uma limitação da produção.

108. As restrições de utilização e de disposição são igualmente susceptíveis de limitar o aumento da produção de um transformador através do aumento da sua capacidade e, por isso, são igualmente de qualificar como limitação da produção.

83 — V., a este respeito, n.º 56 do acórdão Atlantic Container Line e o./Comissão (referido na nota 52).

VII — Conclusão

109. Com base nas considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial da Supreme Court como se segue:

Um acordo, com o conteúdo e nas circunstâncias que são descritas na questão prejudicial tem por objectivo uma restrição da concorrência e, em consequência, não é compatível com o artigo 81.º, n.º 1, CE, na medida em que estejam preenchidas as restantes condições desta disposição.