Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILS WAHL
apresentadas em 27 de março de 2014[1]

Processo C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
contra

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Acordos, decisões e práticas concertadas — Mercado de cartões bancários em França — Groupement des cartes bancaires (CB) — Medidas tarifárias aplicáveis aos 'novos operadores' do Groupement — Direito de adesão e mecanismos denominados 'de regulação da função de adquirente' e 'de reativação de membros passivos' — Existência de uma restrição da concorrência por objetivo — Poderes de injunção — Respeito dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica»

1. Com o presente recurso, o Groupement des cartes bancaires (CB) (a seguir «Groupement») pretende obter a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 29 de novembro de 2012, CB/Comissão[2], através do qual o Tribunal negou provimento ao seu recurso de anulação da Decisão C (2007) 5060 final da Comissão, de 17 de outubro de 2007, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.° CE] (COMP/D1/38606 — Groupement des cartes bancaires «CB») (a seguir «decisão controvertida»).

2. No caso em apreço, o Tribunal de Justiça é principalmente chamado a determinar se o Tribunal Geral podia, sem incorrer em erro de direito, concluir que as medidas em causa tinham por «objetivo» restringir a concorrência, na aceção do artigo 81.º n.º 1, CE (atual artigo 101.º, n.º 1, TFUE), precisando-se que, neste caso, o Tribunal Geral se dispensou de examinar os efeitos na concorrência, diferentemente da Comissão Europeia, que, na decisão controvertida e em resultado de uma análise aprofundada, concluiu que essas medidas tinham, além desse objetivo, efeitos anticoncorrenciais[3].

1 — Língua original: francês.

2 — T-491/07 (a seguir «acórdão recorrido»).

3 — V. n.os 252 a 358 da decisão controvertida.

3. Em especial, importa responder à questão de saber se foi com razão que o Tribunal Geral adotou e, eventualmente, aplicou uma conceção bastante extensiva do conceito de «restrição por objetivo». Esta importante questão, que, é verdade, longe de ser inédita, se apresenta no quadro muito particular do mercado dos cartões de pagamento, cuja natureza biface [4] e as características muito específicas não foram, até à data [5], ainda examinadas pelo Tribunal de Justiça. Mais importante, o presente processo oferece ao Tribunal de Justiça uma nova oportunidade de aprofundar a sua jurisprudência, um pouco controversa, sobre o conceito de «restrição por objetivo», referido no artigo 81.º, n.º 1, CE.

I – **Antecedentes do litígio**

4. Os antecedentes do litígio, conforme resultam do acórdão recorrido, podem resumir-se nos seguintes termos.

5. O recorrente é um agrupamento de interesse económico de direito francês, criado em 1984 pelos principais estabelecimentos bancários franceses. Foi criado para realizar a interoperabilidade dos sistemas de pagamento e levantamento com cartões bancários (a seguir «CB») emitidos pelos seus membros. Esta interoperabilidade traduz-se, na prática, no facto de um CB emitido por um membro do Groupement poder ser utilizado para efetuar pagamentos a todos os comerciantes operadores ao sistema CB por intermédio de qualquer outro membro e/ou poder ser utilizado para efetuar levantamentos nas caixas automáticas (a seguir «ATM») exploradas por todos os restantes membros. Os membros do Groupement, cujo número ascendia a 148 em 29 de junho de 2007, são estabelecimentos ditos «líderes» ou os estabelecimentos associados a um líder. Por força do contrato constitutivo do Groupement, o BNP Paribas, o BPCE, anteriormente Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP), e a Société Générale (a seguir «SG») figuram entre os onze líderes.

6. Em 10 de dezembro de 2002, o Groupement notificou à Comissão, nos termos do Regulamento n.º 17 [6], diferentes novas regras projetadas para o sistema CB, que consistiam, designadamente [7], em três medidas tarifárias, que podem ser descritas da seguinte forma:

— Um dispositivo denominado «MERFA» [8] que, segundo o Groupement, tinha, em substância, por objetivos, por um lado, incentivar os membros mais frequentemente emissores do que adquirentes a desenvolver a sua atividade de aquisição e, por outro, ter financeiramente em conta os esforços dos membros cuja atividade de aquisição é importante em relação à sua atividade de emissão. A fórmula prevista para este efeito consistia em comparar a contribuição do membro no total das atividades de emissão do sistema CB (medidas em número de SIREN [9] e de ATM) com a contribuição desse membro para o total das atividades de aquisição desse sistema. Devia aplicar-se o MERFA quando a relação entre os dois rácios fosse inferior a 0,5. As quantias recebidas a título

4 — Os mercados biface podem ser definidos como mercados nos quais o volume das transações realizadas depende não só do nível geral dos preços pagos pelos membros, mas também da sua estrutura (Rochet, J.-C., e Tirole, J. — «Two-sided markets: a progress report», *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, n.º 3, 2006, pp. 645 a 667).

5 — Todavia, cumpre assinalar que o processo MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P), pendente no Tribunal de Justiça (v. conclusões do advogado-geral P. Mengozzi apresentadas em 30 de janeiro de 2014), tem por objeto o exame de determinadas decisões tomadas no quadro do sistema de pagamento com cartões dito «aberto» gerido pela MasterCard. Afigura-se que este processo, além do facto de suscitar questões distintas das submetidas no caso em apreço, respeita a medidas muito diferentes de imposição de comissões interbancárias multilaterais (CMI).

6 — Regulamento do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.° CE] e [82.° CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

7 — Resulta da descrição das medidas que, além das medidas tarifárias, as medidas notificadas previam uma reformulação do método de cálculo dos direitos de voto dos membros no âmbito do Groupement.

8 — Mecanismo de regulação da função da aquisição.

9 — Sistema de identificação no registo das empresas.

do MERFA deviam ser distribuídas entre os membros do Groupement que não fossem devedores de nenhuma quantia a esse título, na proporção da sua contribuição para a atividade de aquisição. Esses membros podiam utilizar livremente as quantias recebidas a esse título.

— Uma reforma do direito de adesão ao Groupement que incluía, além de um montante fixo de 50 000 euros cobrado aquando da adesão, um direito por CB emitido e ativo durante os três anos seguintes à adesão e, sendo caso disso, um direito complementar de adesão aplicável aos membros cujo número de CB em *stock* durante ou no termo do sexto ano seguinte à sua adesão exceda o triplo do seu número de CB em *stock* no termo do terceiro ano seguinte à sua adesão.

— Um dispositivo denominado «reativação de membros passivos» que consistia num direito por CB emitido, aplicável aos membros passivos ou pouco ativos antes da entrada em vigor das novas medidas tarifárias, cuja parte na atividade de emissão de CB de todo o sistema CB, durante um dos anos 2003, 2004 e 2005, tivesse sido mais de três vezes superior à sua parte na atividade relativa ao total de CB de todo o sistema CB, durante os exercícios de 2000, 2001, ou 2002.

7. Em 6 de julho de 2004, a Comissão adotou uma primeira comunicação de acusações, dirigida ao Groupement e a nove líderes que tinham sido objeto de verificação, na qual os acusava de terem celebrado um «acordo secreto anticoncorrencial» que tinha «globalmente por objeto limitar a concorrência entre os bancos partes no acordo e travar, de forma concertada, a concorrência dos novos operadores (designadamente a grande distribuição, os bancos *on line* e os bancos estrangeiros) no mercado da emissão de [CB]». Considerou que «a notificação [tinha] sido feita com o objetivo de dissimular o verdadeiro conteúdo do acordo anticoncorrencial». Ponderava privar a notificação de qualquer efeito e aplicar uma coima aos destinatários da comunicação de acusações. O Groupement respondeu a esta comunicação de acusações em 8 de novembro de 2004 e foi realizada uma audiência em 16 e 17 de dezembro de 2004.

8. Em 17 de julho de 2006, a Comissão adotou uma segunda comunicação de acusações, dirigida unicamente ao Groupement. Nesta comunicação, informou que a primeira comunicação de acusações deveria ser considerada retirada. Esta segunda comunicação de acusações tinha por objeto uma decisão de associação de empresas que instituiu uma série de medidas tarifárias que tinham um objetivo ou um efeito anticoncorrencial. O Groupement respondeu a esta segunda comunicação de acusações em 19 de outubro de 2006 e foi realizada uma audiência em 13 de novembro de 2006.

9. Em 20 de julho de 2007, o Groupement apresentou uma proposta de compromisso, nos termos do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 [10], que foi considerada intempestiva e insatisfatória pelo diretor-geral da Direção-Geral da Concorrência da Comissão.

10. Consequentemente, a Comissão adotou a decisão controvertida, na qual considerou que o Groupement tinha violado o artigo 81.º CE. Esta decisão contém, designadamente, as seguintes considerações:

— O mercado em causa foi definido como o da emissão de cartões de pagamento em França;

— As medidas em causa constituem uma decisão de associação de empresas;

— Estas medidas têm um objetivo anticoncorrencial. Este objetivo resulta das próprias fórmulas previstas pelas mesmas e está em contradição com os objetivos dessas medidas declarados na notificação. Por um lado, estas medidas não são adequadas a encorajar a aquisição e conduzem quer a imposição de um custo adicional aos membros que lhe estão sujeitos, quer a limitação da atividade de emissão dos membros que, de outro modo, a elas ficariam sujeitos. Por outro lado, a

10 — Regulamento do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [81.° CE] e [82.° CE] (JO 2003, L 1, p. 1).

função de incitação da atividade de aquisição atribuída ao MERFA é contrariada pela função atribuída às comissões interbancárias e pela função do direito complementar de adesão e do direito de reativação de membros passivos. Este objetivo anticoncorrencial corresponde aos objetivos reais dessas medidas, expressos pelos líderes aquando da sua preparação, a saber, a vontade de dificultar a concorrência dos novos operadores no mercado e de os penalizar, de preservar os lucros dos líderes e de limitar a redução do preço dos CB;

— As medidas em causa têm também um efeito restritivo da concorrência. Em especial, durante o período da sua aplicação (entre 1 de janeiro de 2003 e 8 de junho de 2004), estas medidas levaram à redução dos planos de emissão de CB dos novos operadores e à prevenção da baixa do preço dos CB, tanto dos novos operadores como dos líderes;

— As medidas em causa não podem ser consideradas restrições acessórias que escapam ao âmbito de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE; e

— As condições para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º CE não se encontram satisfeitas. Designadamente, a justificação das medidas em causa, em particular no que respeita ao MERFA, enquanto mecanismo de equilíbrio das funções de aquisição e de emissão, não pode ser aceite, na medida em que a percentagem da atividade de emissão em relação à atividade de aquisição de referência é a dos líderes e não a de um equilíbrio ideal para o sistema CB.

11. A Comissão concluiu daqui que o artigo 81.º, n.º 3, CE não era aplicável às medidas em causa, que a decisão do Groupement relativa às medidas em causa era contrária às disposições do artigo 81.º, n.º 1, CE e nula por força do artigo 81.º, n.º 2, CE e que, por conseguinte, foi fundadamente que ordenou ao Groupement que retirasse as medidas em causa e que, no futuro, se abstivesse de qualquer acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada que tivesse um objetivo ou um efeito equivalente.

12. A decisão controvertida dispõe:

«Artigo 1.º

As medidas tarifárias adotadas pelo [Groupement], por decisões de 8 e 29 de novembro de 2002 [do conselho de administração], a saber, o [MERFA], o direito de adesão por cartão e o direito complementar de adesão, bem como o [direito de reativação de membros passivos], aplicável aos membros do Groupement que não desenvolveram atividade 'CB' significativa desde a sua adesão, são contrárias ao artigo 81.º [CE].

Artigo 2.º

O Groupement põe imediatamente termo à infração referida no artigo 1.º, retirando as medidas tarifárias notificadas identificadas no referido artigo, na medida em que ainda não o tenha feito.

O Groupement abstém-se, no futuro, de qualquer medida ou [de] qualquer comportamento que tenha um objetivo ou efeito idêntico ou semelhante.»

II – **Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido**

13. Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral, em 27 de dezembro de 2007, o recorrente interpôs um recurso destinado a obter a anulação da decisão controvertida. O BNP Paribas, o BPCE e a SG intervieram em apoio do recorrente.

14. O recorrente, apoiado pelos intervenientes, invocou seis fundamentos para justificar o seu pedido. O primeiro fundamento era relativo à violação do artigo 81.º CE, por erros em razão do método de análise das medidas em causa e dos mercados considerados, à violação do princípio da igualdade de tratamento e à falta de fundamentação. O segundo fundamento era relativo à violação do artigo 81.º, n.º 1 CE, em consequência de erros de direito, de facto e de apreciação ao examinar o objeto das medidas em causa. O terceiro fundamento era relativo a erros de direito, de facto e de apreciação ao examinar os efeitos das medidas em causa. O quarto fundamento, invocado a título subsidiário, era relativo à violação do artigo 81.º, n.º 3 CE, em razão de erros de direito, de facto e de apreciação ao examinar a aplicabilidade desta disposição às medidas em causa. O quinto fundamento era relativo à violação do princípio da boa administração. O sexto fundamento era relativo à violação dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

15. Tendo rejeitado todos estes fundamentos, o Tribunal Geral negou provimento ao recurso na sua totalidade, condenou o Groupement a suportar as suas próprias despesas, bem como as efetuadas pela Comissão e condenou o BNP Paribas, o BPCE e a SG nas suas próprias despesas.

III – **Pedidos das partes e tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

16. Com o presente recurso da decisão do Tribunal Geral, o recorrente conclui pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne:

— anular o acórdão recorrido;

— remeter o processo ao Tribunal Geral, salvo se o Tribunal de Justiça considerar que dispõe de informação suficiente para anular a decisão controvertida; e

— condenar a Comissão no pagamento das despesas efetuadas no Tribunal de Justiça e no Tribunal Geral.

17. O BNP Paribas, o BPCE e a SG apresentaram observações escritas em apoio do recorrente.

18. A Comissão conclui pedindo que seja negado provimento ao recurso e que o recorrente seja condenado nas despesas.

19. As partes apresentaram as suas posições por escrito e oralmente na audiência de 22 de janeiro de 2014.

IV – **Apreciação dos fundamentos do presente recurso**

20. O recorrente invoca três fundamentos de recurso. O primeiro fundamento é relativo a erros de direito na aplicação do conceito de «restrição da concorrência por objetivo». O segundo fundamento é relativo a erros de direito na aplicação do conceito de «restrição da concorrência por efeito». O terceiro fundamento, por seu turno, respeita à violação dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

21. A título preliminar, o recorrente alega que o Tribunal Geral ocultou manifestamente da descrição dos factos (n.ºs 1 a 48 do acórdão recorrido) elementos essenciais, o que demonstra que nunca se afastou da posição da Comissão e que não exerceu a fiscalização aprofundada de direito e de facto exigida pelo Tribunal de Justiça [11]. Estes elementos consistiam, por um lado, no facto de a Comissão

11 — V. acórdão de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão (C-272/09 P, Colet., p. I-12789, n.º 102).

ter mudado radicalmente de posição durante a instrução [12], o que se explica pelos erros fundamentais de análise que a Comissão não assinalou, e, por outro, pelo desconhecimento dos debates que tiveram lugar na audiência realizada no Tribunal Geral em 16 de maio de 2012, sobre o conceito de restrição por objetivo, em relação, designadamente, à interpretação a dar ao acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers [13].

22. Parece-me que estas considerações preliminares, que constituem o pano de fundo das questões suscitadas pelo presente processo, não podem ser analisadas no sentido de que se destinam a invocar um ou mais fundamentos distintos dos formalmente apresentados.

23. Por conseguinte, há que examinar sucessivamente os três fundamentos formalmente suscitados, insistindo no primeiro que, me parece, está no cerne dos debates e que, além disso, apresenta um interesse muito especial.

A – *Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de direito na aplicação do conceito de restrição por objetivo*

24. A recorrente, a que se juntaram o BNP Paribas, o BPCE e a SG, alega que o Tribunal Geral cometeu vários erros de direito na aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE. Sublinha que a abordagem seguida pelo Tribunal Geral constitui um grave precedente, na medida em que equivale a proibir *per se* qualquer preço faturado por um operador a outro. O Groupement sustenta, mais exatamente, que o Tribunal Geral ignorou o facto de o conceito de restrição por objetivo não poder ser objeto de uma interpretação muito ampla e omitiu o quadro de análise geralmente seguido pelo Tribunal de Justiça para identificar uma restrição deste tipo.

25. Antes de examinar todas as alegações aduzidas contra a grelha de análise das medidas em causa adotada pelo Tribunal Geral, parece-me indispensável expor algumas considerações preliminares relacionadas com a abordagem que deve, em minha opinião, ser adotada quando se trata de examinar a existência de uma restrição da concorrência por objetivo, na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

1. Considerações gerais sobre os contornos do conceito de objetivo anticoncorrencial, na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE

26. É pacífico que qualquer sistema de proibição e de sanção de práticas colusivas visa os comportamentos que têm um efeito restritivo da concorrência [14].

27. Para identificar os comportamentos que têm um efeito restritivo da concorrência, são geralmente possíveis duas vias metodológicas.

28. A primeira consiste numa abordagem de natureza casuística, que implica um exame circunstanciado e aprofundado dos efeitos anticoncorrenciais, reais e potenciais, dos comportamentos das empresas. Esta orientação, embora tenha a grande vantagem de visar precisamente as práticas que têm manifestamente efeitos restritivos da concorrência, implica a mobilização de recursos importantes e não é garante de economia processual. Assim sendo, pode, *in fine*, constituir um obstáculo à deteção generalizada dos comportamentos anticoncorrenciais.

12 — O Groupement sublinha que a Comissão nunca se afastou das conclusões adotadas na primeira comunicação de acusações, datada de 6 de julho de 2004. Ora, na sequência de uma audiência realizada em 16 e 17 de dezembro de 2004, a Comissão foi obrigada a retirar essa comunicação de acusações, que não se baseava em nenhum fundamento sério.

13 — Acórdão de 20 de novembro de 2008 (C-209/07, Colet., p. I-8637).

14 — Esclarece-se que o termo «restrição» deve ser entendido no sentido de que visa também os casos em que a concorrência é «impedida» ou «falseada». De igual modo, a restrição aqui em causa deve ser entendida no sentido de que visa não só a que se refere à liberdade de ação das empresas no mercado («restraint of trade»), mas também a relativa ao funcionamento e à estrutura do mercado («restriction of competition»).

29. Estes inconvenientes levaram ao desenvolvimento de uma segunda orientação, em parte menos individualizada, por referência também aos comportamentos geralmente considerados, em resultado da análise económica, como tendo efeitos nocivos na concorrência.

30. Do ponto de vista material, neste tipo de sistema não há diferença entre os comportamentos das empresas qualificados de restritivos da concorrência na sequência de um exame individual e os que o são por aplicação de uma abordagem estandardizada — ambos são proibidos. A distinção, a que importa proceder, assenta, antes de mais, nas considerações de ordem processual relacionadas com a prova dos efeitos anticoncorrenciais que induzem os comportamentos imputados.

31. A título ilustrativo, no direito da concorrência americano, alguns comportamentos são considerados infrações *per se*. As empresas autoras desses comportamentos não podem, quer perante a autoridade responsável por investigar e sancionar as infrações à concorrência, quer perante o tribunal, pôr em causa a qualificação de acordo restritivo da concorrência, mediante a prova de que os referidos comportamentos têm poucos efeitos prejudiciais na concorrência, ou mesmo alguns efeitos benéficos.

32. A referência, no artigo 81.º, n.º 1, CE, aos acordos que tenham «por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum» tem consequências comparáveis, ainda que não sejam idênticas.

33. Em primeiro lugar, uma vez estabelecido que os comportamentos das empresas têm um «objetivo» anticoncorrencial, esses comportamentos são, em princípio, proibidos, sem que seja necessário examinar os seus efeitos.

34. Em segundo lugar, embora no quadro da aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE seja possível um equilíbrio entre os efeitos pró e anticoncorrenciais, é também verdade que o recurso ao conceito de objetivo anticoncorrencial apresenta algumas vantagens, na medida em que simplifica a constatação do impacto restritivo de determinadas práticas prosseguidas pelas empresas.

35. Antes de mais, é sem dúvida uma fonte de previsibilidade e, portanto, de segurança jurídica para as empresas, na medida em que lhes permite ter conhecimento das consequências jurídicas (em termos designadamente de proibições e sanções) que acarretarão alguns dos seus comportamentos, como, por exemplo, a celebração de acordos de preços, e adaptar os seus comportamentos em conformidade. Deste modo, a identificação de acordos que tenham um objetivo restritivo da concorrência tem, subsequentemente, também um impacto dissuasor e contribui para a prevenção dos comportamentos anticoncorrenciais. Por último, é uma fonte de economia processual, na medida em que permite às autoridades da concorrência, na presença de determinadas práticas colusivas, concluir pelo seu impacto anticoncorrencial, sem terem de proceder ao exame, muitas vezes complexo e fastidioso, dos seus efeitos potenciais ou reais no mercado em causa.

36. Todavia, estas vantagens só se verificarão se o recurso ao conceito de restrição por objetivo estiver claramente circunscrito, sem o que se corre o risco de incluir comportamentos cujos efeitos nocivos na concorrência não estão claramente comprovados.

37. Estas considerações encontram apoio mais concreto nos ensinamentos que se podem retirar da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça.

38. Em primeiro lugar, como o Tribunal de Justiça decidiu, há muito tempo, no seu acórdão LTM [15], e recordou reiteradamente [16], o caráter alternativo do requisito relativo à existência de um acordo que tenha «por objetivo ou por efeito» restringir a concorrência, referida no artigo 81.º, n.º 1, CE, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objeto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. A este propósito, o Tribunal de Justiça precisou que se, porém, «a análise das *cláusulas* deste acordo não revelar um *grau suficiente de nocividade*» (o sublinhado é meu) em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objeto da proibição, exigir a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi, de facto, impedida, restringida ou falseada de forma apreciável. Para apreciar se um acordo é proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, a apreciação dos seus efeitos concretos é, por conseguinte, supérflua quando se verifique que o acordo tem por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum [17].

39. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça precisou que a distinção entre as «infrações por objetivo» e «infrações pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento correto e normal da concorrência [18]. Várias formas de cooperação entre empresas foram, assim, consideradas como comportando, em razão do seu próprio objetivo, uma restrição da concorrência por objetivo. Deste modo, foram consideradas como tendo um objetivo restritivo da concorrência não só tipos de cooperações horizontais diferentes das referidas no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE [19], mas também uma série de acordos verticais [20].

40. Em terceiro lugar, a apreciação mais estandardizada, a que conduz o recurso ao conceito de restrição por objetivo, pressupõe um exame circunstanciado e individual do acordo controvertido, que, todavia, se deve claramente distinguir da análise dos efeitos reais ou potenciais dos comportamentos imputados das empresas.

41. Neste sentido, o Tribunal de Justiça precisou, há muito tempo [21], que o exame da questão de saber se um contrato tinha um objetivo restritivo não podia ser desinserido do contexto económico e jurídico em que as partes o tinham celebrado. Em seguida, e de forma reiterada, recordou que as cláusulas dos acordos em causa deviam efetivamente ser examinadas à luz do seu contexto [22], estando subjacente a ideia de que, no exame da compatibilidade de um comportamento com as disposições do Tratado em matéria de práticas concertadas, as considerações puramente teóricas e abstratas são dificilmente defensáveis [23].

15 — Acórdão de 30 de junho de 1966 (56/65, Colet.,1965-1968, p. 381).

16 — Acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.º 15).

17 — V. acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.º 16 e jurisprudência referida).

18 — Acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.º 18).

19 — Foram, designadamente, consideradas como comportando um objetivo anticoncorrencial desse tipo, as trocas de informações destinadas a coordenar os comportamentos dos concorrentes no mercado (acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, Colet., p. I-4529).

20 — V., designadamente, acórdãos de 13 de julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 423); de 1 de fevereiro de 1978, Miller International Schallplatten/Comissão (19/77, Colet., p. 45) (acordos de distribuição que proíbem o comércio paralelo entre os Estados-Membros e estabelecem uma exclusividade territorial); de 3 de julho de 1985, Binon (243/83, Recueil, p. 2015) (sistema de distribuição seletiva com fixação de preço mínimos de revenda); e de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Colet., p. I-9419) (sistema de distribuição seletiva que proíbe, salvo justificação objetiva, a venda de determinados produtos na Internet).

21 — V., designadamente, acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido (p. 434).

22 — V., designadamente, acórdãos Miller International Schallplatten/Comissão, já referido (n.º 7); de 28 de março de 1984, Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Comissão (29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679, n.º 26); e de 6 de abril de 2006, General Motors/Comissão (C-551/03 P, Colet., p. I-3173, n.º 66).

23 — V., a este respeito, as conclusões do advogado-geral K. Roemer apresentadas no processo que deu origem ao acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido (p. 445).

42. Para ilustrar o meu propósito, refiro-me ao exemplo de uma infração que, à luz da experiência adquirida, se presume produzir uma das mais graves restrições da concorrência, a saber, um acordo horizontal em matéria de preços de uma determinada mercadoria. Embora seja pacífico que um tal acordo acarreta, geralmente, um elevado grau de nocividade para a concorrência, esta conclusão não se impõe no caso de, por exemplo, as empresas em causa só serem detentoras de uma quota ínfima do mercado em causa.

43. Do mesmo modo, foi depois de uma análise do contexto que o Tribunal de Justiça decidiu que um acordo de distribuição, ainda que pudesse, *prima facie*, ser considerado constitutivo de uma restrição da concorrência, não pode, pela sua própria natureza, ser considerado como tendo por objetivo restringir de modo sensível a concorrência [24].

44. Na minha opinião, ter em conta o contexto económico e jurídico na avaliação de um objetivo anticoncorrencial deve, sob pena de criar um desvio prejudicial à correta interpretação do artigo 81.º, n.º 1, CE — voltarei a este assunto nos desenvolvimentos que se seguem — ser claramente distinguido da demonstração dos efeitos anticoncorrenciais, no âmbito da segunda parte da alternativa referida nesta disposição. Ter em conta o contexto na identificação do objetivo anticoncorrencial só pode vir reforçar ou neutralizar [25] o exame dos próprios termos do alegado acordo. Não pode, de forma alguma, colmatar a falta de identificação efetiva de um objetivo anticoncorrencial através da demonstração dos efeitos potenciais das medidas visadas.

45. Por outras palavras, e independentemente das semelhanças conceptuais existentes entre as duas partes desta alternativa [26], o recurso ao contexto económico e jurídico, quando se trate de identificar uma restrição por objetivo, não pode conduzir a uma qualificação da responsabilidade das empresas implicadas, em presença de um contrato de cujos termos não decorre nocividade alguma do ponto de vista da concorrência.

46. Afigura-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, ao recordar a distinção entre os dois tipos de restrições previstas no artigo 81.º, n.º 1, CE, foi, até certo ponto, fonte de interpretações divergentes, ou mesmo de confusão. Com efeito, algumas orientações jurisprudenciais parecem ter dificultado a necessária distinção entre o exame do objetivo anticoncorrencial e a análise dos efeitos concorrenciais dos acordos entre as empresas.

47. De facto, em alguns processos, a consideração do contexto assemelha-se a uma verificação real dos efeitos potenciais das medidas em causa.

48. Assim, no processo GlaxoSmithKline Services/Comissão [27], o Tribunal Geral, chamado a pronunciar-se sobre o objetivo anticoncorrencial de disposições de um acordo destinado a limitar o comércio paralelo de medicamentos, considerou, em substância, que o carácter anticoncorrencial de um acordo não podia ser deduzido da mera leitura dos seus termos, efetuada no seu contexto, mas que os seus efeitos tinham de ser também «necessariamente» considerados. Este acórdão sugere que, para se concluir pela existência de um objetivo anticoncorrencial, cumpre, em qualquer caso, determinar os efeitos concretos na concorrência [28].

24 — Acórdão de 28 de abril de 1998, Javico (C-306/96, Colet., p. I-1983, n.os 19 a 31).

25 — Para ilustrar tal neutralização, v. acórdão de 19 de fevereiro de 2002, Wouters e o. (C-309/99, Colet., p. I-1577, n.º 97).

26 — Neste sentido, vários autores sublinharam que a análise do objetivo era uma aplicação da análise dos efeitos (v., por exemplo, Wish, R., introdução à 4ª mesa-redonda da conferência New Frontiers of Antitrust, de 10 de fevereiro de 2012, intitulada «Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?», *Concurrences, n.º* 2, 2012, pp. 59 e segs.

27 — Acórdão do Tribunal Geral de 27 de setembro de 2006 (T-168/01, Colet., p. II-2969, n.º 147).

28 — Embora o Tribunal de Justiça tenha, no âmbito do recurso de decisão do Tribunal Geral interposto nesse processo, criticado a análise da natureza anticoncorrencial do objetivo dos acordos controvertidos, só o fez na medida em que o Tribunal Geral subordinou a declaração da existência de um objetivo anticoncorrencial à prova de que o acordo implicava inconvenientes para os consumidores finais (v. acórdão de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Colet., p. I-9291, n.os 63 e 64).

49. Pode-se legitimamente questionar se esta análise, que envolve a avaliação das consequências necessárias dos acordos em questão, se assemelha mais a uma verificação dos seus efeitos restritivos da concorrência do que a uma análise de seu objetivo anticoncorrencial.

50. Recentemente, e de uma forma ainda mais patente, o Tribunal de Justiça, no acórdão Allianz Hungária Biztosító e o.[29], declarou que acordos através dos quais sociedades de seguro automóvel acordam bilateralmente quer com concessionários de automóveis que atuam como oficinas de reparação, quer com uma associação que os representa, o preço por hora a pagar pela seguradora para a reparação de veículos por si segurados, prevendo que esse preço dependa, entre outros, do número e da percentagem de contratos de seguro que o concessionário tiver angariado como intermediário para essa seguradora, podem ser considerados uma restrição da concorrência «em razão do seu objetivo», na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Tal é o caso, se se verificar, na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objetivo desses acordos, assim como do contexto económico e jurídico no qual se inserem, que os mesmos são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência num dos dois mercados em causa[30].

51. É também difícil distinguir de que forma a análise do contexto defendida pelo Tribunal de Justiça, que consiste numa avaliação do risco de eliminação ou enfraquecimento grave da concorrência no mercado em causa, tendo em consideração, designadamente, «a estrutura desse mercado, [a] existência de canais de distribuição alternativos e [a] sua importância restritiva, bem [como o] poder de mercado das [sociedades] em causa», se distingue do exame relativo aos eventuais efeitos restritivos da concorrência.

52. No entanto, e apesar do facto de a jurisprudência ter eventualmente contribuído, em certa medida, para esbater a linha de demarcação entre os respetivos conceitos de restrições por objetivo ou por efeito, sou de opinião de que o recurso a este conceito deve ser enquadrado de uma forma mais clara.

53. Com efeito, o facto de se qualificar um acordo ou uma prática de restritiva da concorrência em razão do seu próprio objetivo acarreta consequências importantes, duas das quais, pelo menos, merecem ser sublinhadas.

54. Em primeiro lugar, o procedimento que consiste em identificar um «objetivo anticoncorrencial» assenta numa abordagem formalista que não é desprovida de riscos do ponto de vista da proteção dos interesses gerais prosseguidos pelas regras do Tratado em matéria de concorrência. Uma vez assente que um acordo tem um objetivo restritivo da concorrência, a proibição daí decorrente tem um alcance muito genérico, a saber, pode ser declarada a título preventivo e, dessa forma, comprometer a obtenção de contactos futuros[31], e isto independentemente da avaliação dos efeitos em concreto produzidos.

55. Por conseguinte, esta abordagem formalista só pode ser concebida em presença de comportamentos que apresentem um risco intrínseco de efeito prejudicial particularmente grave ou ainda de comportamentos que permitam concluir que os efeitos negativos na concorrência superam os efeitos pró-concorrenciais. Decidir diferentemente equivaleria a negar que determinadas ações dos

29 — Acórdão de 14 de março de 2013 (C-32/11).

30 — V. acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., já referido (n.º 48).

31 — A importância destas consequências foi já sublinhada pelo advogado-geral P. Cruz Villalón no n.º 64 das suas conclusões apresentadas no processo que deu origem ao acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., já referido.

operadores económicos são potencialmente geradoras de impactos positivos do ponto de vista da concorrência. No meu entender, só se afigura razoável sancionar diretamente uma restrição, num interesse de economia processual, quando a experiência demonstrar que essa restrição, em conformidade com a análise económica, é constantemente proibida [32].

56. Por conseguinte, só devem ser considerados restritivos da concorrência por objetivo os comportamento cujo caráter nocivo é, atendendo à experiência adquirida e à ciência económica, comprovado e facilmente detetável, e não os acordos que, atendendo ao contexto em que se inserem, têm efeitos ambivalentes no mercado ou que acarretam efeitos restritivos acessórios necessários à prossecução de um objetivo principal não restritivo da concorrência.

57. Seguidamente, esta qualificação dispensa a autoridade competente do ónus de provar os efeitos anticoncorrenciais do acordo ou da prática que deve conhecer. Uma extensão não controlada dos comportamentos considerados como restrições por objetivo seria perigosa na perspetiva dos princípios que devem, em princípio, reger a determinação e o ónus da prova de comportamentos anticoncorrenciais.

58. Em razão destas consequências, a qualificação de acordo restritivo por objetivo deve ser necessariamente enquadrada e só visar, *in fine*, os que apresentam intrinsecamente um determinado grau de nocividade. Este conceito só deve abranger os acordos que, intrinsecamente, isto é, sem que seja necessário avaliar os respetivos efeitos reais ou potenciais, revistam um tal grau de gravidade ou nocividade que o seu impacto negativo na concorrência se afigure muito provável. Não obstante o caráter aberto da lista de comportamentos que podem ser considerados restritivos devido ao seu objeto, é conveniente manter uma atitude relativamente prudente na determinação de uma restrição da concorrência por objetivo.

59. Esse cuidado impõe-se tanto mais quanto a grelha de análise que o Tribunal de Justiça deve disponibilizar se impõe tanto à Comissão como às autoridades nacionais de concorrência, cuja sensibilidade e nível de especialização assentam em parâmetros variáveis.

60. A vantagem em termos de previsibilidade e de redução do ónus da prova que envolve a identificação dos acordos restritivos por objetivo fica comprometida se essa identificação carecer, em última análise, de um exame aprofundado das consequências do referido acordo sobre a concorrência, que vá muito além do exame circunstanciado do acordo.

61. Em todo o caso, cumpre referir que o Tribunal de Justiça, apesar do aparente alargamento dos comportamentos qualificados como restritivos por objetivo, recordou reiteradamente, desde o acórdão LTM, já referido, até ao acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., já referido, que a análise do objetivo devia revelar «um grau suficiente de nocividade [33].

32 — A Comissão parece ter adotado esta abordagem nas Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º [CE] (JO C 101, p. 97), de 27 de abril de 2004. Refere, designadamente que «[a]s restrições de concorrência por objetivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na *natureza grave da restrição e na experiência* que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência» (o sublinhado é meu).

33 — Este requisito é reiteradamente recordado na jurisprudência mais recente [v. acórdãos Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.º 15); T-Mobile Netherlands e o., já referido (n.º 28); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., já referido (n.º 55), e de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, Colet., p. I-9083, n.º 135].

62. Por último, gostaria de recordar que um tal enquadramento não equivale a «imunizar» certos comportamentos, subtraindo-os à proibição referida no artigo 81.º, n.º 1, CE. No caso de não ficar demonstrado que um determinado acordo não é — tendo em conta os seus objetivos e o contexto jurídico e económico em que se insere — adequado a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado, só é afastado o recurso ao conceito de restrição por objetivo. A autoridade responsável pela fiscalização da concorrência poderá sempre censurar esse acordo na sequência de uma avaliação mais aprofundada dos seus efeitos anticoncorrenciais reais e potenciais no mercado.

2. Quando à apreciação de uma restrição por objetivo no caso em apreço

63. Cumpre observar que, com o seu primeiro fundamento, o recorrente critica, globalmente, a visão não restritiva do conceito de restrição por objetivo adotada pelo Tribunal Geral. Põe em causa, mais especificamente, os erros que, em seu entender, viciam a análise, pelo Tribunal Geral, do conteúdo, do objetivo e do contexto da elaboração das medidas em causa.

64. Por outras palavras, importa, antes de mais, determinar se, de uma forma geral, o Tribunal Geral podia, validamente, como fez nos n.ºs 124 a 146 do acórdão recorrido, considerar que «não [havia] que interpretar o conceito de infração por objetivo de forma restritiva». Em seguida, haverá que determinar se, independentemente desta afirmação, o Tribunal Geral podia, sem cometer erros de direito, confirmar a existência em concreto de uma infração por objetivo na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

a) Interpretação restritiva ou extensiva do conceito de objetivo anticoncorrencial?

65. Em primeiro lugar, há que sublinhar que a jurisprudência, que se caracteriza por uma ambivalência entre o desejo de não se reportar a uma lista fechada de restrições por objetivo e a necessidade de respeitar a *ratio legis* do artigo 81.º, n.º 1, CE, que exige designadamente que os comportamentos em questão apresentem um certo grau de nocividade, nem sempre responde claramente à questão de saber se o conceito de restrição por objetivo deve ou não ser interpretado de forma restritiva, e isto apesar de alguns advogados-gerais se terem pronunciado a favor de uma ou de outra abordagem [34].

66. Em meu entender, tratando-se, em especial, do acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido, foi sem razão que o Tribunal Geral o referiu em apoio da conclusão segundo a qual não há que interpretar o conceito de infração por objetivo de forma restritiva.

67. É verdade que, como resulta do n.º 22 desse acórdão, o Tribunal de Justiça pretendia responder à argumentação desenvolvida pela Beef Industry Development Society e Barry Brothers LTD, segundo a qual «o conceito de infração [por] objetivo deve ser interpretado de forma restritiva» e «[s]ó são abrangidos por esta categoria os acordos que tenham por objeto a fixação horizontal de preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados, acordos cujos efeitos anticoncorrenciais são de tal forma evidentes que dispensam qualquer análise económica».

34 — Refira-se, por exemplo, que nas suas conclusões apresentadas no processo que deu origem ao acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., já referido, o advogado-geral P. Cruz Villálon se pronunciou a favor de uma abordagem restritiva, ao concluir que a categoria das restrições da concorrência por objetivo devia ser interpretada de forma restritiva, limitando-se aos casos em que se possa verificar um potencial intrínseco de efeitos negativos especialmente graves (v. n.º 65 das referidas conclusões). No processo que deu origem ao acórdão T-Mobile Netherlands e o., já referido, a advogada-geral J. Kokott parece, pelo contrário, pronunciar-se a favor de uma abordagem menos assertiva, ao indicar que «[e]videntemente, o conceito de prática concertada com objetivo anticoncorrencial não pode ser interpretado de forma exageradamente extensiva, pois não se podem ignorar as graves consequências a que podem ficar sujeitas as empresas no caso de uma violação do artigo 81.º, n.º 1, CE. Mas o conceito não deve igualmente ser interpretado de forma exageradamente restritiva, se não se quiser que a proibição da 'infração pela finalidade', ancorada no direito primário, seja esvaziada interpretativamente, esvaziando-se assim o artigo 81.º, n.º 1, CE de uma parte dos seus efeitos práticos» (v. n.º 44 dessas conclusões).

68. No entanto, sublinho que, embora a resposta dada pelo Tribunal de Justiça, no n.º 23 do mesmo acórdão, segundo a qual «os tipos de acordo enunciados no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE não formam uma lista taxativa dos conluios proibidos», indique claramente que o conceito de restrição da concorrência não se limita às restrições mais flagrantes do tipo cartel («hard core infringentes») referidas nessa disposição e não pode ser circunscrito numa lista limitativa, não se pronuncia necessariamente sobre o caráter restritivo da interpretação que deve ser adotada do conceito de restrição da concorrência por objetivo.

69. Uma outra conclusão se impõe da leitura desse acórdão. Em definitivo, foi o exame dos próprios termos dos acordos em causa que levou o Tribunal de Justiça a concluir que estes últimos tinham por objetivo restringir a concorrência.

70. É verdade que os acordos em causa no processo que deu origem ao acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (a seguir «acordos BIDS»), apresentavam características particulares, na medida em que prosseguiam um objetivo de racionalização do setor bovino através da redução do excesso de capacidade de produção.

71. É igualmente verdade que esses acordos eram equiparados a acordos destinados a limitar a produção na aceção do artigo 81.º, n.º 1, alínea b), CE. Foi na sequência de um exame circunstanciado dos termos dos acordos BIDS que o Tribunal de Justiça foi levado a concluir pelo seu objetivo anticoncorrencial. Considerou, designadamente, que esses acordos previam um mecanismo destinado a encorajar a saída de empresas concorrentes. Os elementos do conhecimento do Tribunal de Justiça teriam demonstrado que os acordos BIDS prosseguiam dois objetivos principais. Tratava-se, por um lado, de aumentar o grau de concentração do mercado em causa através da redução significativa do número de empresas que ofereciam serviços de transformação e, por outro, de eliminar cerca de 75% da capacidade de produção excedentária [35]. Por conseguinte, os acordos BIDS destinavam-se essencialmente a permitir que diversas empresas implementassem uma política comum que tinha por objetivo favorecer a saída do mercado de algumas delas e, consequentemente, reduzir o excesso de capacidade que afetava a sua rentabilidade e que as impedia de realizar economias de escala [36].

72. O Tribunal de Justiça concluiu que «[e]ste tipo de acordos contraria de forma manifesta a conceção inerente às disposições do Tratado CE relativas à concorrência, segundo a qual todos os operadores económicos devem determinar de forma autónoma a política que pretendem seguir no mercado». Segundo o Tribunal de Justiça, no quadro da concorrência, as empresas que assinaram acordos BIDS não teriam tido, sem eles, outros meios para melhorar a sua rentabilidade, senão através da intensificação da sua rivalidade comercial ou do recurso a operações de concentração. Com estes acordos, podiam evitar esse processo e repartir uma parte importante dos custos necessários para aumentar o grau de concentração do mercado, designadamente através da cobrança de dois euros por unidade produzida por cada um dos operadores que permanecessem. Por outro lado, o Tribunal de Justiça salienta que os meios utilizados para atingir o objetivo dos acordos BIDS comportavam igualmente restrições cujo objeto revestia um caráter anticoncorrencial [37].

73. Em definitivo, as medidas em causa apresentavam um grau de nocividade tal que permitia concluir que tinham um objetivo anticoncorrencial.

74. Tendo em conta estas considerações, foi, no meu entender, erradamente que o Tribunal Geral afirmou, no acórdão recorrido, que o conceito de objetivo não devia ser interpretado de forma restritiva.

35 — V. acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.ºs 31 e 32).

36 — V. acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.º 33).

37 — V. acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.ºs 34 a 36).

75. Importa examinar se, não obstante esta afirmação, o Tribunal Geral podia, sem cometer um erro de direito, confirmar a conclusão segundo a qual as medidas controvertidas tinham um objetivo anticoncorrencial.

b) Quanto à grelha de análise adotada no caso em apreço para concluir pela existência de uma restrição por objetivo

76. A título preliminar, parece-me importante recordar que embora o Tribunal Geral seja o único competente, por um lado, para apurar a matéria de facto, exceto nos casos em que a inexatidão material das suas conclusões resulte dos documentos dos autos que lhe foram apresentados, e, por outro, para apreciar esses factos, o Tribunal de Justiça é competente, por força do artigo 256.º TFUE, para exercer a fiscalização da qualificação jurídica desses factos e das consequências jurídicas daí retiradas pelo Tribunal Geral. A apreciação dos factos não constitui, salvo em caso de desvirtuação dos elementos de prova apresentados ao Tribunal Geral, uma questão de direito sujeita, enquanto tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça [38].

77. No caso em apreço, parece-me que o recorrente pretende, principalmente, pôr em causa, no quadro do presente fundamento, por um lado, erros de direito que, segundo ele, viciam a qualificação das medidas em questão como restritivas por objetivo e, por outro, uma desvirtuação, pelo Tribunal Geral, dos elementos de prova nele apresentados. Estas questões não podem, *a priori*, ser subtraídas à fiscalização do Tribunal de Justiça.

78. Com efeito, compete ao Tribunal de Justiça verificar se o Tribunal Geral fiscalizou adequadamente se a Comissão tinha estabelecido de modo suficiente, na sequência de um exame individual e concreto do teor, do objetivo e do contexto económico e jurídico em que as medidas em causa se inseriam, que essas medidas atingiam um grau de nocividade tal que os seus efeitos negativos na concorrência podiam ser presumidos.

79. Para este efeito, a experiência adquirida constitui uma referência absolutamente pertinente. Esta «experiência» deve ser entendida como o que resulta tradicionalmente da análise económica, conforme validada pelas autoridades responsáveis pela concorrência, confirmada, eventualmente, pela jurisprudência.

80. No presente contexto, há que declarar que as medidas controvertidas apresentam um caráter horizontal e que, *a priori*, podiam ser consideradas mais aptas a comportar um objetivo restritivo da concorrência.

81. Ora, embora seja pacífico que alguns acordos horizontais entre as empresas comportam restrições patentes da concorrência, como a fixação dos preços e a repartição do mercado [39], e possam, por conseguinte, ser considerados como incluindo uma restrição da concorrência por objetivo, o caráter nocivo da concorrência das medidas controvertidas não aparece de forma imediata.

82. Todavia, há que examinar se o Tribunal Geral confirmou acertadamente a conclusão da Comissão quanto à existência de uma restrição por objetivo, precisando-se que esta conclusão deve decorrer de uma apreciação global do teor das medidas, lido, se for caso disso, à luz das finalidades objetivamente prosseguidas e do contexto económico e jurídico.

38 — V., designadamente, acórdão de 19 de julho de 2012, Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Comissão e Comissão/Alliance One International e o. (C-628/10 P e C-14/11 P, n.os 84 e 85).

39 — Acórdão de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão (C-389/10 P, Colet., p. I-13125, n.º 75).

83. Neste sentido, a articulação das partes do primeiro fundamento, que visam, respetivamente, cada um dos três aspetos pertinentes para qualificar uma medida de restritiva por objetivo, pode parecer artificial.

84. Contudo, parece-me oportuno abordá-las sucessivamente.

i) Quanto à primeira parte, relativa ao exame do teor das medidas do Groupement

85. O recorrente, apoiado em vários aspetos pelo BNP Paribas, pelo BPCE e pela SG, alega que o Tribunal Geral cometeu vários erros de direito na apreciação do teor das medidas em causa.

86. Em primeiro lugar, sustenta que o Tribunal Geral cometeu erros na análise do «próprio» objetivo das referidas medidas. Antes de mais, o Tribunal Geral não procedeu ao exame da nocividade das medidas controvertidas ao referir-se ao teor das mesmas, mas ateve-se às intenções subjetivas de certos membros do Groupement. Assim, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, nos n.os 126 e 132 do acórdão recorrido, quando entendeu que resulta da própria formulação das medidas em causa que essas medidas tinham um objetivo anticoncorrencial que consistia em colocar entraves à concorrência dos novos operadores no mercado em questão. Além disso, o recorrente considera que o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova ao concluir que alguns obstáculos tornavam muito difícil, na prática, o desenvolvimento da atividade de aquisição por um novo operador, ao basear-se nas declarações da Comissão e ao afastar sem explicação válida os elementos que demonstravam o contrário.

87. Em segundo lugar, o recorrente sustenta que o Tribunal Geral cometeu erros ao tomar em consideração, nos n.os 186 e 256 do acórdão recorrido, a génese que precedeu a adoção das medidas em causa, tal como resulta dos documentos apreendidos aquando das verificações feitas nas instalações do Groupement e nas de alguns dos seus membros.

88. Antes de mais, foi sem razão que o Tribunal Geral teve em conta observações feitas por alguns líderes antes da adoção das medidas em causa para analisar o objetivo dessas medidas, observações que não refletem a expressão da vontade do Groupement propriamente dito, mas apenas de alguns dos seus membros. Ora, é porque uma decisão constitui a expressão fiel da vontade do seu autor que pode ser considerada uma decisão de uma associação de empresas. No caso em apreço, as circunstâncias da preparação e da adoção da decisão não são pertinentes, uma vez que apenas as medidas notificadas manifestavam plenamente a intenção do Groupement. Por outro lado, foi tomada em consideração a génese das medidas, em substituição de uma análise aprofundada do seu conteúdo.

89. Em seguida, o recorrente considera que o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova ao proceder a seleções intempestivas entre as declarações preparatórias, os documentos apreendidos e as declarações dos novos operadores. Na opinião do recorrente, vários elementos, que designadamente relatavam a necessidade de combater o parasitismo e a preocupação de respeitar o direito da concorrência, comprovam a existência de uma dúvida real quanto à restrição da concorrência que devia ter sido tomada em consideração pelo Tribunal Geral. Esta desvirtuação é tanto mais manifesta conquanto o Tribunal Geral se baseou nos mesmos elementos que os utilizados pela Comissão sem se afastar das alegações da primeira comunicação de acusações.

90. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral concluiu, no essencial, que o objetivo anticoncorrencial das medidas em causa consistia em impedir a concorrência dos novos operadores no mercado francês de emissão de CB.

91. Deste modo, o Tribunal Geral adotou a conclusão de que o objetivo anticoncorrencial das medidas controvertidas resultava das fórmulas de cálculo que tinham sido previstas para as medidas em causa (v. n.os 126 a 133 do acórdão recorrido). Considerou também que foi unicamente a título confirmativo que a Comissão se apoiou nos documentos recolhidos durantes as verificações relativas às declarações dos líderes, aquando da preparação das medidas em causa (v. n.os 123 a 154 do acórdão recorrido).

92. Ora, em primeiro lugar, no contexto do exame das fórmulas de cálculo adotadas nas medidas controvertidas, e no prolongamento do que já referi anteriormente, afigura-se-me que o Tribunal Geral não verificou se estas comportavam um dispositivo anticoncorrencial por natureza.

93. É verdade que o Tribunal Geral sublinhou, no n.º 132 do acórdão recorrido, que a Comissão tinha considerado, atendendo às fórmulas previstas nas medidas em causa e em razão da dificuldade de desenvolver a atividade de aquisição, que essas medidas impunham aos membros do Groupement a elas sujeitos que limitassem a sua atividade de emissão ou suportassem custos (ligados à emissão) que não eram suportados por outros membros do Groupement, incluindo os líderes. O Tribunal Geral também salientou que «[e]ssas fórmulas limitavam assim a possibilidade de os membros a elas sujeitos competirem (pelos preços), no mercado da emissão, com os membros do Groupement não sujeitos a essas medidas. A Comissão concluiu daqui que as medidas em causa tinham um objetivo anticoncorrencial que consistia em impedir a concorrência dos novos operadores (v. considerandos 212, 213 e 222 da decisão controvertida)».

94. Do mesmo modo, o Tribunal Geral assumiu, no n.º 133 do acórdão recorrido, a conclusão da Comissão, segundo a qual «a função prestada pelo Groupement ao MERFA (incentivo ao desenvolvimento da aquisição) era contraditada pela existência de comissões interbancárias que encorajavam a emissão (v. considerandos 226 a 230 da decisão controvertida) e pela circunstância de o direito complementar de adesão e o direito de reativação de membros passivos penalizarem os bancos que não tivessem emitido cartões suficientes num passado recente (v. considerandos 231 e 232 da decisão controvertida)».

95. Ora, embora estas constatações atestem, com certeza, o conteúdo das medidas em causa, que, em substância, têm por objetivo impor determinadas despesas a alguns bancos e estimular a atividade de aquisição, parece-me que nem a Comissão, nem o Tribunal Geral demonstraram em que é que essas medidas, tendo em conta a sua própria redação, eram restritivas da concorrência. De facto, se atentarmos aos termos das medidas notificadas, conforme comunicadas pela Comissão e analisadas pelo Tribunal Geral, o seu objetivo é o de impor uma participação financeira aos membros do Groupement para financiar as despesas de funcionamento do sistema de pagamento CB. Como referirei adiante (v., designadamente, n.os 130 e 131 destas conclusões), o simples facto de alguns membros do Groupement puderem ser forçados, em consequência da adoção das medidas em questão, quer a limitar a sua atividade de emissão, quer a suportar custos (de emissão) que não são suportados por outros membros do Groupement podia ser qualificado de restritivo por objetivo.

96. Em segundo lugar, em relação à tomada em consideração da «génese», isto é, das declarações dos líderes contidas em alguns documentos preparatórios das medidas em causa que foram encontrados aquando das auditorias, o raciocínio do Tribunal Geral é posto em causa em vários aspetos, no quadro do presente recurso.

97. Antes de mais, é preciso analisar se foi com razão que o Tribunal Geral imputou ao Groupement considerado como um todo algumas declarações feitas pelos líderes, antes da elaboração das medidas em questão. Em segundo lugar, importa analisar a importância dada às referidas declarações na apreciação do conteúdo das medidas e, em último lugar, a sua pertinência para determinar uma restrição por objetivo.

98. Em primeiro lugar, relativamente à questão de saber se as declarações dos líderes exprimiam, efetivamente, a vontade do próprio Groupement, parece-me pouco convincente o argumento de que o Tribunal Geral tinha cometido um erro de direito ao identificar a intenção do Groupement com as declarações dos líderes.

99. A este propósito, realço que o Tribunal Geral se limitou a assinalar que «[d]ado que os líderes são membros do órgão informal, a saber o [comité de orientação de moeda eletrónica], que preparou as medidas em questão e do conselho de administração que as adotou, a intenção expressa pelos líderes corresponde, no essencial, à do Groupement no que respeita à adoção das mesmas» (n.º 256 do acórdão recorrido). Concluiu, assim, que a Comissão não se tinha contradito ao qualificar as medidas em causa de decisões da associação de empresas e, portanto, ao reconhecer, com essa qualificação, que as medidas em causa constituíam a expressão da vontade do Groupement, apoiando-se nas declarações dos líderes para corroborar o facto de que tinham por objetivo excluir os novos membros (n.º 257 do acórdão recorrido).

100. Ora, para validar a conclusão da Comissão quanto à imputabilidade das declarações dos líderes ao Groupement no seu todo, parece-me que o Tribunal Geral devia verificar se as declarações feitas por alguns líderes expressavam a declaração fiel da vontade do Groupement, sem o que não podem ser imputadas à decisão da associação de empresas em causa neste processo [40]. A este propósito, importa sublinhar que, como o Tribunal Geral referiu no n.º 7 do acórdão recorrido, o comité de orientação de moeda eletrónica é um órgão informal, sem poder de decisão.

101. Em segundo lugar, em relação à importância dada à intenção expressa nas declarações dos líderes na determinação do objetivo anticoncorrencial das medidas em questão, a conclusão do Tribunal Geral de que foi só a título confirmativo que a Comissão se apoiou nos documentos recolhidos nas auditorias que contêm as declarações dos líderes aquando da preparação daquelas medidas (n.ºs 134 e 267 do acórdão recorrido), está longe de ser evidente.

102. Na verdade, se na decisão controvertida, nos basearmos na estrutura da parte consagrada à análise da existência de uma restrição da concorrência por objetivo [41], afigura-se que a Comissão, numa primeira fase, teve em conta que a própria fórmula das medidas contradizia os objetivos declarados na notificação [42] e, numa segunda fase, expôs as razões pelas quais, na sua opinião, o objetivo restritivo da concorrência, como resultava da própria fórmula das medidas, correspondia perfeitamente aos objetivos reais das medidas, expressos nas declarações dos líderes durante a sua preparação [43]. Do mesmo modo, a Comissão referiu que o «objetivo anticoncorrencial do MERFA foi confirmado pelas declarações dos líderes durante o período de preparação das medidas» [44].

103. Todavia, afigura-se que a Comissão parece ter, em definitivo, dado tanta importância aos documentos derivados da «génese» das referidas medidas como à análise da fórmula das mesmas.

104. Isso parece-me resultar claramente dos considerandos 193 e 198 da decisão controvertida que, sintetizando a abordagem adotada pela Comissão na determinação do objetivo anticoncorrencial, tem em conta os documentos preparatórios. Por outro lado, e como, aliás, sublinhou a SG, nomeadamente nas suas observações escritas, a parte consagrada à análise das fórmulas tinha por objetivo fazer prova negativa de que as medidas em causa não correspondiam ao objetivo anunciado. A prova positiva do objetivo anticoncorrencial daquelas medidas estava em grande parte fundamentada nos elementos materiais oriundos dos documentos preparatórios da autoria dos líderes [45].

40 — V., neste sentido, acórdão Wouters e o., já referido (n.º 64).

41 — N.ºs 193 a 251 da decisão controvertida.

42 — Parte 10.2.1.1, correspondente aos n.ºs 199 a 234 da decisão controvertida.

43 — Parte 10.2.1.2, correspondente aos n.ºs 235 a 250 da decisão controvertida.

44 — N.º 234 da decisão controvertida.

45 — V., também, apresentação feita acerca do conteúdo da decisão controvertida, nos n.ºs 35 e 36 do acórdão recorrido.

105. Do mesmo modo, parece que, para interpretar o conteúdo das medidas em causa, o Tribunal Geral fez suas as considerações relativas às fórmulas estabelecidas para as referidas medidas, lidas à luz dos documentos recolhidos nas auditorias e que atestam as declarações dos líderes [46].

106. Em todo o caso, parece indispensável determinar, em terceiro lugar, se as declarações dos líderes, enquanto elemento da génese das medidas em causa, podiam ser consideradas pertinentes para a determinação da existência de uma restrição por objetivo.

107. A este propósito, sou da opinião de que aquelas declarações, mesmo admitindo que são efetivamente representativas da vontade do Groupement, o que me parece ser de excluir (v. n.º 100 destas conclusões), não podem ser consideradas suficientes para demonstrar a existência de um acordo anticoncorrencial e, *a fortiori*, de um acordo que comporte uma restrição da concorrência por objetivo.

108. Efetivamente, decorre muito claramente da jurisprudência que, embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o caráter restritivo de um acordo, nada impede que as autoridades da concorrência ou os órgãos jurisdicionais nacionais e da União a tenham em conta [47].

109. Esta possibilidade de ter em conta a intenção expressa pelas partes não pode, parece-me, conceber-se senão a título muito exaustivo ou complementar e não substituir-se a uma análise circunstanciada dos termos e dos objetivos dos comportamentos imputados. Do mesmo modo que as partes num acordo não podem invocar a seu favor a falta de intenção de violar a proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE [48], não basta mostrar a existência dessa intenção para concluir que as medidas que adotaram comportam um objetivo anticoncorrencial. A intenção expressa pelas partes não deve de modo nenhum entrar em linha de conta quando se trata, como neste caso, de avaliar o impacto anticoncorrencial dos comportamentos das empresas.

110. Com efeito, parece-me que a identificação de um «objetivo anticoncorrencial» implica uma análise claramente objetiva, independente da vontade das partes. Portanto, entendo que as intenções eventualmente expressas pelos participantes num suposto acordo, assim como os objetivos eventualmente legítimos que prossigam, só são diretamente pertinentes quando se trate de analisar se o dito acordo tem um «objetivo» anticoncorrencial, independentemente da forma como se apresente.

111. Por fim, no quadro desta parte do presente fundamento, o recorrente alega que o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova apresentados. Esta desvirtuação consistia no facto de, além dos documentos que atestam que o desenvolvimento da atividade de aquisição não era necessariamente difícil, a Comissão ter feito seleções intempestivas de entre as declarações dos líderes.

112. A este propósito, basta recordar que, em princípio, cabe apenas ao Tribunal Geral apreciar o valor dos elementos de prova que lhe são apresentados. Uma desvirtuação dos elementos de prova pressupõe que o Tribunal Geral tenha manifestamente ultrapassado os limites de uma apreciação razoável desses elementos de prova [49], o que deve decorrer de forma manifesta dos documentos dos autos, sem que seja necessário proceder a uma nova interpretação dos referidos elementos. Quando um recorrente alega uma desvirtuação dos elementos de prova pelo Tribunal Geral, deve indicar de forma precisa os elementos que este teria desvirtuado e demonstrar os erros de análise que, na sua apreciação, teriam conduzido o Tribunal Geral a essa desvirtuação [50].

46 — V., em especial, n.º 186 do acórdão recorrido.

47 — V., a este propósito, acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., já referido (n.º 37 e jurisprudência referida)

48 — V., designadamente, acórdão General Motors/Comissão, já referido (n.º 77 e jurisprudência referida).

49 — V. acórdãos de 10 de fevereiro de 2011, Activision Blizzard Germany/Comissão (C-260/09 P, Colet., p. I-419, n.º 57), e de 4 de julho de 2013, Comissão/Aalberts Industries e o. (C-287/11 P, n.º 52).

50 — V., neste sentido, 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, Colet., p. I-123, n.º 50).

113. Neste caso, a alegada desvirtuação de documentos não resulta, de forma manifesta, dos documentos dos autos. Além disso, o recorrente não identificou com precisão os documentos que, na sua opinião, atestariam essa desvirtuação. Com a sua argumentação e ainda que invoque uma desvirtuação dos elementos de prova, afigura-se que, na realidade, o recorrente pretende obter uma nova apreciação dos mesmos, o que escapa à competência do Tribunal de Justiça.

114. Resulta de todas estas considerações que, se se atentar na análise dos próprios termos das medidas em causa, tal como referidas pelo Tribunal Geral, dificilmente se compreende a conclusão de que a Comissão demonstrou suficientemente o caráter anticoncorrencial por objetivo das referidas medidas

ii) Quanto à segunda parte, relativa à análise do objetivo das medidas

115. O recorrente sustenta que o Tribunal Geral cometeu erros de direito na apreciação dos objetivos das medidas em causa. Assim, considera que foi sem razão que o Tribunal Geral, ao mesmo tempo que reconhece que o combate ao parasitismo do sistema CB constitui um objetivo legítimo, recusou apreciar este objetivo à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE. O Tribunal Geral devia reconhecer que uma restrição da concorrência por objetivo está excluída, uma vez que as medidas do Groupement conduzem à estimulação da atividade de aquisição e à procura de uma otimização entre as atividades de aquisição e de emissão. Estas medidas, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, são apropriadas, uma vez que consistem em medidas sistémicas, adotadas no interesse global do sistema CB, e equilibradas, uma vez que deixam a cada membro do Groupement a escolha da opção adequada à sua situação individual.

116. Conforme resulta da jurisprudência, para determinar se um acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE, há nomeadamente que atender aos intuitos que objetivamente pretende atingir [51].

117. Parece-me importante recordar que estes intuitos objetivos, que devem resultar claramente das medidas em causa, não se confundem de modo algum com as intenções subjetivas de restringir ou não a concorrência ou ainda com os objetivos legítimos eventualmente prosseguidos pelas empresas visadas. Por conseguinte, é dado assente que se pode considerar que um acordo tem um objetivo restritivo da concorrência mesmo que prossiga outros objetivos legítimos [52].

118. No caso em apreço, como se devem compreender as medidas tarifárias adotadas pelo Groupement?

119. Contrariamente ao que a Comissão deixou subentender na audiência, dificilmente se pode afirmar que o dispositivo MERFA apresenta uma nocividade tal que é assimilável a um cartel [53] sobre os preços que, enquanto tal, é prejudicial para a concorrência. Do mesmo modo, pelas razões expostas anteriormente, as medidas em causa neste caso, que não contemplam um mecanismo para favorecer a saída de alguns concorrentes, parecem-me dificilmente comparáveis às medidas de racionalização do mercado em causa no processo que deu origem ao acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido.

51 — V. acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido (n.º 21).

52 — Tais como, designadamente, os objetivos legais de política comercial (acórdão General Motors/Comissão, já referido, n.º 64) ou de proteção da saúde pública e da redução do custo da verificação de conformidade (acórdão de 8 de novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 25), bem como soluções destinadas a fazer frente a uma crise sectorial (acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido, n.º 21).

53 — Parece, em contrapartida, que a assimilação das medidas em causa a um cartel entre o Groupement e os líderes tinha, numa primeira fase (v. n.º 7 destas conclusões), sido considerada pela Comissão e depois abandonado na decurso da instrução.

120. Resulta do acórdão recorrido que as medidas em causa visavam, essencialmente, instituir tarifas a cargo dos membros do Groupement que, tanto na fase de acesso como na de utilização do sistema CB, se apresentavam como sendo mais vantajosas para os emissores de CB (atividade de entrega de cartões de pagamento e/ou de levantamento pelos titulares de cartões) do que para os adquirentes (atividade de filiação de comerciantes que tenham um número SIREN e exploração de ATM).

121. De acordo com o Groupement, todas estas medidas visavam proteger o sistema CB dos fenómenos de parasitismo económico resultantes da atividade dos bancos que desenvolviam principalmente uma atividade de emissão de cartões e beneficiavam, sem contrapartidas, das vantagens decorrentes dos investimentos feitos em matéria de aquisição por outros membros do sistema.

122. Ora, embora se admita, o que, aliás, o Tribunal Geral reconheceu (v., nomeadamente n.os 76 e 77 do acórdão recorrido), que o combate ao parasitismo pode constituir um objetivo legítimo, uma tal constatação não é diretamente pertinente para a determinação da existência de uma restrição da concorrência por objetivo na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

123. Consequentemente, não penso que o Tribunal Geral se tenha enganado em absoluto ao concluir que o objetivo de combate ao parasitismo não devia, em geral, ser tido em conta na fase da análise das medidas à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE, mas que o podia ser na análise do benefício eventual de uma isenção nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE.

124. No entanto, parece-me que esta conclusão só tem sentido se ficar claro, na sequência de uma análise circunstanciada, que as medidas controvertidas têm um objetivo anticoncorrencial. É precisamente a circunstância de um comportamento ter manifestamente um objetivo anticoncorrencial que retira toda a pertinência ao facto de ele prosseguir outras fins.

125. Na hipótese contrária, isto é, na presença de uma restrição por objetivo que não fique claramente demonstrada — como me parece ser o caso neste processo — dever-se-á passar à análise dos efeitos anticoncorrenciais e, nesse quadro, avaliar a necessidade e a proporcionalidade das medidas visadas tendo em conta os objetivos prosseguidos [54].

126. Ora, dificilmente percebo em que é que as medidas em causa apresentam o grau de nocividade exigido pela jurisprudência.

127. Para começar, não é de modo algum contestado que estas medidas foram adotadas com o objetivo de estimular a atividade de aquisição de CB no seio de um sistema de pagamento que apresentava duas frentes ligadas pela existência de efeitos de rede. Como o Tribunal Geral sublinhou no n.º 102 do acórdão recorrido, a própria Comissão referiu que as atividades de emissão e de aquisição eram indispensáveis uma à outra e ao funcionamento do sistema de pagamento por CB em geral, dado que, por um lado, os comerciantes não aceitavam juntar-se ao sistema de pagamento por CB se o número de titulares de cartões fosse insuficiente e, por outro, os consumidores não aceitavam possuir um cartão se este não pudesse ser utilizado num número suficiente de comerciantes.

128. Assim, as medidas controvertidas visavam conseguir uma contribuição financeira dos membros que beneficiam diretamente, ao nível da atividade de emissão de cartões, da adesão ao sistema de pagamento decorrente dos esforços feitos pelos outros membros, ao nível do segmento «aquisição». Estas medidas, designadamente o MERFA, comportam, essencialmente, um dispositivo destinado a pedir uma contribuição financeira aos membros pouco ativos do segmento «aquisição».

54 — V. acórdãos de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia de Paris (161/84, Colet, p. 353, n.os 15 a 17), e de 15 de dezembro de 1994, DLG (C-250/92, Colet., p. I-5641).

129. Ora, a imposição de uma contribuição financeira aos membros de uma rede que beneficiam, sem contrapartida, dos esforços feitos por outros membros para o desenvolvimento da rede, não me parece comportar um objetivo anticoncorrencial.

130. É verdade que, neste caso, o nível de contribuição pedida ou as dificuldades encontradas por alguns operadores para desenvolver a atividade de aquisição podem induzir um efeito de exclusão dos operadores que não paguem os direitos instituídos a título das medidas em causa. Todavia, salvo invocando a teoria das «facilidades essenciais» [55], que neste caso não foi alegada pela Comissão [56] e cuja aplicabilidade me parece, em todo o caso, duvidosa [57], isso não se afigura censurável do ponto de vista da concorrência.

131. Em todo o caso, embora não se possa excluir que as medidas controvertidas tenham como resultado incentivar alguns membros do Groupement a reduzir as suas atividades de emissão ou a aumentar as suas atividades de aquisição, opção esta que se revela na prática difícil e leva, por isso, à sua exclusão do sistema, esta questão insere-se, de qualquer forma, na análise dos efeitos potencialmente anticoncorrenciais das referidas medidas e não do seu objetivo. Sou de opinião de que os efeitos de exclusão que implicam medidas tarifárias, como as que estão em causa neste processo, só podem ser analisados na fase do exame do efeito anticoncorrencial.

132. Sobretudo, devo confessar a minha perplexidade quanto à leitura feita tanto pela Comissão como pelo Tribunal Geral das medidas controvertidas adotadas pelo Groupement, destinadas a todos os seus membros que, tal como foi salientado, incluem quer os líderes quer os membros ligados ou associados aos líderes [58]. Na medida em que as medidas tarifárias atingem direta ou indiretamente todos os membros do Groupement, é-me muito difícil compreender em que é que elas podem comportar um dispositivo por natureza anticoncorrencial e ainda em que medida foram definidas de forma a poupar os líderes [59].

133. Resulta destas considerações que, à semelhança dos termos das medidas em causa, os objetivos que elas prosseguem não permitem a conclusão de que foi com razão que a Comissão concluiu pela existência de uma restrição por objetivo neste caso.

iii) Quanto à terceira parte, relativa à análise do contexto da elaboração das medidas

134. O recorrente alega que o Tribunal Geral cometeu vários erros na apreciação do contexto em que se inseriam a medidas em causa.

135. Em primeiro lugar, o recorrente censura o Tribunal Geral por ter erradamente tomado em consideração o contexto jurídico, ao fazer uma interpretação errada, por um lado, da jurisprudência relativa às restrições da concorrência por objetivo, designadamente do acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido, e, por outro, das questões apreendidas na prática decisória anterior. A este propósito, o acórdão recorrido enfermaria, nomeadamente, de uma fundamentação contraditória, na medida em que, nos n.os 94 e 99, o Tribunal Geral afirmou ao

55 — Recordo que, de acordo com esta teoria, o detentor de um recurso ou de uma estrutura deve disponibilizá-lo aos seus concorrentes, quando o acesso a essa estrutura for indispensável ao exercício das suas atividades (v., neste sentido, acórdão de 29 de abril de 2004, IMS Health, C-418/01, Colet., p. I-5039).

56 — V., a este propósito, acórdão recorrido (n.os 66 e 224).

57 — No seu *XXX Relatório sobre a Politica de Concorrência 2000*, a própria Comissão tinha indicado que, a saber «[a] Comissão considera que o sistema 'CB' não é uma infraestrutura essencial, pelo que o agrupamento pode determinar se faculta ou não o acesso aos seus concorrentes (na condição de não fazer discriminações)» (n.º 207 desse relatório).

58 — V. n.º 3 do acórdão recorrido, que retoma o n.º 29 da decisão controvertida.

59 — V. n.º 130 do acórdão recorrido. O BNP Paribas sublinhou, tanto no seu memorando de resposta como na audiência, que era, nomeadamente, a afirmação, segundo ele errada, de que todos os líderes escapavam às medidas em causa, que justificava a caraterização da infração por objetivo. Observa que, ao validar este postulado de base, o Tribunal Geral não cumpriu a sua obrigação de fundamentação.

mesmo tempo que as práticas analisadas nas duas decisões «Visa» [60] são sensivelmente diferentes das deste processo e que aquelas duas decisões respeitam «a situações semelhantes ou idênticas». O erro de análise resulta também do facto de a própria Comissão ter aceitado discutir eventuais compromissos, ao abrigo do artigo 9.º, do Regulamento n.º 1/2003, isto é, de medidas «suscetíveis de dar resposta [às suas] objeções» e que não caraterizam uma qualquer infração de concorrência enquanto tal.

136. Em segundo lugar, o recorrente considera que o Tribunal Geral cometeu erros de direito na tomada em consideração do contexto económico, nomeadamente ao evitar o funcionamento biface do sistema de pagamento por CB.

137. Em terceiro lugar, o recorrente entende que o Tribunal Geral cometeu erros de direito na tomada em consideração do contexto económico, ao não exercer a sua fiscalização das apreciações económicas complexas. No caso em apreço, o Tribunal Geral não procedeu, de maneira nenhuma, a essa fiscalização mínima e objetiva das apreciações económicas contidas na decisão controvertida, mas, ter-se-ia contentado, nos n.os 320 e 321 do acórdão recorrido, em afastar alguns estudos económicos da autoria do Groupement devido à sua pretensa contradição com outros estudos.

138. Resulta da análise das duas primeiras partes deste fundamento que, atendendo ao conteúdo das medidas em causa e aos objetivos que visam prosseguir, não está estabelecida a existência de uma restrição da concorrência por objetivo, na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

139. Nestas circunstâncias, os elementos do contexto económico e jurídico [61] que enquadram a elaboração das medidas em causa não deviam ser suscetíveis de estabelecer, só por si, a existência de um objetivo anticoncorrencial. Como já referi anteriormente, a análise do contexto não pode de maneira nenhuma compensar a falta de identificação efetiva de um objetivo anticoncorrencial (v. n.º 44 das presentes conclusões).

140. Para melhor esclarecimento, importa, todavia, sublinhar o que se segue.

141. Em primeiro lugar, quanto à tomada em consideração do contexto jurídico, como já mencionei anteriormente, a experiência adquirida, entendida em sentido lato, é um parâmetro que deve ser considerado para concluir pela existência de uma restrição por objetivo (v. n.os 55 e segs. destas conclusões).

142. No entanto, se a experiência adquirida pode, sem dúvida, vir a apoiar o caráter intrinsecamente prejudicial à concorrência de alguns tipos de cooperação, no caso de restrições manifestas e/ou evidentes, que têm, com toda a probabilidade, um impacto na concorrência, não estou convencido que se possa tirar sempre um argumento forte da prática decisória da Comissão. O facto de a Comissão não ter considerado, no passado, que um acordo de um determinado tipo era, pelo seu próprio objetivo, restritivo da concorrência não é, em si mesmo, suscetível de a impedir de o fazer no futuro, na sequência de uma análise individual e circunstanciada das medidas controvertidas.

60 — Decisões da Comissão relativas a um processo de aplicação do artigo 81.º, CE, e do artigo 53.º, EEE, a saber, a Decisão 2001/782/CE, de 9 de agosto de 2001 (Processo COMP/29.373 — Visa International) (JO L 293, p. 24, a seguir «decisão Visa 2001»), e a Decisão 2002/914/CE, de 24 de julho de 2002 (Processo COMP/29.373 — Visa International — Comissão interbancária multilateral) (JO L 318, p. 17, a seguir a «decisão Visa 2002»).

61 — Ainda que as acusações expostas pelo recorrente se articulem em três pontos, parece-me que o terceiro, que tem por objetivo censurar o Tribunal Geral por não ter exercido a sua fiscalização sobre as apreciações económicas complexas, é facilmente associado ao que incide sobre a análise do contexto económico.

143. Neste caso, as tomadas de posição anteriores da Comissão, relativamente aos acordos celebrados no quadro dos sistemas de pagamento e, muito particularmente, os decorrentes das decisões Visa 2001 e Visa 2002, admitindo que diziam respeito a medidas sensivelmente idênticas às deste processo, não deveriam implicar necessariamente um juízo prévio do caráter restritivo por objetivo das referidas medidas.

144. Não deixa de ser verdade que se devia atentar nos fundamentos que justificavam o afastamento das conclusões até então assumidas na prática decisória da Comissão, relativas ao mercado dos sistemas de pagamento. Incumbia, nomeadamente, ao Tribunal Geral verificar em que é que as medidas em questão comportavam, diferentemente das medidas adotadas para o mesmo mercado, cuja semelhança foi, em parte, reconhecida por este [62], um grau de nocividade tal que podiam ser analisadas como tendo um objetivo anticoncorrencial.

145. Quanto ao precedente que o acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido, constituiria neste caso, como referi anteriormente nos n.os 69 a 73 destas conclusões, sou de opinião que aquele processo se distingue claramente deste em vários aspetos.

146. Em segundo lugar, tratando-se da tomada em consideração do contexto económico, o Groupement censura, em especial, o Tribunal Geral por ter eludido as características do sistema CB e, muito particularmente, a natureza biface do sistema.

147. A este respeito, sou de opinião que, mesmo admitindo a possibilidade de se deduzir dos termos e dos objetivos prosseguidos pelas medidas em causa que estas não tinham um objetivo anticoncorrencial, os elementos de contexto são suscetíveis de enfraquecer essa conclusão.

148. Sobre este ponto, recordo que, para concluir pela existência de uma restrição por objetivo, a Comissão não se pode limitar a um exame abstrato, especialmente em presença de uma restrição cuja natureza não é manifesta.

149. A tomada em consideração das interações existentes entre o segmento «emissão» e o segmento «aquisição», no quadro da análise do contexto da elaboração das medidas para efeitos da identificação de uma restrição da concorrência por objetivo, parece-me bem diferente da que respeita à definição do mercado pertinente. Com efeito, trata-se não de pôr em causa a afirmação de que os mercados de emissão e de aquisição são bem diferentes, mas de analisar se o contexto económico em que as medidas foram elaboradas foi suficientemente tido em conta.

150. Neste caso, e como o recorrente evocou no Tribunal Geral, o bom funcionamento do sistema CB exigia que as atividades de emissão e de aquisição fossem exercidas de forma equilibrada. Nesta perspetiva, não se pode excluir que a contribuição respetiva de cada um dos membros para o desenvolvimento de cada uma daquelas funções possa ser tomada em consideração. Com efeito, independentemente de já ser membro ou de ser um novo operador, o membro do Groupement, que é ativo, principal e exclusivamente, no domínio da emissão de CB, beneficia dos investimentos feitos com vista ao desenvolvimento da componente «aquisição», que é um pilar necessário à perenidade do sistema.

62 — Isto, apesar de me parecer haver uma ligeira contradição entre a conclusão adotada no n.º 94 do acórdão recorrido, segundo a qual as medidas em causa nas decisões Visa 2001 e Visa 2002 não podem ser consideradas comparáveis, e aquela, retomada no n.º 99 do mesmo acórdão, segundo a qual «não se pode deduzir do dever de fundamentação que a Comissão deve, além do facto de fundamentar a sua decisão por referência aos autos do processo em causa, expor especificadamente as razões pelas quais chegou a uma conclusão diferente da seguida num processo anterior, relativo a situações semelhantes ou idênticas ou com os mesmos operadores económicos».

3. Conclusão

151. Para finalizar, afigura-se que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, por um lado, ao concluir e ao manter uma interpretação não restritiva do conceito de restrição por objetivo e, por outro, ao aplicar precisamente essa abordagem na análise do conteúdo, dos objetivos e do contexto da elaboração das medidas controvertidas.

152. Em especial, o Tribunal Geral não verificou se a Comissão podia validamente concluir, à luz dos termos, dos objetivos e do contexto da elaboração das medidas em causa, que as referidas medidas apresentavam um grau de nocividade tal que se podiam presumir os seus efeitos anticoncorrenciais.

153. O acórdão recorrido deve, por conseguinte, ser censurado sobre este aspeto e poderia, só por esta razão, ser anulado.

154. Não tendo o Tribunal Geral considerado necessário verificar se as referidas medidas tinham um efeito anticoncorrencial, este processo deve ser-lhe remetido.

155. No entanto e na hipótese de o Tribunal de Justiça não acompanhar a minha conclusão, analisarei a seguir, brevemente, o segundo e o terceiro fundamentos invocados pelo recorrente no âmbito deste recurso.

B – *Quanto ao segundo fundamento, relativo a um erro de direito na aplicação do conceito de restrição por efeito*

156. O recorrente, apoiado pelo BNP Paribas, salienta que, dos 455 números do acórdão recorrido, apenas quatro são dedicados ao exame dos efeitos das medidas em causa. Além de um erro de direito no seu exame da existência de uma restrição da concorrência por efeito, o Tribunal Geral não respondeu suficientemente a todos os argumentos alegados pelo recorrente, e isso em violação do dever de fundamentação que lhe é imposto, em conformidade com as disposições conjugadas dos artigos 36.° e 53.°, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Em especial, a Comissão não demonstrou que as medidas em causa provocaram efetivamente a saída de novos operadores do mercado ou uma limitação das suas atividades de emissão de CB.

157. No caso em apreço, uma vez que o Tribunal Geral não verificou precisamente se as medidas controvertidas tinham efeitos anticoncorrenciais, e na hipótese de se dever concluir, contrariamente ao que sugiro, que o Tribunal Geral pôde, sem cometer erro de direito, concluir que as medidas em causa tinham por «objetivo» restringir a concorrência, na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, o segundo fundamento deve ser rejeitado [63].

158. Com efeito, de acordo com jurisprudência constante [64] e na continuação do que já referi anteriormente, quando o objetivo anticoncorrencial de um acordo é estabelecido, não há que averiguar os seus efeitos anticoncorrenciais.

63 — Neste sentido, o Tribunal de Justiça precisou, nomeadamente, que o exame prioritário dos argumentos relativos ao objetivo anticoncorrencial de um acordo, em relação ao seu efeito anticoncorrencial, se justifica tanto mais quanto, no caso de o erro de direito ser revelado na apreciação do objetivo do referido acordo, o recurso deve ser julgado improcedente na parte em que visa os fundamentos do acórdão recorrido relativos ao efeito anticoncorrencial do acordo (v. acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., já referido, n.º 56).

64 — V. acórdãos, já referidos, LTM e Beef Industry Development Society e Barry Brothers (n.º 16).

159. Por conseguinte, foi sem cometer erro de direito que o Tribunal Geral concluiu, nos n.os 269 a 272 do acórdão recorrido, pela ineficácia do fundamento relativo aos erros de direito, de facto e de apreciação no exame dos efeitos das medidas em causa, uma vez que as referidas medidas tinham por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no interior do mercado comum, na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

160. Tão pouco se pode censurar o Tribunal Geral por não ter cumprido o seu dever de fundamentação sobre este aspeto. No caso em apreço, tendo considerado oportuno limitar-se, como a jurisprudência lhe permite, a uma análise da existência de um objetivo anticoncorrencial, o Tribunal Geral não tinha de expor as razões pelas quais as medidas controvertidas tinham, por outro lado, efeitos anticoncorrenciais.

161. Além disso, no quadro deste processo, não cabe ao Tribunal de Justiça decidir sobre a questão de saber se, não obstante o eventual objetivo anticoncorrencial das medidas em causa, se pode considerar que as mesmas têm efeitos anticoncorrenciais. Não cabe, nomeadamente, ao Tribunal de Justiça verificar se a Comissão conseguiu demonstrar que as medidas controvertidas provocaram a saída de novos operadores do mercado ou uma limitação do seu plano de emissão de CB. Isto é tanto assim que, como já mencionei anteriormente [65], a Comissão consagrou uma parte substancial da decisão controvertida ao exame dos efeitos produzidos pelas medidas em causa.

162. Em definitivo, é minha opinião que este fundamento deve ser, em todo o caso, julgado inadmissível.

C – *Quanto ao terceiro fundamento, relativo ao facto de o Tribunal Geral ter violado os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica ao não anular a injunção contida no artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão controvertida*

163. O recorrente, ao qual se associa o BNP Paribas, sustenta que o Tribunal Geral violou os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica ao não anular a injunção constante do artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão controvertida, que impõe ao Groupement a obrigação de se abster, no futuro, de qualquer medida ou comportamento que tenha um objetivo ou um efeito idêntico ou equivalente às medidas em causa.

164. Em primeiro lugar, em relação ao princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 5.º, n.º 4, TUE, o recorrente recorda que, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, o Tribunal Geral devia ter constatado que a obrigação imposta pela Comissão não era necessária face à finalidade pretendida, isto é «pôr fim à infração constatada», na medida em que o Groupement tinha suspendido as medidas, ainda antes da adoção da decisão controvertida, e que esta determina, no seu artigo 2.º, primeiro parágrafo, que seja posto fim imediato à infração, retirando-se as medidas tarifárias notificadas. Do mesmo modo, o Tribunal Geral devia ter constatado que a injunção contestada é desproporcionada, uma vez que se estende às medidas que tenham um efeito «equivalente». A necessidade de circunscrever mais estreitamente a injunção era tanto mais essencial neste caso quanto as medidas em causa comportam divergências de análise importantes entre o Tribunal Geral e o Groupement.

165. Em seguida, a respeito do princípio da segurança jurídica, o recorrente considera que o Tribunal Geral devia ter constatado que a decisão controvertida continha uma ambiguidade importante em relação ao alcance da injunção proferida, que era geradora de insegurança jurídica para o Groupement, quanto às medidas que está autorizado a adotar no futuro para assegurar a sua competitividade e o seu desenvolvimento. Neste caso, a incerteza residia na natureza extremamente geral e imprecisa da qualificação das medidas proibidas no futuro ao Groupement, que era suscetível

65 — V. n.º 2 destas conclusões.

de englobar qualquer medida de reequilíbrio julgada necessária no futuro para reforçar a posição concorrencial do sistema CB ou assegurar o seu desenvolvimento. Por conseguinte, o Groupement ficaria impedido de adotar medidas para combater fenómenos de parasitismo de que o referido sistema fosse vítima.

166. Note-se que, com o seu terceiro fundamento, o recorrente visa criticar a Comissão por não ter circunscrito mais estreitamente o alcance da injunção contida no artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão controvertida, sem, no entanto, identificar qualquer erro de direito cometido pelo Tribunal Geral, em relação, designadamente, à interpretação a dar à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

167. Por conseguinte, cumpre constatar que este fundamento retoma, no essencial, os argumentos desenvolvidos em apoio do recurso no Tribunal Geral, no quadro da segunda parte do sexto fundamento [66] e deve, só por esta razão, ser declarado inadmissível.

168. Assim sendo, o presente fundamento coloca uma problemática interessante, estreitamente ligada ao exame do primeiro fundamento, relativamente aos poderes de injunção conferidos à Comissão e à fiscalização que deve ser efetuada pelo Tribunal Geral sobre o exercício dos mesmos.

169. Com efeito, embora as partes estejam de acordo, parece-me, quanto à conclusão pela aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, coloca-se a questão de saber qual é o alcance dos referidos princípios quando a Comissão concluiu pela existência de um acordo restritivo «por objetivo», na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

170. Tratando-se do respeito do princípio da proporcionalidade, a necessidade de garantir o efeito útil de uma decisão que declara a existência de uma infração ao artigo 81.º, n.º 1, CE leva-me a concluir que, uma vez a existência de uma restrição «por objetivo» claramente estabelecida, a Comissão pode validamente intimar as empresas infratoras não só a suspender e revogar a execução das medidas controvertidas, mas também a abster-se de, no futuro, aplicar qualquer medida que tenha um objetivo semelhante.

171. É ainda necessário que o objetivo «anticoncorrencial» de que estão alegadamente dotadas as medidas imputadas tenha sido claramente identificado e circunscrito, o que, como mencionei no quadro do exame do primeiro fundamento, me parece estar em falta.

172. Esta exigência afigura-se-me também válida na perspetiva do respeito do princípio da segurança jurídica.

173. A partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial das medidas controvertidas esteja suficientemente identificado e seja identificável, a Comissão deve poder validamente intimar as empresas em causa a abster-se de qualquer comportamento semelhante. No meu entender, a validade desta abordagem é mais criticável, seja quando o objetivo anticoncorrencial não está, ou não está suficientemente, definido, seja quando, como no caso em apreço, as empresas são levadas a identificar, elas próprias, o alcance da injunção em causa.

V – **Conclusão**

174. Atendendo às considerações precedentes, propõe-se ao Tribunal de Justiça que decida nos seguintes termos:

«1) O acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 29 de novembro de 2012, CB/Comissão (T-491/07), é anulado.

66 — V. n.os 435 a 452 do acórdão recorrido.

2) O processo é remetido ao Tribunal Geral da União Europeia.

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