



Momentum

Europeu e Concorrência

10 de Março de 2015

**O ACÓRDÃO *GROUPEMENT DES CARTES BANCAIRES*
A LIMITAÇÃO AO “GRAU SUFICIENTE DE NOCIDADE” NAS RESTRIÇÕES DA
CONCORRÊNCIA POR OBJETO**

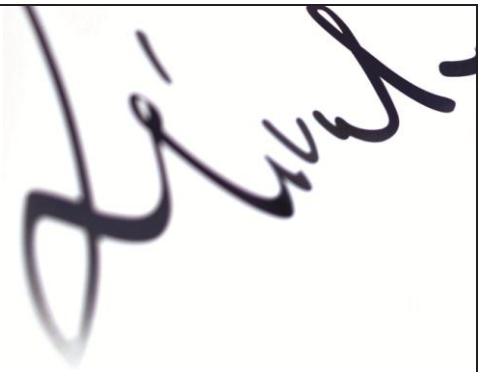
Os critérios jurídicos utilizados para apreciar o carácter anticoncorrencial de um acordo ou de uma decisão de associação de empresas e o modo como, para certos comportamentos colusórios típicos, a Comissão, as autoridades nacionais da concorrência e os próprios tribunais têm omitido o exame dos efeitos concretos na concorrência tem vindo hoje a ser largamente debatido e cada vez mais colocado em causa. Com efeito, desde o acórdão *Leegin* de 2007, do *US Supreme Court* (que inverteu um precedente centenário) que um acordo de fixação de preços mínimos deixa de constituir uma restrição *per se* da concorrência, devendo antes ser analisado segundo uma *rule of reason* (que examine os efeitos concretos da sua implementação), que se impõe, também no direito europeu da concorrência, uma redução do âmbito dos ilícitos anticoncorreciais pelo objeto.

Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) que determinadas formas de coordenação entre empresas revelam um tal grau de nocividade que se desconsidera a necessidade de examinar os seus efeitos concretos no mercado. Por outras palavras, certos comportamentos colusórios típicos, como a fixação horizontal dos preços, são pela sua própria natureza



prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (i.e., são objetivamente suscetíveis de produzir efeitos negativos no mercado, em prejuízo dos consumidores). Também na União Europeia (UE), estes comportamentos constituem uma restrição pelo objeto, sem que as autoridades tenham necessidade de proceder à análise dos seus efeitos.

Ora, no acórdão *Groupement des cartes bancaires* (Proc. C-67/13 P), de 11.9.2014, o TJ veio anular uma decisão do Tribunal Geral (TG) favorável à Comissão Europeia. Estava em causa uma série de medidas adotadas por um agrupamento constituído pelos principais estabelecimentos bancários franceses para realizar a interoperabilidade dos sistemas de pagamento e levantamento com cartões. Segundo a Comissão, as medidas tinham um objetivo anticoncorrencial real, que resultava das próprias fórmulas previstas, e que não eram justificáveis enquanto mecanismo de equilíbrio entre as funções de aquisição e emissão de cartões bancários. Em sede de recurso, o TG considerou que as medidas constituíam uma restrição da concorrência pelo objeto, concluindo que «os tipos de acordos previstos no artigo [101 TFUE], não formam uma lista taxativa de colusões proibidas e, por conseguinte, não há que interpretar o conceito de infração por objetivo de modo restritivo». No entanto, o TJ veio anular esta decisão com o fundamento de que foi o TG errou ao considerar que o objetivo restritivo das medidas pode resultar unicamente da sua redação. Em contrapartida, o TG deveria ter justificado, no quadro da sua fiscalização de legalidade da decisão da Comissão, de que forma essa redação podia ser considerada reveladora da existência de uma restrição da concorrência pelo objeto. Ora, segundo o TJ, «sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os efeitos concretos no mercado (...), **o conceito de restrição da concorrência “por objetivo” só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à**



concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário».

Com este acórdão, o TJ dá finalmente um passo no sentido de considerar necessário proceder-se sempre a uma análise prévia e cuidada dos efeitos de acordos ou decisões de associação de empresas. Com efeito, perante certos comportamentos de coordenação que, em tese, podem restringir de modo objetivo a concorrência (e que, portanto, estarão abrangidos pela proibição prevista no 101 (1) TFUE), mesmos nesses casos, as autoridades e os tribunais terão que justificar por que razão tal restrição apresenta um grau suficiente de nocividade para poder ser qualificada de restrição «por objeto». Mais importante do que isso, o próprio TJ vem referir quais os critérios que devem ser utilizados nessa apreciação: «importa (...) **tomar em conta qualquer elemento pertinente, tendo em conta, designadamente, a natureza dos serviços em causa, bem como as condições reais de funcionamento e da estrutura dos mercados, relativo ao contexto económico ou jurídico em que a referida coordenação se insere, independentemente de esse elemento ser abrangido ou não pelo mercado relevante**». Deste modo, sempre que não se consiga demonstrar que tais comportamentos apresentam um grau suficiente de nocividade à concorrência para serem considerados como restrição por objeto, a possível constatação de eventuais entraves à concorrência terá necessariamente de relevar de um exame concreto dos seus efeitos.

Luís Bordalo e Sá

lbs@servulo.com