



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 25 de junho de 2015¹

Processo C-373/14 P

**Toshiba Corporation
contra**

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Acordos, decisões e práticas concertadas — Mercado dos transformadores elétricos — Acordo verbal de repartição dos mercados (‘acordo de cavalheiros’) — Conceito de restrição da concorrência por objetivo — Critério do distanciamento público — Ponto 18 das Orientações de 2006»

1. Com o presente recurso, a Toshiba Corporation pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia Toshiba/Comissão (T-519/09, EU:T:2014:263, a seguir «acórdão recorrido»), pelo qual este Tribunal Geral negou provimento ao seu recurso de anulação da Decisão C (2009) 7601 final da Comissão, de 7 de outubro de 2009, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º CE (COMP/39.129 - Transformadores elétricos, a seguir «decisão controvertida»).
2. Com este recurso, o Tribunal de Justiça é de novo levado a debruçar-se sobre o conceito de restrição da concorrência «por objetivo», na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE (atual artigo 101.º, n.º 1, TFUE), e, mais precisamente, a indicar os elementos de análise necessários para estabelecer as condições em que uma prática pode constituir uma restrição desse tipo.
3. O conceito de «distanciamento público» e o ponto 18 das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003² (a seguir «Orientações de 2006») estão também no cerne do presente processo.

1 — Língua original: francês.

2 — JO 2006, C 210, p. 2.

I – Quadro jurídico

A – Direito da União

1. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

4. Nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE:

«São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação,
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos,
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento,
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência,
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.»

2. Orientações de 2006

5. Nos termos do ponto 13 das Orientações de 2006:

«Para determinar o montante de base da coima a aplicar, a Comissão utilizará o valor das vendas de bens ou serviços, realizadas pela empresa, relacionadas direta ou indiretamente com a infração, na área geográfica em causa no território do EEE [Espaço Económico Europeu]. A Comissão utilizará em princípio as vendas realizadas pela empresa durante o último ano completo da sua participação na infração [...]»

6. Todavia, o ponto 18 das Orientações de 2006 derroga esta regra ao enunciar:

«Quando [o] âmbito geográfico de uma infração ultrapassar o território do [EEE] (por exemplo, no caso de cartéis mundiais), as vendas em causa da empresa no EEE podem não refletir de maneira adequada o peso de cada empresa na infração. Este pode ser especificamente o caso de acordos a nível mundial de repartição de mercado.

Em tais circunstâncias, a fim de refletir ao mesmo tempo a dimensão agregada das vendas em causa no EEE e o peso relativo de cada empresa na infração, a Comissão pode estimar o valor total das vendas dos bens ou serviços relacionadas com a infração na área geográfica (mais ampl[a] do que o EEE) em causa, determinar a quota das vendas de cada empresa que participa na infração neste mercado e aplicar esta percentagem às vendas agregadas destas mesmas empresas no EEE. O resultado será utilizado a título de valor das vendas para efeitos da determinação do montante de base da coima.»

7. O ponto 37 das Orientações de 2006 esclarece por último que, «[e]mbora as presentes Orientações exponham a metodologia geral para a fixação de coimas, as especificidades de um dado processo ou a necessidade de atingir um nível dissuasivo num caso particular podem justificar que a Comissão se afaste desta metodologia ou dos limites fixados no ponto 21.»

II – Antecedentes do litígio

8. O setor em causa no presente processo é o dos transformadores elétricos, dos autotransformadores e dos dispositivos de reactância de compensação com uma gama de tensão igual ou superior a 380 kV. Um transformador elétrico é um componente elétrico essencial cuja função consiste em reduzir ou aumentar a tensão de um circuito elétrico.

9. A Toshiba é uma sociedade japonesa que opera essencialmente em três setores de atividades: os produtos digitais, os dispositivos e componentes eletrónicos e os sistemas de infraestruturas.

10. No que diz respeito às atividades dessa sociedade no setor em causa, importa distinguir duas fases durante o período tido em consideração pela Comissão na sua investigação (que vai de 9 de junho de 1999 a 15 de maio de 2003, a seguir «período pertinente»). Entre 9 de junho de 1999 e 30 de setembro de 2002, a Toshiba operava por intermédio da sua filial Power System Co. A partir de 1 de outubro de 2002, a atividade da recorrente foi exercida pela intermediária TM T&D, uma empresa comum à Toshiba e à Mitsubishi Electric na qual estas duas empresas tinham reunido a sua produção de transformadores elétricos.

11. Em 30 de setembro de 2008, a Comissão decidiu iniciar um processo relativo ao mercado dos transformadores elétricos. A comunicação de acusações foi adotada em 20 de novembro de 2008. A Toshiba respondeu em 19 de janeiro de 2009. A audição decorreu em 17 de fevereiro de 2009.

12. Através da decisão controvertida, a Comissão declarou que a Toshiba tinha participado, ao longo do período pertinente, num cartel ilícito que abrangia todo o território do EEE e o Japão. O cartel consistia num acordo celebrado verbalmente entre os produtores europeus e os produtores japoneses de transformadores elétricos, que tinha por objetivo respeitar os mercados internos de cada um destes dois grupos de produtores de transformadores, abstendo-se de efetuar aí vendas (a seguir «acordo de cavalheiros»).

13. A Comissão qualificou esse acordo de cavalheiros de restrição da concorrência por objetivo.

14. Nos n.ºs 165 a 169 da decisão controvertida, a Comissão examinou o argumento de algumas das empresas visadas pelo processo em causa, segundo o qual esse cartel não tinha impacto na concorrência, uma vez que os produtores japoneses e europeus não eram concorrentes por causa das barreiras inultrapassáveis à entrada no mercado do EEE. A este respeito, alegou, em substância, que o produtor coreano Hyundai tinha penetrado recentemente no mercado europeu dos transformadores elétricos e que as empresas japonesas tinham registado vendas consideráveis nos Estados Unidos. Ora, estas empresas não tinham conseguido demonstrar que as barreiras à entrada no mercado americano eram muito diferentes das barreiras à entrada no mercado europeu.

15. No que se refere à organização do acordo de cavalheiros, a Comissão assinalou que cada grupo de produtores devia nomear uma empresa secretária. Também constatou que o acordo de repartição de mercado era completado por um segundo acordo que previa a notificação ao secretário de um dos grupos os concorrentes provenientes do território do outro grupo, e isso com o objetivo de os reatribuir.

16. Por outro lado, a Comissão concluiu que, durante o período pertinente, as empresas se tinham reunido uma ou duas vezes por ano, tendo as reuniões decorrido em Málaga, de 9 a 11 de junho de 1999, em Singapura, em 29 de maio de 2000, em Barcelona, de 29 de outubro de a 1 de novembro de 2000, em Lisboa, em 29 e 30 de maio de 2001, em Tóquio, em 18 e 19 de fevereiro de 2002, em Viena, em 26 e 27 de setembro de 2002 (a seguir «reunião de Viena») e em Zurique, em 15 e 16 de maio de 2003 (a seguir «reunião de Zurique»). Segundo a Comissão, estas reuniões serviam, nomeadamente, para confirmar o acordo de cavalheiros.

17. Tendo em conta todas estas considerações, a Comissão concluiu que a Toshiba tinha violado o artigo 81.º CE e o artigo 53.º do Acordo EEE. Em consequência, aplicou-lhe uma coima no montante de 13,2 milhões de euros. A TM T&D e a Mitsubishi Electric não foram abrangidas pela decisão controvertida.

III – Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

18. Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 23 de dezembro de 2009, a Toshiba interpôs recurso de anulação da decisão controvertida, invocando quatro fundamentos. O presente recurso diz unicamente respeito às considerações do Tribunal Geral em resposta a três dos fundamentos perante ele invocados.

19. Em relação ao exame do segundo fundamento, que dizia respeito, nomeadamente, à existência de uma restrição da concorrência, o Tribunal Geral declarou, em primeiro lugar, que tinha sido com razão que a Comissão tinha concluído pela qualificação do acordo de cavalheiros como prática que tinha por objetivo a restrição da concorrência, e que, consequentemente, não era necessário demonstrar os seus efeitos anticoncorrenciais.

20. Em segundo lugar, analisou o argumento da Toshiba segundo o qual, apesar da sua natureza, o acordo de cavalheiros não era suscetível de restringir a concorrência pelo facto de os produtores japoneses não serem concorrentes das empresas europeias no mercado do EEE. A este respeito, o Tribunal Geral salientou que a questão de saber se um cartel tinha por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência, devia ser examinada não só à luz do conteúdo do acordo mas também do contexto económico no qual este se inscrevia e que, tendo em conta o facto de o artigo 101.º TFUE proteger não só a concorrência efetiva mas também a concorrência potencial, um acordo como o acordo de cavalheiros era suscetível de restringir a concorrência, real ou potencial, a menos que existissem barreiras inultrapassáveis à entrada no mercado europeu, excluindo assim qualquer concorrência dos produtores japoneses.

21. Para determinar se as barreiras à entrada eram, no caso em apreço, inultrapassáveis, o Tribunal Geral salientou, antes de mais, que a própria existência do acordo de cavalheiros podia ser considerada um indício forte da existência de uma relação de concorrência entre os produtores japoneses e europeus.

22. Em seguida, o Tribunal Geral constatou, referindo-se aos n.ºs 91 a 98 da decisão controvertida, que o produtor japonês Hitachi tinha aceitado projetos provenientes de clientes europeus. Por outro lado, salientou que, em carta de 30 de março de 2009, dirigida pela Hitachi à Comissão durante o procedimento administrativo (a seguir «carta da Hitachi»), esta sociedade tinha revisto as suas afirmações, ao declarar que aceitava as conclusões da Comissão relativas à existência e ao alcance do acordo de cavalheiros, conforme expostas na comunicação de acusações.

23. Em relação ao terceiro fundamento, que respeitava, entre outros, ao pretense distanciamento da Toshiba em relação ao cartel, o Tribunal Geral começou por recordar que, quando uma empresa participa em reuniões, mesmo sem nelas tomar parte ativa, que têm um objetivo anticoncorrencial e que essa empresa não se distancia publicamente do conteúdo de tais reuniões, fazendo assim crer às outras empresas que é parte no cartel resultante das referidas reuniões, pode considerar-se que participou no cartel em questão.

24. Seguidamente, ao mesmo tempo que admitia que os documentos disponíveis podiam suscitar dúvidas quanto à participação da Toshiba no acordo de cavalheiros posteriormente à reunião de Viena, o Tribunal Geral considerou que esses documentos não podiam demonstrar que a Toshiba já se tinha distanciado do acordo de cavalheiros por ocasião da referida reunião.

25. Com efeito, dado que resultava desses documentos que as empresas participantes na reunião de Viena tinham confirmado o acordo ilícito e as regras de notificação dos projetos nele previstas, daí decorria, segundo o Tribunal Geral, que as partes no acordo de cavalheiros, incluindo a Toshiba, tinham querido prolongar esse acordo, em todo o caso, até à reunião seguinte.

26. Quanto aos argumentos relativos à participação da Toshiba no cartel até à reunião de Zurique e à pretensa falta de objetivo anticoncorrencial dessa reunião, o Tribunal Geral considerou que os mesmos eram inoperantes uma vez que não eram suscetíveis de pôr em causa a conclusão da Comissão de que a Toshiba tinha participado no acordo de cavalheiros até 15 de maio de 2003.

27. Por outro lado, constatou que a Toshiba não podia alegar que tinha posto termo à sua participação no cartel no momento da constituição da TM T&D. Com efeito, a recorrente não se tinha distanciado publicamente do cartel e não tinha informado as outras partes de que esta empresa comum não participava no mesmo.

28. No que diz respeito ao quarto fundamento, relativo ao cálculo da coima, o Tribunal Geral considerou que a Comissão tinha aplicado corretamente a metodologia prevista no ponto 18 das Orientações de 2006 e que, conseqüentemente, não se podia admitir que apenas deviam ser tomadas em consideração as vendas no Japão e no EEE efeitos do cálculo da coima. A este respeito, o Tribunal Geral declarou, no essencial, que a referência, feita pela Comissão, às quotas de mercado mundiais permitia tomar em consideração o facto de que o potencial de concorrência mundial das empresas em causa não tinha sido utilizado para conquistar o mercado do EEE.

29. Além disso, segundo o Tribunal Geral, a Comissão baseou-se legitimamente na presunção de que, na falta do acordo de cavalheiros, as quotas de mercado dos produtores japoneses no EEE teriam sido equivalentes às que detinham no mercado mundial.

30. Mais especificamente, quanto ao caráter proporcionado da coima, o Tribunal Geral considerou que não era adequado ter em conta as vendas efetivas dos produtores japoneses no EEE, uma vez que isso equivaleria, neste caso, a recompensar a Toshiba por ter respeitado os termos do acordo de cavalheiros. Além disso, o Tribunal Geral declarou que uma metodologia que tenha em consideração as quotas do mercado mundial, no que respeita ao acordo de partilha de mercado entre empresas concorrentes a nível mundial, garante uma representação mais apropriada da capacidade dessas empresas para prejudicarem gravemente os restantes operadores no mercado europeu e fornece uma indicação da sua contribuição para a eficácia do cartel no seu todo ou, inversamente, da instabilidade que teria reinado dentro do cartel se essas empresas não tivessem participado nele. Por último, o Tribunal Geral considerou que essa abordagem permitia ter em conta as eventuais barreiras à entrada suscetíveis de existir nos diferentes segmentos do mercado mundial.

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

31. A Toshiba conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido, na medida em que julgou improcedente o pedido da Toshiba de anulação dos artigos 1.º e 2.º da decisão controvertida, e anular a referida decisão;
- a título subsidiário, remeter o processo ao Tribunal Geral para que este se pronuncie sobre as questões de direito em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça;
- condenar a Comissão nas despesas da primeira instância e do presente recurso.

32. Em apoio do seu recurso, a Toshiba invoca quatro fundamentos.

33. Com o primeiro fundamento, a Toshiba alega que o Tribunal Geral aplicou um critério jurídico errado, ao considerar que os produtores japoneses de transformadores elétricos eram potenciais concorrentes no mercado do EEE, devido a que as barreiras à entrada no mercado do EEE não eram inultrapassáveis e devido à própria existência do acordo de cavalheiros. Segundo a Toshiba, o Tribunal Geral deveria ter verificado se os produtores japoneses tinham possibilidades reais e concretas de entrar no mercado do EEE e se essa entrada poderia ter sido uma estratégia economicamente viável. Não havendo concorrência potencial entre os produtores japoneses e europeus, o acordo de cavalheiros não podia violar o artigo 81.º CE e a Comissão não tinha competência para iniciar um processo. O acórdão recorrido e a decisão recorrida deveriam, consequentemente, ser anulados no que se refere à Toshiba.

34. Com o segundo fundamento, a Toshiba alega que o Tribunal Geral falseou o conteúdo de uma carta em que outra parte presente no processo (a saber, a Hitachi) afirmou que não contestaria os pedidos da Comissão. A Comissão considerou que essa carta prevalecia sobre as declarações anteriores dessa empresa segundo as quais não tinha realizado vendas no mercado do EEE. Segundo a Toshiba, trata-se de uma desvirtuação dos elementos de prova em que o Tribunal Geral se baseia para concluir que as barreiras à entrada no mercado do EEE não eram inultrapassáveis.

35. Com o terceiro fundamento, a Toshiba alega que o Tribunal Geral, ao considerar que a acusação da Toshiba relativa à sua não participação na reunião de Zurique em 2003 era «inoperante», apresentou uma fundamentação contraditória e aplicou um critério errado a respeito do distanciamento público, violando assim o princípio da responsabilidade pessoal. Por conseguinte, o acórdão recorrido e a decisão controvertida deveriam ser anulados na medida em que concluem que a Toshiba continuou a participar no acordo de cavalheiros até maio de 2003.

36. Com o quarto fundamento, a Toshiba alega, por último, que o Tribunal Geral interpretou incorretamente o ponto 18 das Orientações para o cálculo de coimas ao basear-se nas suas vendas mundiais como referência representativa do seu peso na infração.

37. Pelo seu lado, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne negar provimento ao recurso e condenar a Toshiba nas despesas da instância.

V – Apreciação

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

38. Com o seu primeiro fundamento, a Toshiba sustenta que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao qualificar o acordo de cavalheiros de restrição da concorrência por objetivo. Segundo a Toshiba, para chegar a esta conclusão, o Tribunal Geral deveria ter verificado se a eventual entrada no mercado do EEE representava, para os produtores japoneses, uma estratégia economicamente viável. Ora, o Tribunal Geral tinha-se limitado a constatar que as partes podiam ser consideradas concorrentes potenciais devido, por um lado, à inexistência de barreiras inultrapassáveis à entrada no mercado do EEE e, por outro, ao facto da própria existência do acordo de cavalheiros.

39. Por conseguinte, este fundamento suscita, em substância e mais uma vez, a questão da definição da restrição da concorrência por objetivo e das suas consequências processuais em termos de prova.

1. Observações gerais e preliminares sobre a definição da restrição da concorrência por objetivo

40. Para ser abrangido pela proibição enunciada no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, um acordo, uma decisão de associação de empresas ou uma prática concertada deve ter «por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno».

41. Por conseguinte, a distinção entre as restrições da concorrência por objetivo ou por efeito é inerente ao Tratado. Sem ser novidade, impõe-se concluir que essa diferença esteve no centro de diversos processos que suscitaram uma atenção crítica da doutrina nestes últimos anos³.

42. A este propósito, parece sem dúvida desejável uma clarificação da jurisprudência.

a) Ensino jurisprudencial relativo à distinção entre restrição da concorrência por objetivo e restrição da concorrência por efeito

43. O carácter alternativo do requisito relativo à existência de um acordo ou de uma prática concertada que tenha «por objetivo ou efeito» restringir a concorrência referido no artigo 101.º, n.º 1, TFUE foi afirmado pelo Tribunal de Justiça já nos meados dos anos sessenta com o acórdão LTM (56/65, EU:C:1966:38) e não deixou de ser confirmado desde então⁴.

44. Antes de mais, o Tribunal Geral de Justiça esclareceu que o carácter não cumulativo, mas alternativo do referido requisito, marcado pela conjunção «ou», leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio objetivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo devia ser aplicado⁵.

3 — Acórdãos *Beef Industry Development Society e Barry Brothers* (C-209/07, EU:C:2008:643); *T-Mobile Netherlands e o.* (C-8/08, EU:C:2009:343); *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610); *Football Association Premier League e o.* (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631); *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649); *Allianz Hungária Biztosító e o.* (C-32/11, EU:C:2013:160); *Siemens e o./Comissão* (C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866), e *CB/Comissão* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

4 — Acórdãos *Beef Industry Development Society e Barry Brothers* (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 15); *T-Mobile Netherlands e o.* (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 28), e *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 55).

5 — Acórdãos *LTM* (56/65, EU:C:1966:38); *Beef Industry Development Society e Barry Brothers* (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 15); *T-Mobile Netherlands e o.* (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 28); *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 55), e *Allianz Hungária Biztosító e o.* (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 33).

45. Com efeito, só na hipótese, subsidiária, de a análise das cláusulas do acordo em causa não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência é que haverá que examinar os efeitos do acordo. Nesse caso, para que este seja proibido, exigir-se-á que estejam reunidos os elementos que provem que o jogo da concorrência foi, de facto, quer impedido, quer restringido, quer falseado de modo sensível⁶.

46. Por conseguinte, a tomada em consideração dos efeitos concretos do acordo é supérflua quando se verifica que este tem por objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno⁷. Por outras palavras, não é necessário examinar os efeitos de um acordo a partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado⁸.

47. Para apreciar esse carácter, deve atender-se, nomeadamente, ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere⁹. Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar a natureza restritiva de uma prática concertada ou de um acordo, nada impede que a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta¹⁰.

48. Por outro lado, basta que o acordo seja *suscetível* de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, isto é, que seja em concreto apto, tendo em conta o contexto jurídico e económico em que se insere, para impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum¹¹. Como sublinhava o advogado-geral N. Wahl nas suas conclusões no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), embora a apreciação «mais estandardizada, a que conduz o recurso ao conceito de restrição por objetivo, pressup[onha] um exame circunstanciado e individual do acordo controvertido, [este] deve claramente distinguir[-se] da análise dos efeitos reais ou potenciais dos comportamentos imputados das empresas»¹².

49. Com efeito, essa distinção entre as «restrições por objetivo» e as «restrições por efeito» assenta na constatação de que determinadas formas de conluio entre empresas podem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência¹³.

50. Por conseguinte, é «pacífico que determinados comportamentos colusórios, como os que levam à fixação horizontal dos preços por cartéis, podem ser considerados de tal modo suscetíveis de terem efeitos negativos, em especial, sobre o preço, a quantidade ou a qualidade dos produtos e dos serviços que se pode considerar inútil, para efeitos de aplicação do artigo [101.º, n.º 1, TFUE], demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado»¹⁴. Em contrapartida, «[s]e a análise de um tipo de

6 — Acórdãos LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 15); T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 28); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 55), e Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 34).

7 — Acórdãos Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, EU:C:1966:41); Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 16), e T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 29).

8 — Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 30); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 55), e Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 34).

9 — Acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 58). V. também, a propósito de uma prática concertada, acórdão T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 27).

10 — Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 27); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 58); Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 37), e CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 54).

11 — Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 31) e Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 38).

12 — N.º 40. V., também, n.º 44.

13 — Acórdãos Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 17); T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 29); Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 35); CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 50), e Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão (C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 114).

14 — Acórdão CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 51).

coordenação entre empresas não apresentar um grau suficiente de nocividade para a concorrência, há que examinar [...] os seus efeitos e, para que a mesma possa ser objeto da proibição, exigir que estejam reunidos os elementos que determinam que a concorrência foi, de facto, impedida, restringida ou falseada de forma sensível»¹⁵.

51. Não é usurpar a expressão qualificar esta jurisprudência de constante.

52. Todavia, num dos acórdãos mais recentes entre os referidos anteriormente, o acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160), o Tribunal de Justiça acrescentou diversos elementos a ter em conta na apreciação do contexto económico e jurídico que vieram perturbar a consequência probatória da distinção entre «restrição por objetivo» e «restrição por efeito».

53. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, «[n]o âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa»¹⁶. Isso significa concretamente que o órgão jurisdicional encarregado de avaliar o risco de eliminação ou de grave enfraquecimento da concorrência no mercado em causa «deverá, designadamente, ter em consideração a estrutura desse mercado, a existência de canais de distribuição alternativos e a sua importância respetiva, bem como o poder de mercado das [sociedades] em causa»¹⁷.

54. A este respeito partilho da constatação do advogado-geral N. Wahl nas suas conclusões no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) segundo o qual essa orientação jurisprudencial parece «ter dificultado a necessária distinção entre o exame do objetivo anticoncorrencial e a análise dos efeitos concorrenciais dos acordos entre as empresas»¹⁸. Como ele, penso que a «linha de demarcação entre os respetivos conceitos de restrições por objetivo ou por efeito [não pode ser esbatida e] que o recurso a este conceito deve ser enquadrado de uma forma mais clara»¹⁹. Parece-me que o presente recurso oferece ao Tribunal de Justiça uma nova oportunidade de clarificar a sua jurisprudência; voltarei a esta questão depois de apresentar as vantagens e a necessidade dessa demarcação.

b) Interesse da distinção entre restrição da concorrência por objetivo e restrição da concorrência por efeito

55. Ninguém põe em dúvida o carácter alternativo da condição relativa à existência de um acordo ou de uma prática concertada que «tenha por objetivo ou efeito» restringir a concorrência inerente à redação do artigo 101, n.º 1, TFUE.

15 — *Ibidem* (n.º 52).

16 — Acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 36).

17 — *Ibidem* (n.º 48).

18 — N.º 46.

19 — N.º 52. Não me parece que o Tribunal de Justiça tenha procedido expressamente a essa clarificação no acórdão CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

56. O interesse desta distinção é probatório: perante uma restrição por objetivo, a prova dos seus efeitos anticoncorrenciais atuais ou potenciais não é necessária para mobilizar o dispositivo de incompatibilidade²⁰. Com efeito, a constatação de um objetivo anticoncorrencial é suficiente para a qualificação de restrição da concorrência e, conseqüentemente, para a condenação²¹. Se o objetivo anticoncorrencial do acordo considerado (ou da prática concertada) estiver demonstrado, o inquérito pode parar, a infração está provada sem que os efeitos, atuais ou potenciais, do referido acordo (ou da prática concertada) na concorrência, tenham que ser demonstrados²².

57. Segundo alguns, as restrições por objetivo acarretam uma «presunção» de ilegalidade²³. No entanto, a utilização deste termo é fonte de confusão. Como muito bem explicou a advogada-geral J. Kokott nas suas conclusões apresentadas no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110), não se pode entender que da proibição das restrições da concorrência por objetivo «decorre apenas uma espécie de presunção de ilicitude, que pode ser ilidida, se, no caso concreto, não se comprovar a existência de quaisquer efeitos negativos no mercado. Tal interpretação conduziria a que as duas disposições do artigo [101.º], n.º 1, [TFEU] fossem incorretamente misturadas: por um lado, a proibição de acordos com *objetivos* anticoncorrenciais e, por outro, a proibição de acordos com *efeitos* anticoncorrenciais»²⁴.

58. As vantagens desta dicotomia são conhecidas. Apreendido sob o ângulo processual, explicado anteriormente, o recurso ao conceito de objetivo anticoncorrencial 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 [...]. 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»²⁵.

59. Todavia, como esclareceu o advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 36), estas vantagens só se verificarão e só se justificarão se o recurso ao conceito de restrição por objetivo estiver claramente circunscrito. Com efeito, e eu partilho a este respeito do ponto de vista expresso pela advogada-geral J. Kokott nas suas conclusões apresentadas no processo

20 — Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, n.º 574.

21 — Prieto, C. e Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelas, 2013, n.º 566.

22 — V., nomeadamente, Geradin, D., Layne-Farrar, A. e Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, n.º 3-114, p. 135 e Whish, R. e Bailey, D., *Competition law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 119 e p. 120. V., também, Graham, C., «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*», *EL Rev.*, 2013 (38), pp. 542 a 551, especialmente p. 543; Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n.º 4, pp. 541 a 564, especialmente p. 543; Harrison, D., «The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences», *Competition Law Insight.*, 2013, vol. 12, pp. 10 a 12, especialmente p. 10; Idot, L. e Prieto, C., «La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'objet anticoncurrentiel», *Revue des contrats*, 2013, pp. 955 a 959, especialmente p. 957.

23 — Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelas, 2013, n.º 8; Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, n.º 594; Bourgeois, J. H. J., «On the Internal Morality of EU Competition Law», in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelas, 2014, pp. 347 a 374, especialmente p. 350; Waelbroeck, D. t Slater, D., «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J. e Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, pp. 131 a 157, especialmente p. 135 e p. 137. V. também, sentido, conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2012:663, n.º 64).

24 — N.º 45.

25 — Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 35, o sublinhado é meu). Como salientam Geradin, D., Layne-Farrar, A. e Petit, N., «In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny» (Geradin, D., Layne-Farrar, A. e Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, n.º 3-118, p. 136). Sobre essa vantagem, v., também, Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n.º 4, pp. 541 a 564, especialmente p. 545 e Graham, C., «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*», *EL Rev.*, 2013 (38), pp. 542 a 551, especialmente p. 547.

T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110), por um lado, o conceito de acordo ou de prática concertada com um 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 101.º, n.º 1, TFUE, mas, por outro lado, o conceito não deve igualmente ser interpretado de forma exageradamente restritiva, sob pena de suprimir, na prática, a proibição das restrições da concorrência por objetivo consagradas pelo direito primário²⁶.

60. A este respeito, há que reconhecer que o acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160) foi entendido como suscetível, se não de eliminar, pelo menos de esbater a distinção entre restrição por objetivo e restrição por efeito²⁷, quando é indispensável dispor de uma definição clara da restrição por objetivo e dos critérios necessários para a sua determinação²⁸.

61. Com efeito, conforme referido anteriormente, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça esclarece o órgão jurisdicional nacional que o interrogava a título prejudicial que, no âmbito da apreciação do contexto económico e jurídico, este deveria, «designadamente, ter em consideração a estrutura desse mercado, a existência de canais de distribuição alternativos e a sua importância respetiva, bem como o poder de mercado das [sociedades] em causa»²⁹.

62. Todavia, penso que é possível conciliar a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, conforme recordada anteriormente, com este acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160).

c) Critérios necessários à determinação de uma restrição da concorrência «por objetivo»

63. Como já recordei no âmbito da análise da jurisprudência pertinente, não é necessário examinar os efeitos de um acordo a partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado³⁰. Em contrapartida e consequentemente, é indispensável determinar o objetivo anticoncorrencial do acordo em questão.

64. Para apreciar esse caráter, a intenção das partes não é um elemento necessário mas pode ser, se for caso disso, tomado em consideração³¹. Em contrapartida, há que ter em conta o teor das disposições do acordo, os objetivos que este pretende atingir, e o contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere³².

26 — Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 46).

27 — A propósito desse acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160): «[a] fundamentação do Tribunal de Justiça parece mitigar a distinção entre as duas qualificações. Demasiada subtilidade pode comprometer o entendimento não só das empresas, mas também a prática decisória das autoridades de concorrência e dos órgãos jurisdicionais nacionais. *Tal dilação da restrição por objetivo é fonte de confusão*. Pode conduzir ao seu desaparecimento de facto, o que constituiria o triunfo da abordagem baseada nos efeitos» (Prieto, C. e Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelas, 2013, n.º 582; o sublinhado é meu); «the Court of Justice seems propose a new approach which would blur the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition» (Graham, C., «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*», *EL Rev.*, 2013 (38), pp. 542 a 551, especialmente p. 542, *Abstract*; o sublinhado é meu); «the Court of Justice's judgment in *Allianz Hungária* would seem to blur this distinction» (Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after *Allianz*: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n.º 4, pp. 541 a 564, especialmente p. 547; o sublinhado é meu).

28 — V., neste sentido, Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelas, 2013, n.º 66: «Since the effect category can be deduced from the object one, it is crucial to have a clear definition of what is anticompetitive by object» (o sublinhado é meu).

29 — Acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 48).

30 — Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 30); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 55), e Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 34).

31 — Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 27); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 58); Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 37), e CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 54).

32 — Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 27, a propósito de uma prática concertada) e GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 58).

65. Efetivamente, embora os efeitos anticoncorrenciais não tenham que ser demonstrados no quadro de uma restrição da concorrência por objetivo, não deixa de ser verdade que a restrição da concorrência em questão deve ser evidentemente de natureza a produzir um impacto mínimo no mercado³³.

66. Por outras palavras, para retomar a expressão do advogado-geral N. Wahl nas suas conclusões apresentadas no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 41), o exame da questão de saber se um contrato tem um objetivo restritivo não pode ser *desligado* do contexto económico e jurídico em que as partes o celebraram³⁴.

67. O contexto económico e jurídico serve para ajudar a autoridade responsável pela análise da restrição por objetivo alegada a *compreender* a função económica e o significado real do acordo³⁵.

68. Conforme explicava a advogada-geral J. Kokott nas suas conclusões apresentadas no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 46), ter em conta o contexto económico e jurídico significa, por conseguinte, que o acordo controvertido tem apenas de ser *concretamente* apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

69. Com efeito, importa não perder de vista que a vantagem em termos de previsibilidade e de redução do ónus da prova que envolve a identificação dos acordos restritivos por objetivo ficaria «comprometida se essa identificação [carecesse], em última análise, de um exame aprofundado das consequências do referido acordo sobre a concorrência, que fosse muito além do exame circunstanciado do acordo»³⁶.

70. No entanto, uma abordagem superficial só pode ser justificada em presença de comportamentos, e aqui retomo de novo uma expressão do advogado-geral N. Wahl, que apresentem *um risco intrínseco de efeito prejudicial particularmente grave*³⁷, isto é, as restrições que apresentem intrinsecamente um determinado grau de nocividade³⁸.

71. Por outro lado, esta forma de proceder está em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual «o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência ‘por objetivo’ reside na constatação de que essa coordenação apresenta, em si mesma, um grau suficiente de nocividade para a concorrência»³⁹.

33 — «[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. [...] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction» (Whish, R., e Bailey, D., *Competition law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 120). V. também, neste sentido, conclusões do advogado-geral J. Mazák no processo Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): «embora determinadas formas de acordo, pela experiência passada, pareçam ser *prima facie* infrações por objetivo, nem a Comissão nem a autoridade nacional da concorrência estão liberadas de realizar uma apreciação individual de um acordo. Considero que tal apreciação não pode ser totalmente dispensada, mesmo que possa ser bastante incompleta em determinados casos, como por exemplo, quando existem elementos evidentes de que um cartel horizontal procura dominar a produção para manter os preços» (n.º 27).

34 — Para ilustrar o seu propósito, o advogado-geral N. Wahl, serve-se de um exemplo eloquente ao referir-se a «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. [Ora, e]mbora 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» [conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 42)]. V. também, neste sentido, Waelbroeck, D. e Slater, D., «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J. e Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, pp. 131 a 157, especialmente p. 135 e p. 146.

35 — V., neste sentido, Nagy, C. I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n.º 4, pp. 541 a 564, especialmente p. 558.

36 — Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 60).

37 — Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 55).

38 — *Ibidem* (n.º 58).

39 — Acórdão CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 57).

72. Concretamente, considero que a experiência acumulada desde há mais de sessenta anos autoriza, doravante, que se considere que as hipóteses previstas no artigo 101.º, n.º 1, TFUE respondem à exigência de nocividade intrínseca.

73. Entender a enumeração desta disposição como o «núcleo duro» das restrições da concorrência por objetivo⁴⁰ responde ao duplo imperativo que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça e que pretende, por um lado, que os tipos de acordos enunciados no artigo 101.º, n.º 1, TFUE não formem uma lista taxativa dos conluíus proibidos⁴¹, ao mesmo tempo que precisa, por outro lado, que o conceito de restrição da concorrência por objetivo não pode ser interpretado de maneira extensiva⁴².

74. Com efeito, relativamente aos acordos expressamente previstos no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, não há que afastar a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual a existência de uma explicação alternativa plausível dos comportamentos em causa (no caso em apreço, a inexistência de interesse comercial), não deve levar a fazer exigências mais estritas quanto às provas a produzir⁴³. Em contrapartida, embora não se exclua que outros tipos de acordos, atípicos ou complexos, possam ter um objetivo suscetível de impedir, de restringir ou de falsear a concorrência, a sua proibição carece de uma análise mais aprofundada do contexto económico e jurídico no qual se inscrevem, sem todavia levar essa análise até ao estudo dos efeitos do acordo.

75. Os recentes acórdãos Siemens e o./Comissão (C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866) e Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160) não são contraditórios e podem inscrever-se no quadro que proponho.

76. No primeiro daqueles acórdãos, era pedido ao Tribunal de Justiça, nomeadamente, para analisar a aplicação pelo Tribunal Geral dos princípios que regulam o ónus e a administração da prova em matéria de restrições da concorrência por objetivo. Por conseguinte, a sua decisão é perfeitamente pertinente para o problema que nos ocupa. Ora, o Tribunal de Justiça não só considerou que «os acordos que visam a repartição de mercados têm, em si próprios, um objetivo restritivo da concorrência e enquadram-se numa categoria de acordos expressamente proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE»⁴⁴ mas, além disso, deduziu que «[t]al objetivo não [podia] ser justificado através de uma análise do contexto económico no qual se inscreve o comportamento anticoncorrencial»⁴⁵.

77. Em contrapartida, no segundo daqueles acórdãos, o Tribunal de Justiça era confrontado com uma situação que qualificou de atípica — e que, em todo o caso, não integra nenhuma das categorias previstas no artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Esta particularidade explica que o Tribunal de Justiça tenha feito dois esclarecimentos relativos à análise do contexto económico e jurídico.

78. Antes de mais, declarou que, no âmbito da apreciação do referido contexto, havia «que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa»⁴⁶.

40 — É em certa medida a ideia do «object box» defendida por alguns autores.

41 — Acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 23).

42 — Acórdão CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 58). A interpretação estrita das restrições por objetivo é inerente à «presunção» de ilegalidade que acarretam: «The finding of ‘restriction by object’ must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence» (Waelbroeck, D. e Slater, D., «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J. e Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, pp. 131 a 157, especialmente p. 156).

43 — Acórdão Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão (C-403/04 P e C-405/04 P, EU:C:2007:52, n.º 45).

44 — Acórdão Siemens e o./Comissão (C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866, n.º 218). O sublinhado é meu.

45 — *Idem*.

46 — Acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 36).

79. Em seguida, acrescentou, em resposta ao órgão jurisdicional nacional que o interrogava a título prejudicial, que este deveria, para avaliar o risco de eliminação ou de grave enfraquecimento da concorrência, ter em consideração a estrutura desse mercado, mas também «a existência de canais de distribuição alternativos e a sua importância respetiva, bem como o poder de mercado das [sociedades] em causa»⁴⁷.

80. Na minha opinião, o enunciado daqueles critérios suplementares que acompanham a análise dos efeitos de um acordo ou de um cartel é explicado apenas pela especificidade dos factos que estão na origem do pedido de decisão prejudicial e por uma vontade do Tribunal de Justiça de dar ao órgão jurisdicional de reenvio a resposta mais completa possível.

81. Com efeito, nesse processo estavam em causa uma série de acordos, nos termos dos quais sociedades de seguro automóvel estabeleciam bilateralmente, quer com concessionários automóvel a operar como oficinas de reparação, quer com uma associação representante destes últimos, uma taxa horária a pagar pela sociedade de seguros pela reparação de veículos segurados por si, prevendo que essa taxa dependeria, entre outros, do número e da proporção de contratos de seguro que o concessionário tivesse comercializado na qualidade de intermediário dessa sociedade⁴⁸.

82. Por conseguinte, os referidos concessionários tinham um vínculo duplo com as seguradoras. Por um lado, reparavam, em caso de sinistro, os veículos segurados por conta das seguradoras e, por outro, atuavam como intermediários destas últimas, propondo, na qualidade de mandatários dos seus próprios mediadores de seguro ou de mediadores associados, seguros automóveis aos seus clientes por ocasião da venda ou da reparação de veículos.

83. Por conseguinte, considerado isoladamente, cada um dos acordos não era, em si, prejudicial ao bom funcionamento da concorrência normal no mercado pertinente (o da reparação de veículos sinistrados, por um lado, o da atividade de mediação de seguros automóvel, por outro). Todavia, analisados em conjunto e na sua globalidade, não se podia excluir que os referidos acordos tinham esse impacto.

84. Os elementos de apreciação particulares enunciados no n.º 48 do acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160) — a saber, a tomada em consideração da existência de canais de distribuição alternativos, da sua importância respetiva, bem como do poder de mercado das seguradoras em causa — são, conseqüentemente, específicos desse processo e não podem ser generalizados, sob pena de gerar confusão entre as restrições por objetivo e as restrições por efeito.

85. A jurisprudência posterior ao acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160) confirma o seu caráter específico e isolado.

86. Com efeito, o Tribunal de Justiça continuou a recordar que, para apreciar se um acordo entre empresas ou uma decisão de associação de empresas apresentava um grau suficiente de nocividade, se devia atender ao conteúdo das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico no qual ele se insere. Ora, embora, a propósito da apreciação desse contexto, o Tribunal de Justiça pareça atualmente retomar determinados fatores enunciados pela primeira vez no

47 — *Ibidem* (n.º 48).

48 — Esta especificidade é explicada pelo facto de os concessionários húngaros terem a faculdade de atuar como intermediários ou mediadores de seguros automóvel por conta dos seus clientes no momento da venda ou da reparação de veículos.

acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160) ao fazer referência à natureza dos bens ou dos serviços afetados e às condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em questão⁴⁹, deixa de acrescentar os critérios aprofundados próprios do caso concreto na origem do referido acórdão.

d) Tentativa de síntese na apreciação das hipóteses de restrição da concorrência por objetivo

87. No fim destas observações gerais e preliminares sobre a definição da restrição da concorrência por objetivo, distingo duas hipóteses.

88. O princípio é idêntico nos dois casos: a fim de apreciar se um acordo entre empresas (ou uma decisão de associação de empresas) apresenta, pela sua própria natureza, um grau suficiente de nocividade para ser considerado uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, deve atender-se ao teor das suas disposições, ao seu objetivo, isto é aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere. *Mutatis mutandis*, este princípio também se aplica às práticas concertadas.

89. Se a conclusão desta análise for positiva e que o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada pertencem a uma categoria expressamente abrangida no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a análise do contexto económico e jurídico pode ser feita separadamente.

90. Se, pelo contrário, resultar dessa mesma análise que o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada não se enquadram numa das hipóteses abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE ou que apresentam características que tornam o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada atípica ou complexa, a análise do contexto económico e jurídico deve ser mais aprofundada.

91. Neste último caso, a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do ou dos mercados em questão poderão ser tomadas em conta na apreciação do contexto económico e jurídico, bem como, em situações excecionais, as características suplementares mencionadas no n.º 48 do acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160). Além disso, embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um acordo, de uma decisão de associação de empresas ou de uma prática concertada, nada impede que seja levada em conta⁵⁰.

2. Quanto à apreciação da existência de uma restrição por objetivo no caso em apreço

92. Com o seu primeiro fundamento, a Toshiba sustenta que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que «um acordo como o acordo de cavaleiros, que se destina a proteger os produtores europeus no seu território de uma concorrência real ou potencial oriunda dos produtores japoneses, é suscetível de restringir a concorrência, a menos que existam barreiras inultrapassáveis à entrada no mercado europeu que excluam qualquer concorrência potencial por parte dos produtores japoneses»⁵¹.

49 — Trata-se dos critérios enunciados no n.º 36 do acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 36) e retomados, subsequentemente, nos acórdãos CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 53) e Dole Food t Dole Fresh Fruit Europe/Comissão (C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 117). V., também, conclusões da advogada-geral J. Kokott nos processos apensos Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2014:2439, n.º 209) e do advogado-geral N. Wahl no processo ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, n.º 41).

50 — Acórdãos T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 27); GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 58); Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 37), e CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 54).

51 — N.º 230 do acórdão recorrido.

93. De acordo com a Toshiba, o Tribunal Geral devia ter verificado se havia possibilidades reais e concretas de os fabricantes japoneses entrarem no mercado e se essa entrada era uma estratégia económica viável. Foi erradamente que o Tribunal Geral se contentou em verificar se as barreiras à entrada eram inultrapassáveis e concluiu que «a Comissão podia, conseqüentemente, limitar-se a demonstrar que as barreiras à entrada no mercado não eram inultrapassáveis»⁵².

94. Além disso, o Tribunal Geral também cometeu um erro de direito ao apoiar-se na existência do acordo de cavalheiros para demonstrar a existência de uma relação concorrencial entre os fabricantes japoneses e os fabricantes europeus quando decidiu que «a própria existência do acordo de cavalheiros constitui um forte indício da existência de uma relação concorrencial entre os produtores japoneses e os europeus»⁵³.

95. Por conseguinte, o que a Toshiba critica é, no essencial, a resposta do Tribunal Geral ao argumento que lhe foi apresentado segundo qual a Comissão não tinha procedido a uma análise económica detalhada da situação.

96. Ora, a este respeito, impõe-se constatar que o Tribunal Geral declarou, previamente aos pontos criticados:

- por um lado, que o artigo 81.º, n.º 1, CE proíbe os acordos que tenham por objetivo ou por efeito restringir a concorrência e que, portanto, não era necessário demonstrar os efeitos concretos de um acordo quando este tem por objetivo restringir a concorrência (n.º 227 do acórdão recorrido), e
- por outro, que a Comissão tinha entendido «com razão que, enquanto acordo de repartição de mercado, o acordo de cavalheiros devia ser qualificado de restrição por objetivo» (n.º 228 do acórdão recorrido) e que, conseqüentemente «foi acertadamente que declarou [...] que não estava obrigada a demonstrar que [o acordo] tinha tido efeitos anticoncorrenciais» (n.º 228 do acórdão recorrido).

97. Esta análise parece-me em perfeita conformidade com a abordagem que desenvolvi anteriormente.

98. Com efeito, sendo o acordo de cavalheiros a consagração de um cartel informal nos termos do qual os produtores europeus e os produtores japoneses concordaram em abster-se de efetuar vendas no respetivo território do outro grupo, a sua qualificação de restrição por objetivo está em conformidade com a interpretação comum deste tipo de acordo ou cartel⁵⁴.

99. Portanto, em conformidade com as conseqüências probatórias e o alcance da fiscalização ligados ao reconhecimento de uma restrição da concorrência por objetivo, foi com razão que o Tribunal Geral declarou que «um acordo como o acordo de cavalheiros, que visa proteger os produtores europeus no seu território de uma concorrência real ou potencial oriunda dos produtores japoneses, é suscetível de restringir a concorrência, a menos que existam barreiras inultrapassáveis à entrada no mercado europeu que excluam qualquer concorrência potencial por parte dos produtores japoneses [e que] a Comissão podia, por conseguinte, limitar-se a demonstrar que as barreiras à entrada no mercado europeu não eram inultrapassáveis»⁵⁵, o que ela fez ao evocar a penetração de um produtor japonês nesse mercado.

52 — *Idem*.

53 — N.º 231 do acórdão recorrido.

54 — O artigo 101.º, n.º 1, alínea c), visa expressamente as decisões ou as práticas que consistem em «repartir os mercados ou as fontes de abastecimento». V., também, Geradin, D., Layne-Farrar, A. e Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, n.º 3-114, p. 135 e Whish, R., e Bailey, D., *Competition law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 122; Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelas, 2013, n.º 68; Bourgeois, J. H. J., «On the Internal Morality of EU Competition Law», in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelas, 2014, pp. 347 a 374, especialmente p. 351; Harrison, D., «The Allianz Hungária case. The ECJ's judgment could have ugly consequences», *Competition Law Insight.*, 2013, vol. 12, pp. 10 a 12, especialmente p. 10.

55 — N.º 230 do acórdão recorrido.

100. Foi também sem cometer erro de direito que o próprio Tribunal Geral pode considerar o acordo de cavalheiros um «forte indício da existência de uma relação concorrencial entre os produtores japoneses e os europeus»⁵⁶, bem como, aliás, do carácter não insuperável das barreiras à entrada no mercado europeu. Com efeito, o acordo de cavalheiros é, enquanto tal, um elemento do contexto económico e jurídico pertinente.

101. Exigir que o Tribunal Geral verifique «se havia possibilidades reais e concretas de os fabricantes japoneses entrarem no mercado e se essa entrada era uma estratégia económica viável», como sustenta a Toshiba em apoio do seu primeiro fundamento, levaria a impor exigências mais estritas quanto às provas a produzir. Ora, tal exigência seria contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça⁵⁷ e ao quadro proposto nas minhas observações gerais e preliminares.

102. Por conseguinte, há que concluir que o primeiro fundamento é improcedente.

B – Quanto ao segundo fundamento, relativo a uma desvirtuação dos elementos de prova em que o Tribunal Geral se baseia para concluir que as barreiras à entrada no mercado do EEE não eram inultrapassáveis

103. Para demonstrar que as eventuais barreiras à entrada no mercado europeu não eram inultrapassáveis, o Tribunal Geral baseou-se não só na própria existência do acordo de cavalheiros, mas também no facto de uma das empresas japonesas participante no acordo ter aceiteado projetos oriundos de clientes situados na Europa.

104. Pelo contrário, a Toshiba sustentava que a empresa Hitachi tinha afirmado, na sua resposta ao pedido de informações de 28 de fevereiro de 2008 e durante a audiência, que não tinha vendido transformadores elétricos na União ou no EEE durante o período compreendido entre 2001 e 2003. Perante essa afirmação, o Tribunal Geral considerou que «nesse contexto import[ava] recordar que, posteriormente, na sua carta de 30 de março de 2009, a Hitachi [tinha] revisto as suas afirmações e [tinha] declarado que aceitava as conclusões da Comissão relativas à existência e ao alcance do acordo de cavalheiros, conforme expostas na comunicação de acusações»⁵⁸.

105. A Toshiba considera que, deste modo, o Tribunal Geral falseou o conteúdo da carta da Hitachi e fez uma interpretação desvirtuada.

106. De acordo com jurisprudência constante, resulta dos artigos 256.º TFUE e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia que o recurso para este órgão jurisdicional é limitado às questões de direito e que, por conseguinte, o Tribunal Geral tem competência exclusiva para apurar e apreciar a matéria de facto, exceto no caso de a inexatidão material das suas conclusões resultar dos documentos dos autos que lhe foram apresentados. Por outras palavras, salvo no caso de desvirtuação dos elementos de prova produzidos perante o Tribunal Geral, a apreciação da matéria de facto não constitui uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça⁵⁹.

107. Uma desvirtuação alegada dos factos deve resultar de forma manifesta dos documentos dos autos, sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e das provas⁶⁰.

56 — N.º 231 do acórdão recorrido.

57 — Acórdão Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão (C-403/04 P e C-405/04 P, EU:C:2007:52, n.º 45).

58 — N.º 233 do acórdão recorrido.

59 — V. nomeadamente, neste sentido, acórdãos Wunenburger/Comissão (C-362/05 P, EU:C:2007:322, n.º 66); YKK e o./Comissão (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, n.º 44), e Marktgemeinde Straßwalchen e o. (C-531/13, EU:C:2015:79, n.º 38).

60 — V. nomeadamente, neste sentido, acórdãos Wunenburger/Comissão (C-362/05 P, EU:C:2007:322, n.º 67); YKK e o./Comissão (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, n.º 44), e Marktgemeinde Straßwalchen e o. (C-531/13, EU:C:2015:79, n.º 39).

108. Ora, não resulta da análise da carta da Hitachi que o Tribunal Geral tivesse desvirtuado os elementos de facto. Com efeito, é aí referido expressamente que a Hitachi aceita as conclusões sobre a existência e o alcance do acordo de cavalheiros tal como apresentadas na comunicação de acusações. Ora, resulta da própria resposta da Toshiba à comunicação de acusações que a questão da aceitação de três contratos pela Hitachi no mercado europeu já era invocada pela Comissão na referida comunicação de acusações⁶¹.

109. Por conseguinte, o Tribunal Geral pôde constatar nos n.ºs 232 a 234 do acórdão recorrido, sem desvirtuar os elementos de prova que constam da carta da Hitachi, que, depois da sua resposta ao pedido de informações da Comissão de 28 de fevereiro de 2008 e na audiência, esta tinha revisto as suas afirmações e declarado que aceitava as conclusões da Comissão relativas à existência e ao alcance do acordo de cavalheiros conforme expostas na comunicação de acusações.

110. Por outro lado, saliento que o segundo fundamento alegado pela Toshiba em apoio do seu recurso respeita apenas ao n.º 233 do acórdão recorrido. Ora, no número imediatamente anterior, o Tribunal Geral já afirma que a referência feita pela Comissão, na decisão impugnada, à aceitação de três projetos europeus pela Hitachi «demonstra que as barreiras à entrada não eram inultrapassáveis para um produtor japonês». Ora, nem este número nem aqueles em que o Tribunal Geral analisa a questão (e para os quais o Tribunal Geral remete no fim do n.º 233 do seu acórdão)⁶² são criticados pela Toshiba no âmbito do seu recurso.

111. Esta inexistência de crítica por parte da Toshiba contradiz a possibilidade de uma desvirtuação dos factos, na medida em que esta deve, recorde-se, resultar de forma manifesta dos autos sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e da prova.

112. Por conseguinte, há que concluir que a análise da carta da Hitachi não revela que o Tribunal Geral tenha desvirtuado de forma manifesta a prova que ela contém.

C – Quanto ao terceiro fundamento, relativo à duração da participação da Toshiba na infração, baseado numa fundamentação contraditória e numa desvirtuação das provas, numa aplicação errada do distanciamento público e na violação do princípio da responsabilidade pessoal

113. O terceiro fundamento alegado pela Toshiba diz respeito à duração da sua participação no acordo de cavalheiros. Este fundamento está subdividido em três partes. Em primeiro lugar, o acórdão do Tribunal Geral apresenta uma fundamentação contraditória em relação aos factos e aos elementos de prova apurados anteriormente, o que acarreta a sua desvirtuação. Em segundo lugar, o Tribunal Geral aplicou de forma errada o critério do distanciamento público. Em terceiro lugar, violou o princípio da responsabilidade pessoal ao considerar que o argumento da Toshiba respeitante à sua não participação na reunião de Zurique era «inoperante». A segunda e terceira partes visam, na realidade, as mesmas considerações do Tribunal Geral e analisá-las-ei conjuntamente.

1. Quanto à fundamentação contraditória e à desvirtuação das provas

114. Segundo a Toshiba, o Tribunal Geral contradisse-se ao declarar, por um lado, no n.º 208 do acórdão recorrido, que a Toshiba «tinha excluído a sua participação em futuras reuniões» e ao decidir, por outro lado, que «havia dúvidas em relação à futura participação da recorrente no acordo de cavalheiros» (n.º 209 do acórdão recorrido) e que a sua participação ia depender da da TM T&D (n.º 211 do acórdão recorrido).

61 — V. n.ºs 83 a 88 da resposta da Toshiba à comunicação de acusações, anexo A.03.24a do recurso.

62 — Isto é, n.ºs 59 a 62 do acórdão recorrido.

115. Estas alegações da Toshiba procedem seguramente de uma leitura parcial do acórdão recorrido e dos documentos invocados em seu apoio.

116. Com efeito, o que o Tribunal Geral conclui, no n.º 208 do seu acórdão, é que, na sequência da criação da empresa comum TM T&D, a participação de Toshiba nas futuras reuniões devia ainda ser decidida. O Tribunal Geral deduziu de alguns documentos que a Toshiba tinha excluído, é certo, a sua participação nessas reuniões a título individual, mas os outros participantes tinham indicado claramente que, sem a Toshiba, não havia interesse em manter o acordo de cavalheiros.

117. Muito logicamente, depois de ter salientado, no n.º 210 do acórdão recorrido, que não se podia deduzir de nenhum documento que, durante a reunião de Viena, a Toshiba se tinha distanciado do acordo de cavalheiros, o Tribunal Geral prossegue concluindo, no n.º 211 do acórdão, «que também resulta dos documentos invocados pela recorrente que, depois de anunciar que a participação da TM T&D nas futuras reuniões tinha ainda que ser decidida e que a sua participação dependeria dessa decisão, as empresas participantes nessa reunião confirmaram, mesmo assim, o acordo de cavalheiros e as regras de notificação de projetos abrangidos por esse cartel».

118. Contrariamente ao que a Toshiba sustenta, cada um dos documentos invocados confirma as incertezas relativas, por um lado, à presença da Toshiba na reunião seguinte e, por outro, à continuação da sua participação no acordo de cavalheiros, a título individual ou por intermédio da TM T&D.

119. Antes de demais, segundo o memorando da reunião de Viena redigido por Okamoto (Fuji), a participação da Toshiba nas reuniões posteriores à criação da empresa comum ainda não tinha sido decidida. Embora se acrescente, num parêntesis, que «[n]ão se espera uma decisão mitigada como a que consiste em continuar enquanto [Toshiba]», esta frase é imediatamente seguida da menção «Sim ou Não». Além do carácter acessório deste elemento, indicado pela utilização do parêntesis, o aditamento da alternativa «sim ou não» indica indiscutivelmente que se trata de uma primeira impressão que ainda não tinha sido objeto de decisão⁶³.

120. Em seguida, ao contrário do que a Toshiba sugere, a nota interpretativa em anexo à declaração da Fuji à Comissão a título da clemência não se limita a afirmar que «a possibilidade de a Toshiba assistir às reuniões depois da criação da TM T&D (ao passo que a Mitsubishi não assiste) foi refutada pela Toshiba», mas refere também que «uma vez que a Mitsubishi deixou de participar nessas reuniões, devia ser tomada uma decisão para saber se TM T&D será autorizada a participar nas referidas reuniões»⁶⁴.

121. Por último, não é correto afirmar que a ata da reunião de Viena não é clara quando esta refere sem nenhuma ambiguidade que a participação da Toshiba nas próximas reuniões «será decidida relativamente depressa» e esclarece ainda que as futuras reuniões só terão sentido se a sua participação continuar. Além disso, este ponto da ata termina com a afirmação de que esta questão será o ponto principal da próxima reunião⁶⁵. Enquanto isso, o acordo de cavalheiros foi confirmado⁶⁶.

63 — O documento original, em inglês, está redigido nos seguintes termos: «Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)» (memorando interno da Fuji relativo à reunião de Viena, redigido por Okamoto, anexo A.14 do recurso).

64 — O documento original, em inglês, está redigido nos seguintes termos: «In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings [...], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba». (Declaração da Fuji à Comissão a título da clemência, anexo A.16 do recurso).

65 — O documento original, em inglês, está redigido nos seguintes termos: Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic.» (ata da reunião de Viena, Siemens/Hitachi, anexo A.15 do recurso).

66 — O documento original, em inglês, está redigido nos seguintes termos, com o título «3. GA and Inhouse business»: «Confirmation on rules: GA enquiries via Secs» (ata da reunião de Viena, Siemens/Hitachi, anexo A.15 do recurso).

122. Consequentemente, importa concluir que a análise dos documentos nos quais o Tribunal Geral se baseou não demonstra que o Tribunal Geral tenha desvirtuado de forma manifesta os elementos de facto neles contidos nem que o tenha levado a uma contradição no seu raciocínio.

2. Quanto à aplicação errada do critério do distanciamento público e à violação do princípio da responsabilidade pessoal

123. Segundo a Toshiba, o Tribunal Geral aplicou erradamente o critério do distanciamento público ao julgar improcedente, no n.º 218 do acórdão recorrido, o seu argumento relativo ao facto de não ter participado na reunião de Zurique após a criação da TM T&D, qualificando-o de inoperante. Por outras palavras, a Toshiba considera, remetendo para os n.ºs 213 e 220 do acórdão recorrido, que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que a não comparência da Toshiba na reunião de Zurique tinha pouca importância para a apreciação do critério do distanciamento público, quando tinha deduzido anteriormente de documentos que ela tinha invocado que existia uma dúvida a propósito da sua futura participação no cartel.

124. Embora o critério do distanciamento público seja regularmente invocado pelas empresas às quais é imputado um comportamento anticoncorrencial, impõe-se constatar que o mesmo não está muito desenvolvido na jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶⁷ e suscita pouco interesse em doutrina. O acórdão Comap/Comissão (C-290/11 P, EU:C:2012:271) parece-me apropriado para lhe fixar os contornos.

125. Com efeito, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que os conceitos de distanciamento público e de continuidade de uma prática anticoncorrencial «traduzem situações factuais, cuja existência é constatada, casuisticamente, pelo juiz que conhece do mérito, com base na apreciação ‘de um determinado número de coincidências e de indícios’ que lhe foram submetidos e em consequência de uma ‘avaliação global de todas as provas e indícios pertinentes’»⁶⁸. Resulta desta definição que «quando essas provas tenham sido obtidas regularmente e os princípios gerais de direito e as regras processuais em matéria de produção e apreciação de prova tenham sido respeitados, compete exclusivamente ao Tribunal Geral apreciar o valor a atribuir aos elementos que lhe foram submetidos. Essa apreciação não constitui, por isso, exceto em caso de desvirtuamento desses elementos, uma questão de direito sujeita, enquanto tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça»⁶⁹.

126. Esta abordagem, em conformidade com a seguida em jurisprudência anterior⁷⁰, é confirmada no acórdão Quinn Barlo e o./Comissão (C-70/12 P, EU:C:2013:351, n.ºs 28 a 30).

127. Em geral, o distanciamento público é invocado por uma empresa que participou numa reunião sem ter intenção de participar no acordo ou no cartel nela discutido. A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a esta hipótese, que pode ser qualificada de constante apesar do número limitado de acórdãos que se pronunciaram sobre a questão, pode ser resumida nos seguintes termos: «para provar de forma suficiente a participação de uma empresa no cartel, basta que se demonstre que a empresa em causa participou em reuniões, no decurso das quais foram concluídos acordos de natureza anticoncorrencial, sem se lhes ter manifestamente oposto. A partir do momento em que a

67 — V., nomeadamente, acórdãos 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, EU:C:2004:6); Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408); Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, EU:C:2009:166); Comap/Comissão (C-290/11 P, EU:C:2012:271); Quinn Barlo e o./Comissão (C-70/12 P, EU:C:2013:351), e despacho *Adriatica di Navigazione/Comissão* (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Podemos encontrar um vestígio da ideia de distanciamento público no acórdão *Comissão/Anic Partecipazioni* (C-49/92 P, EU:C:1999:356), na medida em que a Comissão sustenta no processo que deu origem a este acórdão que «era a quem pretendesse ser dissociado das conclusões sobre as ações acordadas que cabia fornecer a prova expressa da sua não associação» (n.º 95). O sublinhado é meu.

68 — N.º 71.

69 — *Idem*.

70 — V., neste sentido, além do acórdão *Comap/Comissão* (C-290/11 P, EU:C:2012:271, n.ºs 76 a 78); acórdão *Archer Daniels Midland/Comissão* (C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.º 132), e despacho *Adriatica di Navigazione/Comissão* (C-111/04 P, EU:C:2006:105, n.ºs 50 e 54).

participação nessas reuniões foi demonstrada, incumbe a essa empresa apresentar indícios suscetíveis de provar que participou nas referidas reuniões sem espírito anticoncorrencial, demonstrando que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa ótica diferente da deles»⁷¹. A este respeito, o Tribunal de Justiça acrescenta que «é a compreensão que os outros participantes num cartel têm da intenção da empresa em causa que é determinante para apreciar se esta entendeu distanciar-se do acordo ilícito»⁷².

128. Neste caso, com a segunda e terceira partes do terceiro fundamento, a Toshiba sugere, no essencial, que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar que se podia considerar que a Toshiba tinha participado no acordo de cavalheiros até à reunião de Zurique, apesar das suas declarações durante a reunião de Viena em setembro de 2002 para se distanciar dele, mas também tendo em conta o facto de não ter participado, pelo menos a título individual, na reunião de Zurique em maio de 2003 e a circunstância de a Comissão não ter incluído a empresa comum TM T&D entre os destinatários da decisão controvertida.

129. É certo que, no caso em apreço, a configuração factual é um pouco diferente da que estava em causa nos acórdãos que acabei de citar. Com efeito, neste caso, a Toshiba alega ter-se distanciado publicamente durante a reunião de Viena ao anunciar que não participaria, pelo menos a título individual, nas reuniões seguintes, em consequência da criação da empresa comum com a Mitsubishi (cuja participação ainda devia ser decidida), tendo tudo isto sido confirmado pela sua não comparência na reunião de Zurique.

130. Todavia, mesmo nessa hipótese específica, entendo que a questão de saber se se podia considerar a Toshiba como parte no acordo de cavalheiros durante o período compreendido entre a reunião de Viena e a reunião de Zurique é uma análise factual que escapa à competência do Tribunal de Justiça, exceto em caso de desvirtuação das provas⁷³. O fundamento suscitado pela Toshiba «equivale no fim de contas a pôr em causa a apreciação do Tribunal Geral relativa aos factos e aos elementos de prova que lhe foram apresentados, respeitantes à inexistência de distanciamento público da recorrente»⁷⁴.

131. Com efeito, contrariamente ao processo *Total marketing services/Comissão* (C-634/13 P, pendente no Tribunal de Justiça), não estamos perante uma situação em que não há o mínimo princípio de prova de que a empresa em causa tinha continuado a participar no acordo controvertido depois de uma data determinada. Pelo contrário, retomando a distinção feita pelo advogado-geral N. Wahl nas conclusões que apresentou nesse mesmo processo⁷⁵, estamos de facto perante uma situação em que a falta de distanciamento expresso permite manter a presunção, baseada em indícios concretos, segundo a qual se considera que uma empresa que participou em reuniões que tinham um objetivo anticoncorrencial presume-se que participou num cartel abrangido pela proibição do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

132. Com efeito, embora, como a Toshiba expõe a título preliminar no n.º 25 do presente recurso, esta já tivesse defendido, no âmbito da sua contestação no Tribunal Geral, que não havia provas de que, depois da reunião de Viena, tinha mantido a sua participação e que os outros membros do acordo de cavalheiros tinham compreendido claramente, com base em diversos elementos, que se tinha publicamente distanciado desse acordo, não é menos verdade que tendo participado nos diversos

71 — Acórdão *Archer Daniels Midland/Comissão* (C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.º 119), que remete para o acórdão *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, EU:C:2004:6, n.º 81).

72 — Acórdão *Archer Daniels Midland/Comissão* (C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.º 120).

73 — «Dado que a determinação da duração de uma infração é uma questão de facto, não se enquadra na fiscalização do Tribunal de Justiça em sede de recurso, salvo desvirtuação dos elementos submetidos ao Tribunal Geral. É o caso, nomeadamente, da aplicação dos 'conceitos de distanciamento público e de continuidade de uma prática anticoncorrencial [...]» (Bernardeau, L. e Christienne, J.-Ph., *Les amendes en droit de la concurrence — Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, n.º II.1314).

74 — Acórdão *Quinn Barlo e o./Comissão* (C-70/12 P, EU:C:2013:351, n.º 28).

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, n.º 56.

encontros, incluindo a reunião de Viena, cabia-lhe a ela, em conformidade com a jurisprudência recordada anteriormente, fazer prova de que se tinha distanciado publicamente do acordo de cavalheiros⁷⁶ e que esse era efetivamente o entendimento que os outros participantes no cartel tinham da sua intenção⁷⁷.

133. Neste contexto, o Tribunal Geral analisou os elementos de prova que a Toshiba tinha submetido à sua apreciação para esse efeito e, mais especificamente, a ata da reunião de Viena, a nota interna da Fuji sobre a referida reunião e a nota explicativa da Fuji sobre essa reunião, anexa à sua declaração de clemência⁷⁸.

134. Ora, a Toshiba não contestou a apreciação do Tribunal Geral a este respeito⁷⁹, com exceção dos n.ºs 209 e 211 do acórdão recorrido e isso no âmbito da primeira parte do terceiro fundamento. A este propósito, cheguei à conclusão de que a análise dos documentos nos quais o Tribunal Geral se baseou não revelava uma desvirtuação manifesta das provas contidas neles, nem tão pouco levava a uma contradição no seu raciocínio.

135. Esses documentos demonstram, pelo contrário, uma dúvida sobre a futura participação da Toshiba nas reuniões seguintes e, na pendência dessa decisão, a confirmação do acordo de cavalheiros.

136. Consequentemente, uma vez que visa pôr em causa a apreciação dos factos e das provas efetuada pelo Tribunal Geral e na falta de desvirtuação da prova, a segunda parte do terceiro fundamento é inadmissível.

137. Em relação à terceira parte do terceiro fundamento, considero que o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito ao declarar inoperantes os argumentos da Toshiba relativos à interpretação que a Comissão fez do papel desempenhado por R. na reunião de Zurique e à inexistência de caráter anticoncorrencial da reunião de Zurique.

138. Foi com razão que o Tribunal Geral considerou que, mesmo admitindo a sua procedência, esses argumentos não são suscetíveis de pôr em causa a conclusão da Comissão de que a Toshiba participou no acordo de cavalheiros até 15 de maio de 2003. Com efeito, embora o Tribunal Geral tenha concluído, no n.º 220 do acórdão recorrido, que, «mesmo na hipótese de a recorrente não ter participado na reunião de Zurique e de essa reunião não ter tido objetivo anticoncorrencial, [havia] que considerar que, em face da inexistência do seu distanciamento público, a recorrente [tinha] participado no acordo de cavalheiros até à referida reunião», fê-lo com base nos desenvolvimentos dos n.ºs 205 a 214 do referido acórdão. Ora, não só o n.º 220 não é objeto do recurso mas, como vimos anteriormente, os n.ºs 205 a 214 não revelam nenhuma desvirtuação dos factos e/ou das provas analisados pelo Tribunal Geral.

139. Por último, foi também com razão que o Tribunal Geral considerou, no n.º 221 do acórdão recorrido, que a Toshiba não podia invocar com sucesso a cessação da sua participação no acordo de cavalheiros na data da constituição da empresa comum TM T&D, em 1 de outubro de 2002. Nessa data, não se tinha distanciado publicamente do acordo controvertido no sentido em que a jurisprudência do Tribunal de Justiça o interpreta, uma vez que é a compreensão que os outros participantes num cartel têm da intensão da empresa em causa que é, a esse respeito, determinante⁸⁰. Com efeito, no termo da reunião de Viena, anterior a 1 de outubro de 2002, a presença da Toshiba

76 — V., neste sentido, acórdão Comap/Comissão (C-290/11 P, EU:C:2012:271, n.º 76).

77 — V., neste sentido, acórdão Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.º 120).

78 — V. n.º 207 do acórdão recorrido.

79 — Isto é, n.ºs 208 a 214 do acórdão recorrido.

80 — V., neste sentido, acórdão Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.º 120).

e/ou da TM T&D não estava ainda confirmada para os outros participantes. Em contrapartida, estes tinham, por um lado, confirmado o acordo de cavalheiros e as regras de notificação dos projetos nele contidas e, por outro, considerado que não teriam, contudo, nenhum interesse em manter o acordo de cavalheiros sem a participação da Toshiba.

140. Consequentemente, o terceiro fundamento é, em parte inadmissível e em parte improcedente.

D – Quanto ao quarto fundamento, relativo a erros de direito na fixação do valor da coima

141. Com o seu quarto fundamento, a Toshiba censura ao Tribunal Geral uma aplicação errada do ponto 18 das Orientações de 2006 na medida em que o Tribunal Geral validou a utilização, pela Comissão, das quotas de mercado detidas a nível mundial pelos participantes no cartel para calcular valores fictícios de vendas no EEE.

142. Segundo o referido ponto das Orientações de 2006, quando o âmbito geográfico de uma infração ultrapassar o território do EEE, a fim de refletir ao mesmo tempo a dimensão agregada das vendas em causa no EEE e o peso relativo de cada empresa na infração, a Comissão pode estimar o valor total das vendas dos bens ou serviços relacionadas com a infração na área geográfica (mais ampla do que o EEE) em causa, determinar a quota das vendas de cada empresa que participa na infração neste mercado e aplicar esta percentagem às vendas agregadas destas mesmas empresas no EEE.

143. Esta disposição das referidas orientações, tanto quanto seja do nosso conhecimento e com exceção do acórdão ICF/Comissão (C-467/13 P, EU:C:2014:2274)⁸¹, ainda não foi objeto de uma interpretação pelo Tribunal de Justiça.

144. Todavia, sendo o ponto 18 das Orientações de 2006 uma derrogação à regra de princípio enunciada no ponto 13 das mesmas orientações, as indicações relativas a este último e o contexto no qual se inscreve podem ajudar-nos a definir o alcance do ponto 18.

145. A este respeito, não é inútil recordar que as Orientações de 2006 foram adotadas para assegurar a transparência e o caráter objetivo das decisões tomadas pela Comissão com base no artigo 23.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] do Tratado⁸².

146. Ora, este artigo visa nomeadamente assegurar que a coima tem um caráter dissuasivo suficiente, o qual justifica que se tome em consideração o poder económico da empresa em causa⁸³.

147. O Tribunal Geral de Justiça deduziu daí que o ponto 13 das Orientações de 2006 tinha «por objetivo fixar como ponto de partida no cálculo da coima aplicada a uma empresa um montante que reflita a importância económica da infração e o peso relativo dessa empresa na mesma»⁸⁴.

148. Assim, o Tribunal de Justiça considera que seria contrário ao objetivo prosseguido pelo ponto 13 das Orientações de 2006 entender o conceito de «valor das vendas» que utiliza «no sentido de que apenas visa o volume de negócios realizado com as vendas que foram comprovadamente afetadas p[elo] cartel [em causa]»⁸⁵.

81 — Todavia, a questão tratada por esse acórdão é diferente daquela que nos ocupa, uma vez que diz respeito ao conceito de «valor total das vendas dos bens ou serviços relacionadas com a infração» mencionado no ponto 18 das Orientações de 2006, e não à «área geográfica (mais ampl[a] do que o EEE) em causa» em questão no presente processo.

82 — JO 2003, L 1, p. 1.V. n.º 3 das Orientações de 2006.

83 — V., neste sentido, acórdão Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão (C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 142).

84 — *Ibidem* (n.º 148).

85 — V. acórdão Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, n.º 57).

149. Quando derroga a delimitação da área geográfica referida no ponto 13 das Orientações de 2006 para a alargar além do EEE, o ponto 18 das referidas orientações persegue o mesmo objetivo: refletir da forma mais adequada o peso da empresa na infração.

150. Ora, este objetivo é ele próprio justificado pelo artigo 23.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 1/2003, que entende assegurar à coima um caráter dissuasivo suficiente tomando em consideração o poder económico da empresa em causa.

151. Nestas circunstâncias, uma interpretação literal do ponto 18 das Orientações de 2006, no sentido de que a «área geográfica (mais ampl[a] do que o EEE) em causa» fosse limitada apenas aos territórios abrangidos pelo cartel ilícito, não teria necessariamente em conta o poder económico efetivo da empresa em causa e seria, consequentemente, suscetível de ser contrário ao referido objetivo de dissuasão.

152. O caso em apreço é um exemplo perfeito. Com efeito, se apenas tivessem sido tidas em conta as vendas no EEE e no Japão, pelo menos um membro japonês do cartel teria escapado a qualquer coima por falta de vendas no mercado europeu.

153. Além disso, de modo mais geral, a interpretação restritiva do ponto 18 das Orientações de 2006 defendida pela Toshiba leva, na hipótese de um acordo de repartição de mercado, a recompensar o respeito desse acordo. Com efeito, ao respeitar este acordo, a empresa não realiza nenhuma venda no território do parceiro e, portanto, teria escapado, *de facto* e *de jure*, à coima.

154. Por conseguinte, foi com razão e sem cometer erro de direito que Tribunal Geral decidiu, no n.º 281 do acórdão recorrido, que «dado que a recorrente participou num acordo de partilha de mercado destinado a restringir o acesso dos produtores japoneses ao EEE, a Comissão t[inha] considerado acertadamente que não seria adequado aplicar uma metodologia que se baseasse nas suas vendas efetivas do EEE» e que ele próprio considerou, no n.º 282 do referido acórdão, que, «tendo em conta a natureza da infração em causa, uma metodologia que tenha em conta as quotas do mercado mundial [era] adequada para refletir o peso da infração».

155. Além disso, embora as orientações sejam em geral interpretadas pelo Tribunal de Justiça como uma regra de conduta que a Comissão tem de seguir, sob pena de ser sancionada a título de uma violação dos princípios gerais de direito, como a igualdade de tratamento e a proteção da confiança legítima⁸⁶, o Tribunal de Justiça definiu claramente que estas orientações permaneciam, para a Comissão, uma regra de conduta *indicativa* da prática a seguir e de que se podia afastar num caso particular, com a condição de apresentar razões que fossem compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento⁸⁷.

156. Essa possibilidade está, aliás, expressamente prevista no ponto 37 das Orientações de 2006, nos termos do qual «as especificidades de um dado processo ou a necessidade de atingir um nível dissuasivo num caso particular podem justificar que a Comissão se afaste desta metodologia» geral exposta pelas orientações para a fixação das coimas.

86 — V., neste sentido, acórdão Archer Daniels Midland/Comissão (C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.º 60).

87 — V., neste sentido, acórdão Quinn Barlo e o./Comissão (C-70/12 P, EU:C:2013:351, n.º 53).

157. Ora, no caso em apreço, impõe-se constatar que a Comissão não deixou de explicar, na sua decisão, em que medida se justificava utilizar as vendas mundiais em vez das vendas realizadas nos territórios abrangidos pela infração. Por um lado, isso «deve-se ao facto de que as vendas das empresas no EEE e no Japão não refletem de maneira adequada o peso de cada empresa na infração»⁸⁸ e, por outro, se «apenas fossem tidas em conta as vendas de transformadores elétricos no EEE e no Japão, a coima aplicada à Fuji seria de zero»⁸⁹.

158. Acresce que a Comissão teve o cuidado de fundamentar a sua decisão relativa ao ponto 37 das Orientações de 2006, ao esclarecer que «qualquer outro método de cálculo do valor de base da coima [diferente do usado neste caso] daria um resultado arbitrário e desequilibrado e não teria efeito dissuasivo»⁹⁰.

159. Consequentemente, o quarto fundamento é também improcedente.

VI – Quanto às despesas

160. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, aplicável ao processo de recurso de decisão do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da Toshiba e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

VII – Conclusão

161. Em face das considerações precedentes, propõe-se ao Tribunal de Justiça que decida da forma seguinte:

- negar provimento ao recurso, e
- condenar a Toshiba Corporation nas despesas.

88 — N.º 229 da decisão controvertida.

89 — N.º 235 da decisão controvertida.

90 — *Ibidem* (n.º 236). O sublinhado é meu.