



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

11 de setembro de 2014*

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Artigo 81.º, n.º 1, CE — Sistema de cartões de pagamento em França — Decisão de associação de empresas — Mercado da emissão — Medidas tarifárias aplicáveis aos ‘novos operadores’ — Direito de adesão e mecanismos ditos de ‘regulação da função adquirente’ e de ‘reativação de membros passivos’ — Conceito de restrição da concorrência ‘por objetivo’ — Avaliação do grau de nocividade sobre a concorrência»

No processo C-67/13 P,

que tem por objeto um recurso de decisão do Tribunal Geral, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, interposto em 8 de fevereiro de 2013,

Groupement des cartes bancaires (CB), com sede em Paris (França), representado por F. Pradelles, O. Fauré e C. Ornellas-Chancerelles, avocats, e por J. Ruiz Calzado, abogado,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

Comissão Europeia, representada por O. Beynet, V. Bottka e B. Mongin, na qualidade de agentes,

recorrida em primeira instância,

BNP Paribas, com sede em Paris, representada por O. de Juvigny, D. Berg e P. Heusse, avocats,

BPCE, anteriormente Caisse Nationale des Caisses d'Épargne e de Prévoyance (CNCEP), com sede em Paris, representada por A. Choffel, S. Hautbourg, L. Laidi e R. Eid, avocats,

Société Générale SA, com sede em Paris, representada por P. Guibert e P. Patat, avocats,

intervenientes em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: M. Ilešič, presidente de secção, C. G. Fernlund, A. Ó Caoimh (relator), C. Toader e E. Jarašiūnas, juízes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: V. Tourrès, administrador,

* Língua do processo: francês.

vistos os autos e após a audiência de 22 de janeiro de 2014,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 27 de março de 2014,

profere o presente

Acórdão

- 1 Com o seu recurso, o Groupement des cartes bancaires (CB) (a seguir «Groupement») pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia CB/Comissão (T-491/07, EU:T:2012:633, a seguir «acórdão recorrido»), através do qual negou provimento ao recurso que visava a anulação da Decisão C (2007) 5060 final da Comissão Europeia, de 17 de outubro de 2007, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] (COMP/D1/38606 — Groupement des cartes bancaires «CB») (a seguir «decisão controvertida»).

Antecedentes do litígio e decisão controvertida

- 2 Os antecedentes do litígio e os elementos essenciais da decisão controvertida, tal com resultam dos n.ºs 1 a 48 do acórdão recorrido, podem ser resumidos como se segue.
- 3 O recorrente é um agrupamento de interesse económico de direito francês, criado em 1984 pelos principais estabelecimentos bancários franceses, para realizar a interoperabilidade dos sistemas de pagamento e de levantamento com cartões bancários (a seguir «cartão CB») emitidos pelos seus membros (a seguir «sistema CB»). Esta interoperabilidade permite, na prática, que um cartão CB emitido por um membro do Groupement seja usado para efetuar pagamentos a todos os comerciantes aderentes ao sistema CB por intermédio de qualquer outro membro do Groupement e/ou para efetuar levantamentos nas caixas automáticas (ATM) exploradas por todos os restantes membros. Os membros do Groupement, cujo número ascendia a 148 em 29 de junho de 2007, são estabelecimentos ditos «líderes» ou estabelecimentos ligados a um líder. Por força do contrato constitutivo do Groupement, o BNP Paribas, o BPCE e a Société Générale SA (a seguir «Société Générale») figuram entre os onze líderes.
- 4 Em 10 de dezembro de 2002, o Groupement notificou à Comissão, por força do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º CE] e [82.º CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), diferentes novas regras projetadas para o sistema CB, que consistiam, designadamente, em três medidas tarifárias (a seguir «medidas em causa»):
 - um dispositivo denominado «Mecanismo de regulação da função de aquisição» (a seguir «MERFA») que, segundo o Groupement, tinha por objetivos, por um lado, incentivar os membros, que são mais frequentemente emissores do que adquirentes, a desenvolver a sua atividade de aquisição e, por outro, a ter financeiramente em conta os esforços dos membros cuja atividade de aquisição é importante em relação à sua atividade de emissão. A fórmula prevista para este efeito consistia em comparar a parte das atividades do membro no total das atividades de aquisição do sistema CB, sendo essas atividades medidas no quadro do «Sistema de identificação do repertório das empresas» (SIREN) e no quadro de exploração das ATM, relativamente à contribuição desse membro para o total das atividades de emissão do sistema CB, as quais designam a entrega por um banco dos cartões CB de pagamento ou de levantamento a um portador. Devia aplicar-se o MERFA quando a relação entre os dois rácios fosse inferior a 0,5. As quantias recebidas a título

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

- uma reforma do direito de adesão ao Groupement que incluía, além de um direito fixo de 50 000 euros cobrado quando da adesão, um direito por cartão CB emitido e ativo durante os três anos seguintes à adesão e, sendo caso disso, um direito complementar de adesão aplicável aos membros cujo número de cartões CB em *stock* durante ou no termo do sexto ano seguinte à sua adesão exceda o triplo do seu número de cartões CB em *stock* no termo do terceiro ano seguinte à sua adesão;
 - um dispositivo denominado «reativação de membros passivos» que consistia num direito por cartão CB emitido, aplicável aos membros passivos ou pouco ativos antes da entrada em vigor das novas medidas tarifárias, cuja parte na atividade de emissão de cartões CB de todo o sistema CB, durante um dos anos 2003, 2004 e 2005, tivesse sido mais de três vezes superior à sua parte na atividade relativa aos cartões CB de todo o sistema CB, durante o exercício 2000, o exercício 2001 ou o exercício 2002.
- 5 Em 6 de julho de 2004, a Comissão adotou uma primeira comunicação de acusações, dirigida ao Groupement e a nove líderes que tinham sido objeto de verificações, na qual eram acusados de terem celebrado um «acordo secreto anticoncorrencial» que tinha «globalmente por objetivo limitar a concorrência entre os bancos partes no acordo e travar, de forma concertada, a concorrência dos novos operadores (designadamente a grande distribuição, os bancos *on line* e os bancos estrangeiros) no mercado da emissão de cartões bancários». A Comissão considerou que «a notificação [de 10 de dezembro de 2002 tinha] sido feita com o objetivo de dissimular o verdadeiro conteúdo do acordo anticoncorrencial». Ponderava privar a notificação de qualquer efeito e aplicar uma coima aos destinatários desta comunicação de acusações. O Groupement respondeu a esta comunicação de acusações em 8 de novembro de 2004 e foi realizada uma audiência em 16 e 17 de dezembro de 2004.
- 6 Em 17 de julho de 2006, a Comissão adotou uma segunda comunicação de acusações, dirigida unicamente ao Groupement. Nesta comunicação, informou que a primeira comunicação de acusações deveria ser considerada retirada. Esta segunda comunicação de acusações tinha por objeto uma decisão de associação de empresas que instituiu uma série de medidas tarifárias que tinham um objetivo ou efeito anticoncorrencial. O Groupement respondeu a esta segunda comunicação de acusações em 19 de outubro de 2006 e foi realizada uma audiência em 13 de novembro de 2006.
- 7 Em 20 de julho de 2007, o Groupement apresentou uma proposta de compromisso, nos termos do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 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] (JO 2003, L 1, p. 1), que foi considerada tardia e insuficiente pelo diretor-geral da Direção-Geral da Concorrência da Comissão.
- 8 Consequentemente, a Comissão adotou a decisão controvertida, na qual considerou que o Groupement tinha violado o artigo 81.º CE. Essa declaração contém, designadamente, as seguintes considerações:
- O mercado em causa é o da emissão de cartões de pagamento em França.
 - As medidas em causa constituem uma decisão de associação de empresas.
 - Estas medidas têm um objetivo anticoncorrencial. Este objetivo resulta das próprias fórmulas previstas e está em contradição com os objetivos dessas medidas declarados na notificação de 10 de dezembro de 2002. Por um lado, estas medidas não são adequadas a encorajar a atividade de aquisição e conduzem quer à imposição de um custo adicional aos membros que lhes estão sujeitos, quer à limitação da atividade de emissão dos membros que, de outro modo, a elas ficariam

sujeitos. Por outro lado, a função de incitação à atividade de aquisição atribuída ao MERFA é contrariada pela função atribuída às comissões interbancárias e pela função do direito complementar de adesão e do direito de «reativação de membros passivos». Este objetivo anticoncorrencial corresponde aos objetivos reais destas medidas, expressos pelos líderes aquando da sua preparação, a saber, a vontade de dificultar a concorrência dos novos operadores no mercado e de os penalizar, de preservar os rendimentos dos líderes e de limitar a redução do preço dos cartões bancários.

- As medidas em causa têm um efeito restritivo da concorrência. Em especial, durante o período da sua aplicação (entre 1 de janeiro de 2003 e 8 de junho de 2004), estas medidas levaram à redução dos planos de emissão de cartões CB dos novos operadores e à prevenção da baixa do preço dos cartões CB, tanto dos novos operadores como dos líderes.
 - As condições para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º CE não se encontram, por isso, satisfeitas. Designadamente, a justificação das medidas em causa, em particular no que respeita ao MERFA, enquanto mecanismo de equilíbrio entre as funções de aquisição e de emissão, não podia ser aceite, na medida em que a percentagem da atividade de emissão em relação à atividade de aquisição de referência é a dos líderes e não a de um equilíbrio ideal para o sistema CB.
- 9 Em consequência, a Comissão, nos termos da decisão controvertida, concluiu:

«Artigo 1.º

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

Artigo 2.º

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

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

Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

- 10 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 27 de dezembro de 2007, o recorrente interpôs um recurso destinado a obter a anulação da decisão controvertida. O BNP Paribas, o BPCE e a Société Générale intervieram em apoio do recorrente.
- 11 O recorrente invocou seis fundamentos em apoio do seu pedido. O primeiro fundamento era relativo à violação do artigo 81.º CE, por erros em razão do método de análise das medidas em causa e dos mercados considerados, à violação do princípio da igualdade de tratamento e à falta de fundamentação. O segundo fundamento era relativo à violação do artigo 81.º, n.º 1, CE, em consequência de erros de direito, de facto e de apreciação ao examinar o objeto das medidas em causa. Com o terceiro fundamento, o recorrente entendia que a Comissão tinha cometido erros de direito, de facto e de apreciação ao examinar os efeitos das medidas em causa. O quarto fundamento, invocado a título subsidiário, era relativo à violação do artigo 81.º, n.º 3, CE, em razão de erros de direito, de facto e de apreciação ao examinar a aplicabilidade desta disposição às medidas em causa. No seu quinto fundamento, o recorrente sustentava que a Comissão tinha violado o princípio da boa

administração. Por último, o sexto fundamento era relativo à violação dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica em razão das ordens que figuram no artigo 2.º da decisão controvertida.

- 12 Tendo rejeitado todos estes fundamentos, o Tribunal Geral negou provimento ao recurso na sua totalidade.

Pedidos das partes e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

- 13 Com o seu recurso, o recorrente conclui pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne:
- anular o acórdão recorrido;
 - remeter o processo ao Tribunal Geral, salvo se o Tribunal de Justiça considerar que dispõe de informação suficiente para anular a decisão controvertida; e
 - condenar a Comissão no pagamento das despesas efetuadas no Tribunal de Justiça e no Tribunal Geral.
- 14 A Comissão conclui pedindo que seja negado provimento ao recurso e que o recorrente seja condenado nas despesas.
- 15 O BNP Paribas, o BPCE e a Société Générale apresentaram observações idênticas às do recorrente.

Quanto ao recurso

- 16 O recorrente invoca três fundamentos em apoio do seu recurso. O primeiro fundamento é relativo a erros de direito na aplicação do conceito de restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE. O segundo fundamento é relativo a erros de direito na aplicação do conceito de restrição da concorrência «por efeito» na aceção dessa mesma disposição. O terceiro fundamento é relativo à violação dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, na medida em que não anulou a ordem que figura no artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão controvertida.
- 17 A título preliminar, o recorrente, apoiado neste ponto pelo BNP Paribas e pelo BPCE, alega que o Tribunal Geral omitiu a indicação dos elementos da descrição dos factos que figuram nos n.ºs 1 a 48 do acórdão recorrido, o que demonstra que o Tribunal Geral nunca se afastou da posição da Comissão e que não exerceu a fiscalização aprofundada, tanto de direito como de facto, exigida pelo Tribunal de Justiça. Por um lado, o Tribunal Geral não indicou que a mudança radical de posição da Comissão durante a instrução entre a primeira e a segunda comunicação das acusações se explica por erros fundamentais de análise salientados pelo consultor-auditor no fim da audição de 16 e 17 de dezembro de 2004, que nem a Comissão, nem o Tribunal Geral corrigiram posteriormente. Por outro lado, o acórdão recorrido guardou silêncio sobre os debates que tiveram lugar na audiência de 16 de maio de 2012 sobre o conceito de restrição da concorrência «por objetivo», designadamente, no que respeita à interpretação do acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, a seguir «acórdão BIDS»).

Argumentos das partes

- 18 Com o seu primeiro fundamento, o recorrente, apoiado pelo BNP Paribas, pelo BPCE e pela Société Générale, alega que, quando da apreciação do teor, dos objetivos e do contexto das medidas em causa, o Tribunal Geral cometeu vários erros de direito na aplicação do conceito de restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, que o levaram a proibir *per se* qualquer preço faturado a um operador económico por outro. Este fundamento está subdividido em três partes.

Quanto à primeira parte do primeiro fundamento, relativa a erros de direito na apreciação do teor das medidas em causa

- 19 O recorrente, apoiado pelo BNP Paribas, pelo BPCE e pela Société Générale, alega, em primeiro lugar, que o Tribunal Geral cometeu erros de direito na análise do «próprio objetivo» das medidas em causa.
- 20 O Tribunal Geral não procedeu à análise do grau de nocividade das medidas em causa ao referir-se ao teor das mesmas, mas ateve-se unicamente às intenções subjetivas de alguns membros do Groupement. Assim, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, nos n.ºs 126 e 132 do acórdão recorrido, quando entendeu que resulta da própria formulação das medidas em causa que estas têm um objetivo anticoncorrencial que consiste em colocar entraves à concorrência resultante da entrada de novos operadores no mercado em questão. Com efeito, as referidas medidas não comportam nenhum dispositivo nocivo para a concorrência. Por um lado, o objetivo dessas medidas é, diferentemente das medidas em causa no acórdão BIDS, não o de forçar os membros a sair do Groupement ou impedir a entrada de novos membros, mas aumentar o número de comerciantes aderentes ao sistema. Por outro lado, essas medidas limitam-se a oferecer aos membros do sistema CB diversas alternativas de uma justa contribuição para o sistema deixando-lhes a escolha da sua contribuição em função da respetiva estratégia individual.
- 21 Por outro lado, o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova quando concluiu, nos n.ºs 127, 170 e 178 a 183 do acórdão recorrido, que um determinado número de obstáculos tornava muito difícil, na prática, o desenvolvimento da atividade de aquisição por um novo membro, ao basear-se principalmente nas declarações da Comissão e ao afastar sem explicação válida os elementos que demonstravam o contrário.
- 22 Em segundo lugar, o recorrente sustenta que o Tribunal Geral cometeu erros de direito na tomada em consideração da génese que precedeu a adoção das medidas em causa, tal como a mesma resultava dos documentos apreendidos aquando das verificações feitas nas instalações do Groupement e nas instalações de alguns dos seus membros.
- 23 Antes de mais, ao tomar em consideração, nos n.ºs 186 e 256 do acórdão recorrido, as declarações individuais de alguns líderes «proferidas internamente» previamente à adoção das medidas em causa para analisar o objetivo destas medidas, o Tribunal Geral viciou o seu exame quanto à existência de um objetivo anticoncorrencial, uma vez que essas declarações refletem a expressão de uma vontade não do próprio Groupement, mas de alguns dos seus membros. Ora, é porque uma decisão constitui a expressão fiel da vontade do seu autor que a mesma pode ser considerada uma decisão de associação de empresa. No caso apreço, as circunstâncias relativas à preparação e adoção da decisão não são pertinentes, uma vez que apenas a decisão final, a saber, as medidas notificadas, manifesta plenamente a intenção do Groupement. Por outro lado, a génese das medidas foi tida em conta não para corroborar a análise do objetivo destas, mas em substituição de uma análise do conteúdo das medidas.
- 24 Além disso, o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova ao proceder a seleções intempestivas de entre as declarações preparatórias, os documentos apreendidos e as declarações de novos operadores. Ora, um certo número de elementos, nos quais era, designadamente, feita referência à necessidade de combater o parasitismo e à preocupação de respeitar o direito da concorrência,

comprovam a existência de uma dúvida real quanto à restrição da concorrência, que deveria ter sido tomada em consideração pelo Tribunal Geral. Esta desvirtuação é tanto mais manifesta porquanto o Tribunal Geral se baseou nos mesmos elementos que os utilizados pela Comissão sem se afastar das alegações da primeira comunicação das acusações.

- 25 O BNP Paribas, o BPCE e a Société Générale acrescentam, por seu turno, que o Tribunal Geral decidiu erradamente, nos n.ºs 124 e 146 do acórdão recorrido, que o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» não pode ser interpretado restritivamente. Com efeito, este conceito só se pode aplicar aos acordos que, intrinsecamente, prosseguem um objetivo cuja natureza reveste uma gravidade ou um grau de nocividade tal que o seu impacto negativo no funcionamento da concorrência se verifica sem qualquer dúvida possível, e, portanto, sem necessidade de medir os seus efeitos potenciais.
- 26 A Comissão entende, no que respeita, em primeiro lugar, à análise do objetivo das medidas em causa, que, no caso vertente, o Tribunal Geral confirmou a existência de uma restrição da concorrência por objetivo sem se basear nas declarações dos membros do Groupement, mas após ter examinado a própria fórmula do MERFA, por força da qual todos os bancos cuja atividade relativa de aquisição é claramente inferior à sua atividade relativa de emissão ficam automaticamente sujeitos a esse encargo. O objetivo real do MERFA é, assim, ditar um comportamento — limitar a emissão de cartões bancários ou optar por suportar um custo acrescido que os líderes não suportam — limitando a possibilidade para os novos operadores de concorrer livremente com os líderes. O recorrente não demonstra que as medidas que visam a exclusão de alguns novos operadores no mercado da emissão não constituem restrições da concorrência «por objetivo». Quanto à alegação de que as medidas apenas têm um mero efeito de incitação, a Comissão salienta que o Tribunal Geral analisou e confirmou o pedido da Comissão que constata a existência de obstáculos importantes para o desenvolvimento da atividade de aquisição. O Tribunal Geral conclui que apenas restavam duas opções aos novos operadores, a saber, pagar ou limitar a sua atividade de emissão. Nestas condições, o Tribunal Geral sublinhou acertadamente a semelhança entre as medidas na origem do acórdão BIDS e as medidas em causa, na medida em que obstam ao desenvolvimento natural de quotas de mercado dos produtores, incitando-os, através de uma contribuição dissuasiva, a não ultrapassar um determinado volume de produção.
- 27 Por outro lado, a Comissão entende que o recorrente não provou que o Tribunal Geral cometeu uma desvirtuação que resulta de forma manifesta dos documentos dos autos. Para chegar à conclusão, no n.º 127 do acórdão recorrido, de que o desenvolvimento da atividade de aquisição era muito difícil, o Tribunal Geral analisou, nos n.ºs 160 a 194 do referido acórdão, todos os argumentos do recorrente. Esses pontos não foram discutidos nem objeto de refutação séria.
- 28 Em segundo lugar, quanto à génese das medidas, a Comissão considera que o recorrente tenta obter o reexame das considerações de facto expostas nos n.ºs 256 e 257 do acórdão recorrido que não podem ser postas em causa na fase do recurso. De qualquer modo, a conclusão de que um acordo tem um objetivo restritivo de concorrência não pode ser posta em causa pelo facto de a intenção de restringir a concorrência não ter sido provada relativamente a todas as partes no acordo. Por outro lado, resulta inequivocamente do acórdão recorrido que as declarações e as intenções subjetivas de certos membros do Groupement foram tomadas em consideração pelo Tribunal Geral a título complementar e confirmativo. Por último, o recorrente não identifica nenhum dos elementos pretensamente desvirtuados e não explica as razões da dúvida adiantada. A acusação de desvirtuação é, assim, inadmissível.

Quanto à segunda parte do primeiro fundamento, relativa a erros de direito na apreciação dos objetivos das medidas em causa

- 29 O recorrente entende que foi erradamente que o Tribunal Geral, embora tendo reconhecido que o combate ao parasitismo do sistema CB constitui um objetivo legítimo, recusou apreciar este objetivo à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE. Assim, o Tribunal Geral considerou que medidas de combate ao parasitismo são, por natureza, anticoncorrenciais. Ora, o Tribunal Geral devia reconhecer que uma restrição da concorrência por objetivo é excluída, uma vez que as medidas do Groupement conduzem a um estímulo da atividade de aquisição e à procura de uma otimização entre as atividades de aquisição e de emissão. Estas medidas, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, são apropriadas, quando consistem em medidas sistémicas adotadas no interesse global do sistema CB, e equilibradas, uma vez que deixam a cada membro do Groupement a opção adequada à sua situação individual.
- 30 A Société Générale acrescenta que o Tribunal Geral não pode simultaneamente afirmar que os objetivos das medidas em causa resultam exclusivamente da análise realizada nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE e considerar que a Comissão se podia basear na intenção das partes para apreciar o caráter restritivo dessas medidas. Além disso, o Tribunal Geral deveria ter verificado o postulado da Comissão segundo o qual as medidas em causa não eram adequadas para incentivar a atividade de aquisição. Para determinar se um acordo é abrangido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, há, com efeito, que atender aos objetivos que este visa alcançar.
- 31 A Comissão sustenta que o recorrente, que não invocou a teoria das restrições acessórias perante o Tribunal Geral, não demonstrou que a limitação da liberdade de ação imposta aos novos operadores em proveito dos bancos instalados era necessária e indispensável à prossecução do objetivo de combate ao parasitismo do sistema CB. Na realidade, as medidas em causa são inadequadas para atingir os objetivos pretendidos e são discriminatórias em proveito dos líderes. As afirmações do recorrente já foram refutadas pelo Tribunal Geral e não se baseiam em nenhum raciocínio nem em nenhuma prova. Opõem-se às constatações de facto feitas pelo Tribunal Geral.

Quanto à terceira parte do primeiro fundamento, relativa a erros de direito na apreciação do contexto das medidas em causa

- 32 O recorrente, apoiado pelo BPCE e pela Société Générale, alega que o Tribunal Geral cometeu erros de direito uma vez que, por um lado, omitiu a análise do conjunto do sistema CB e, por outro, ignorou os efeitos ambivalentes sobre a concorrência das medidas do Groupement ao focalizar-se exclusivamente na atividade da emissão dos cartões e ao não ter em conta o objetivo legítimo de defender o sistema CB contra fenómenos parasitários nem a existência de uma real concorrência sobre a atividade de aquisição.
- 33 Em primeiro lugar, o recorrente censura o Tribunal Geral por ter erradamente considerado o contexto jurídico do litígio ao fazer uma interpretação errada da jurisprudência. Em especial, o Tribunal Geral deveria ter concluído que as medidas em causa eram radicalmente diferentes das práticas nocivas objeto da prática decisória anterior. Assim, o Tribunal Geral tenta em vão aproximar o presente processo do acórdão BIDS. Além disso, o acórdão recorrido enferma de uma fundamentação contraditória na parte em que o Tribunal Geral, nos n.ºs 94 e 99 do referido acórdão, afirmou simultaneamente que as práticas examinadas nas decisões da Comissão, de 9 de agosto de 2001, Visa International (COMP/2929.373), e de 24 de julho de 2002, Visa International — Comissão interbancária multilateral (COMP/29.373) são sensivelmente diferentes das que estão em causa no presente processo e que essas duas decisões respeitam «a situações semelhantes ou idênticas». O erro de análise resulta também do facto de a própria Comissão ter aceitado discutir eventuais

compromissos por força do artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003, isto é, medidas «suscetíveis de dar resposta [às suas] objeções» e que não caracterizam uma infração às regras de concorrência enquanto tal.

- 34 Em segundo lugar, o recorrente considera que o Tribunal Geral tomou erradamente em conta o contexto económico ao eludir o funcionamento biface dos sistemas de pagamento. Com efeito, o Tribunal Geral limitou erradamente a sua análise apenas ao mercado da emissão, sem tomar em conta o mercado da aquisição. Ora, tendo reconhecido a natureza biface do sistema CB, o Tribunal Geral não teria podido concluir que apenas uma das duas facetas deste sistema era pertinente para permitir uma análise correta do objetivo das medidas em causa. A tomada em consideração destas duas facetas deveria ter levado o Tribunal Geral a concluir que as referidas medidas visavam efetivamente proteger esse sistema e não colocar entraves à concorrência dos emissores dos cartões CB.
- 35 O BPCE e a Société Générale acrescentam a este propósito que, ao decidir, no n.º 105 do acórdão recorrido, que as exigências de equilíbrio entre essas atividades não devem ser examinadas à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE, uma vez que o único mercado considerado é o da emissão dos cartões, o Tribunal Geral confundiu os conceitos de definição de mercado relevante e de análise do contexto jurídico e económico de um acordo. Ora, não resulta da jurisprudência que, para a aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, a definição de um mercado relevante podia permitir excluir a análise necessária à busca de um eventual objetivo anticoncorrencial dos elementos de natureza económica ou jurídica pela simples razão de que fazem parte de um mercado diferente.
- 36 Em terceiro lugar, o recorrente entende que o Tribunal Geral tomou erradamente em consideração o contexto económico ao não exercer a sua fiscalização sobre as apreciações económicas complexas. Ora, incumbe ao juiz da União fiscalizar se os elementos invocados constituem o conjunto dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para a apreciação de uma situação complexa e se estes são suscetíveis de apoiar as conclusões deles extraídas. No caso, o Tribunal Geral, no entanto, não procedeu de modo nenhum a essa fiscalização mínima e objetiva das apreciações económicas constantes da decisão controvertida, tendo-se limitado, nos n.ºs 320 e 321 do acórdão recorrido, a afastar certos estudos económicos apresentados pelo Groupement com fundamento na sua pretensa contradição com outros estudos.
- 37 A Comissão alega, em primeiro lugar, que o recorrente fez uma leitura parcelar do acórdão recorrido, uma vez que o Tribunal Geral não salientou o efeito ambivalente na concorrência. O Tribunal Geral mostrou que as medidas não têm efeitos a favor da concorrência e que não existe parasitismo do sistema CB. O combate ao parasitismo é, portanto, inadequado para justificar uma medida discriminatória que restringe as condições de entrada no mercado. Por outro lado, os tipos de acordo previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE não formam uma lista taxativa dos conluíus proibidos. Ora, as medidas em causa aproximam-se de práticas colusórias que foram qualificadas de restrição por objetivo no acórdão BIDS, pelas razões indicadas nos n.ºs 197 e 198 do acórdão recorrido. Não obstante a complexidade dessas medidas, a sua natureza de exclusão para dissuadir qualquer nova entrada de concorrentes no mercado manifesta-se claramente. Quanto ao respeito do dever de fundamentação, o Tribunal Geral explica nos n.ºs 94 a 99 do acórdão recorrido as razões pelas quais as decisões Visa e Visa Internacional — Comissão interbancária multilateral são sensivelmente diferentes das medidas em causa. Por fim, quanto ao facto de terem sido projetados compromissos, não tendo esta questão sido submetida ao Tribunal Geral, este fundamento é inadmissível. De qualquer modo, a Comissão dispõe de uma ampla margem de apreciação na matéria e nada permite concluir que uma pretensa falta de gravidade da infração tenha levado a Comissão a iniciar um processo de compromissos.
- 38 Em segundo lugar, quanto ao carácter biface do sistema CB, a Comissão constata que o Tribunal Geral analisou e verificou os motivos pelos quais a Comissão não acolheu determinados estudos apresentados pelo Groupement. A acusação segundo a qual o Tribunal Geral não respondeu à posição dos

economistas carece, portanto, «de valor» e, de qualquer modo, refere-se a uma questão de facto que escapa à fiscalização do Tribunal de Justiça no quadro de um recurso. Por outro lado, no presente processo, a infração reporta-se apenas ao mercado da emissão. O Tribunal Geral rejeitou a tese segundo a qual as atividades de aquisição e as de emissão integram um mercado único de serviços bancários de proximidade.

- 39 Em terceiro lugar, quanto à fiscalização exercida pelo Tribunal Geral sobre as apreciações económicas complexas, a Comissão entende que resulta dos n.ºs 320 e 321 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral fez uma leitura e uma análise dos dois estudos complementares apresentados pelo recorrente para demonstrar que as externalidades positivas geradas pela atividade de aquisição eram mais importantes do que as geradas pela atividade de emissão. Por outro lado, o Tribunal Geral julgou improcedente a acusação da desvirtuação desses dois estudos feita pela Comissão. O recorrente não provou que a apreciação feita pelo Tribunal Geral enferma de erro de direito ou de erro manifesto de apreciação.

Apreciação do Tribunal de Justiça

- 40 No seu primeiro fundamento, cujas três partes há que apreciar conjuntamente, o recorrente, apoiado pelo BNP Paribas, pelo BPCE e pela Société Générale, alega, em substância, que o acórdão impugnado enferma de erros de direito na medida em que o Tribunal Geral, em violação do artigo 81.º, n.º 1, CE, declarou que as medidas em causa tinham por «objetivo» restringir a concorrência na aceção desta disposição, omitindo, assim, erradamente o exame dos efeitos concretos das mesmas na concorrência.

Observações preliminares

- 41 A este respeito, antes de mais, há que sublinhar que resulta dos artigos 256.º TFUE e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça que o Tribunal Geral é exclusivamente competente, por um lado, para apurar a matéria de facto, exceto nos casos em que a inexatidão material das suas conclusões resulte dos documentos dos autos que lhe foram apresentados, e, por outro, para apreciar esses factos. Todavia, quando o Tribunal Geral tiver apurado ou apreciado os factos, o Tribunal de Justiça é competente, por força do artigo 256.º TFUE, para fiscalizar a qualificação jurídica desses factos e as consequências jurídicas daí retiradas pelo Tribunal Geral (v., designadamente, acórdão Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Comissão e Comissão/Alliance One International e o., C-628/10 P e C-14/11 P, EU:C:2012:479, n.º 84 e jurisprudência referida).
- 42 Por outro lado, importa lembrar que, em conformidade com as regras dos Tratados UE e FUE sobre a repartição de competências entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais da União, compete à Comissão, sob fiscalização do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça, velar pela aplicação dos princípios fixados pelos artigos 81.º CE e 82.º CE (v., neste sentido, designadamente, acórdão Masterfoods e HB, C-344/98, EU:C:2000:689, n.º 46).
- 43 Importa também lembrar que o princípio da proteção jurisdicional efetiva constitui um princípio geral do direito da União, que se encontra atualmente consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (v., neste sentido, designadamente, acórdãos Chalkor/Comissão, C-386/10 P, EU:C:2011:815, n.º 52 e jurisprudência referida).
- 44 Assim, resulta da jurisprudência da União que, quando nele é interposto, nos termos do artigo 263.º TFUE, um recurso de anulação de uma decisão de execução do artigo 81.º, n.º 1, CE, o Tribunal Geral deve exercer, de um modo geral, com base nos elementos de prova invocados pelo recorrente em apoio dos fundamentos invocados, uma fiscalização completa sobre a questão de saber se se encontram ou não preenchidas as condições de aplicação dessa disposição (v., neste sentido, acórdãos Remia e o./Comissão, 42/84, EU:C:1985:327, n.º 34; Chalkor/Comissão, EU:C:2011:815,

n.ºs 54 e 62; e Otis e o., C-199/11, EU:C:2012:684, n.º 59). O Tribunal Geral deve igualmente verificar officiosamente se a Comissão fundamentou a sua decisão (v., neste sentido, acórdãos Chalkor/Comissão, EU:C:2011:815, n.º 61 e jurisprudência referida, e Otis e o. EU:C:2012:684, n.º 60).

- 45 Ao proceder a essa fiscalização, o Tribunal Geral não se pode apoiar na margem de apreciação de que dispõe a Comissão, por força da competência que, em matéria de política da concorrência, lhe é atribuída pelos Tratados UE e FUE, para renunciar ao exercício de uma fiscalização aprofundada, tanto de direito como de facto (v., neste sentido, acórdãos Chalkor/Comissão, EU:C:2011:815, n.º 62, e Otis e o., EU:C:2012:684, n.º 61).
- 46 Em especial, embora seja certo que a Comissão dispõe, por força desta competência, de uma margem de apreciação em matéria económica, nomeadamente no quadro de apreciações económicas complexas, isso não implica, como resulta do número anterior do presente acórdão, que o Tribunal Geral se deva abster de fiscalizar a qualificação jurídica, feita pela Comissão, de dados de natureza económica. Por conseguinte, embora não possa este último substituir pela sua própria apreciação económica a apreciação da Comissão, a qual tem competência institucional para tal (v., neste sentido, designadamente, acórdãos Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 145, e Frucona Košice/Comissão, C-73/11 P, EU:C:2013:32, n.º 89 e jurisprudência referida), resulta de jurisprudência doravante consolidada que o juiz da União deve, designadamente, não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram (v., neste sentido, designadamente, acórdãos Chalkor/Comissão, EU:C:2011:815, n.º 54 e jurisprudência referida, e Otis e o., EU:C:2012:684, n.º 59).
- 47 É à luz destes princípios que cabe examinar se foi corretamente que o Tribunal Geral concluiu, no acórdão recorrido, que as medidas em causa têm por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

Quanto à apreciação da existência de uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE

- 48 Importa recordar que, para entrar no âmbito da proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE, 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.
- 49 A este propósito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que determinadas formas de coordenação entre empresas revelam um grau suficiente de nocividade para a concorrência para que se possa considerar que não há que examinar os seus efeitos (v., neste sentido, designadamente, acórdãos LTM, 56/65, EU:C:1966:38, 359 e 360; BIDS, n.º 15; e Allianz Hungária Biztosító e o., C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 34 e jurisprudência referida).
- 50 Esta jurisprudência tem em conta o facto de determinadas formas de coordenação entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo da concorrência (v., neste sentido, designadamente, acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., EU:C:2013:160, n.º 35 e jurisprudência referida).
- 51 Assim, 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 81.º, n.º 1, CE, demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado (v., neste sentido, designadamente, acórdão Clair, 123/83, EU:C:1985:33,

n.º 22). Com efeito, a experiência mostra que esses comportamentos provocam reduções da produção e subidas de preços, conduzindo a uma má repartição dos recursos em prejuízo, especialmente, dos consumidores.

- 52 Se a análise de um tipo de coordenação entre empresas não apresentar um grau suficiente de nocividade para a concorrência, há que examinar, em contrapartida, 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 (v., acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., EU:C:2013:160, n.º 34 e jurisprudência referida).
- 53 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a fim de apreciar se um acordo entre empresas ou uma associação de empresas apresenta um grau suficiente de nocividade para ser considerado uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere. No 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 (v., neste sentido, acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., EU:C:2013:160, n.º 36 e jurisprudência referida).
- 54 Além disso, embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um acordo entre empresas, nada impede que as autoridades da concorrência ou os órgãos jurisdicionais nacionais e da União a tenham em conta (v. acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., EU:C:2013:160, n.º 37 e jurisprudência referida).
- 55 Neste caso, há que concluir que o Tribunal Geral, quando definiu no acórdão recorrido os critérios jurídicos pertinentes a tomar em consideração para determinar a existência, no caso vertente, de uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, expôs o seguinte nos n.ºs 124 e 125 desse acórdão:

«124 Segundo a jurisprudência, os tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE, não formam uma lista taxativa de colusões proibidas e, por conseguinte, não há que interpretar o conceito de infração por objetivo de modo restritivo (v, neste sentido, acórdão [BIDS], n.ºs 22 e 23).

125 Para apreciar o carácter anticoncorrencial de um acordo ou de uma decisão de associação de empresas, importa atender, designadamente, ao teor das suas disposições, aos objetivos que o mesmo ou a mesma visa alcançar, bem como ao contexto jurídico e económico em que o mesmo ou a mesma se insere. A este propósito, basta que o acordo ou a decisão de associação de empresas possa produzir efeitos negativos na concorrência. Por outras palavras, esse acordo ou decisão devem ser simplesmente adequadas, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se inserem, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não é necessário que a concorrência seja realmente impedida, restringida ou falseada nem que haja uma ligação direta entre essa decisão e os preços no consumo. Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um acordo, nada impede que a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta (v., neste sentido, acórdão T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, [EU:C:2009:343], n.ºs 31, 39 e 43, e 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 e jurisprudência referida).»

- 56 Há que reconhecer que, ao pronunciar-se deste modo, o Tribunal Geral, em parte, ignorou a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, portanto, cometeu erros de direito no que toca à definição dos critérios jurídicos pertinentes para apreciar a existência de uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

- 57 Com efeito, por um lado, no n.º 125 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral, quando definiu o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» na aceção desta disposição, omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça indicada nos n.ºs 49 a 52 do presente acórdão, ignorando, assim, que 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.
- 58 Por outro lado, tendo em conta esta jurisprudência, foi erradamente que o Tribunal Geral considerou, no n.º 124 do acórdão recorrido, e depois no seu n.º 146, que o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» não deve ser interpretado «de forma restritiva». Com efeito, sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os efeitos concretos no mercado de acordos em que não está demonstrado que sejam, pela sua natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário. A este propósito, é irrelevante a circunstância de que estes tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE não constituam uma lista taxativa de colusões proibidas.
- 59 Importa, no entanto, apreciar se esses erros de direito foram de molde a viciar a análise feita pelo Tribunal Geral quanto à qualificação das medidas em causa à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 60 A este propósito, há que observar que, como resulta dos n.ºs 198, 227 e 234 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que as medidas em causa têm por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, na medida em que, no essencial, colocam entraves à concorrência dos novos operadores no mercado da emissão de cartões de pagamento em França.
- 61 Como resulta dos n.ºs 137, 204, 220, 223, 238 e 267 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou, após ter reproduzido, nos n.ºs 126 a 133 deste acórdão, o conteúdo de vários considerandos da decisão controvertida, que este objetivo anticoncorrencial resultava das próprias fórmulas de cálculo previstas para as medidas em causa.
- 62 Nestas condições, o Tribunal Geral decidiu, designadamente nos n.ºs 76 e 140 a 144 do acórdão recorrido, que o facto de as medidas em causa prosseguirem um objetivo legítimo de combate ao parasitismo do sistema CB não excluía que possam ser consideradas como tendo um objetivo restritivo da concorrência, tanto mais que este objetivo, tal como resultava das próprias fórmulas previstas para as ditas medidas, estava em contradição com os objetivos declarados pelo Groupement.
- 63 Além disso, o Tribunal Geral entendeu, designadamente nos n.ºs 104 e 105 do acórdão recorrido, que as exigências de equilíbrio entre a atividade de emissão e a de aquisição no sistema CB não tinham que ser examinadas no quadro do artigo 81.º, n.º 1, CE, uma vez que o único mercado escolhido era o mercado a jusante da emissão de cartões de pagamento.
- 64 Por fim, o Tribunal também considerou, em especial, nos n.ºs 134, 136 e 267 do acórdão recorrido, que é apenas a título «complementar e confirmativo» que, na decisão controvertida, a Comissão se baseou na intenção do Groupement, como resultava dos documentos, obtidos aquando das verificações, que continham as declarações dos líderes na fase de preparação das medidas em causa.
- 65 Por conseguinte, embora decorra do acórdão recorrido que o Tribunal Geral considerou que o objetivo restritivo das medidas em causa resultava unicamente da sua redação, há que concluir que, em contrapartida, em momento algum justificou, no quadro da sua fiscalização de legalidade da decisão controvertida, de que forma essa redação podia ser considerada reveladora da existência de uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

- 66 A este propósito, é certo que o Tribunal Geral salientou, no n.º 132 do acórdão recorrido, que a Comissão considerou, «com base em fórmulas previstas para as medidas em causa e devido à dificuldade em desenvolver a atividade de aquisição, que estas medidas impunham aos membros do Groupement que a elas estavam sujeitos que limitassem a sua atividade de emissão ou que suportassem os custos (ligados à emissão) não suportados por outros membros do Groupement, entre os quais os líderes. Estas fórmulas limitavam, assim, a possibilidade dos membros que a elas estavam sujeitos de concorrer (através dos preços), no mercado da emissão, com os membros do Groupement que não estavam sujeitos às mesmas».
- 67 Por outro lado, o Tribunal Geral salientou, no n.º 133 do acórdão recorrido, que a Comissão tinha indicado que a função atribuída pelo Groupement ao MERFA, que consistia numa incitação ao desenvolvimento da aquisição «era contrariada pela existência de comissões interbancárias que incentivavam a emissão [...] e pela circunstância de o direito complementar de adesão e o direito de ativação para os membros passivos sancionarem os bancos que num passado recente não tinham emitido um número suficiente de cartões».
- 68 Daí o Tribunal Geral deduz, nos n.ºs 197, 198, 227 e 234 do acórdão recorrido, que as medidas controvertidas, à semelhança das que estão em causa no acórdão BIDS, têm por objetivo colocar entraves à concorrência dos novos operadores no mercado da emissão dos cartões de pagamento em França, uma vez que impõem aos bancos que a elas estão sujeitos quer o pagamento de uma taxa, quer a limitação das suas atividades de emissão.
- 69 Todavia, embora o Tribunal Geral tenha exposto desta forma os motivos pelos quais as medidas em causa, atendendo às suas fórmulas, podem restringir a concorrência e, portanto, estar abrangidas pela proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE, em contrapartida, não justificou de modo nenhum, contrariamente às exigências da jurisprudência recordada nos n.ºs 49 e 50 do presente acórdão, por que razão esta restrição da concorrência apresenta um grau suficiente de nocividade para poder ser qualificada de restrição «por objetivo» na aceção desta disposição, não contendo o acórdão recorrido nenhuma análise quanto a este ponto.
- 70 Se, na verdade, como o Tribunal Geral acertadamente declarou nos n.ºs 76 e 140 a 144 do acórdão recorrido, o facto de as medidas em causa prosseguirem um objetivo legítimo de combate ao parasitismo não exclui que possam ser consideradas como tendo um objetivo restritivo da concorrência, o facto é que este objetivo restritivo deve ser provado.
- 71 Daqui resulta que o Tribunal Geral, ao qualificar as medidas em causa, não só feriu o acórdão recorrido de um vício de fundamentação como também procedeu a uma interpretação e a uma aplicação errada do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 72 Com efeito, embora resulte, designadamente dos n.ºs 204 e 247 do acórdão recorrido, que o Tribunal Geral afastou por várias vezes a afirmação do recorrente, segundo a qual decorria das fórmulas previstas para as medidas em causa que estas visavam desenvolver as atividades de aquisição dos membros para conseguir uma taxa de equilíbrio ótima entre as atividades de emissão e as de aquisição, em contrapartida, é facto assente, tal como resulta, aliás, designadamente, dos n.ºs 198, 199, 245, 247 e 327 do acórdão recorrido, que as referidas fórmulas incitavam os membros do Groupement, a fim de evitar o pagamento das taxas instituídas pelas referidas medidas, a não ultrapassar um determinado volume de emissão de cartões CB que lhes permitia alcançar uma relação determinada entre as atividades de emissão e as atividades de aquisição dos membros do Groupement.
- 73 Ora, após ter indicado, no n.º 83 do acórdão recorrido, que o Groupement se encontra ativo no «mercado dos sistemas de pagamento», o Tribunal Geral, no n.º 102 desse acórdão, salientou, no quadro da sua apreciação soberana dos factos, a qual não é contestada no âmbito do presente recurso, que, no caso concreto, num sistema de pagamento por cartão de natureza biface, como o do Groupement, as atividades de emissão e de aquisição são «indispensáveis» entre si e ao

funcionamento deste sistema, dado que, por um lado, os comerciantes não aceitariam aderir ao sistema se o número de portadores de cartões fosse insuficiente e, por outro, os consumidores não desejariam possuir um cartão se este não pudesse ser usado num número suficiente de comerciantes.

- 74 Por conseguinte, tendo declarado, no n.º 104 do acórdão recorrido, que existiam «interações» entre as atividades de «emissão» e as de «aquisição» de um sistema de pagamento e que essas atividades produziam «efeitos de rede indiretos», uma vez que a importância da aceitação dos cartões pelos comerciantes e o número de cartões em circulação influem entre si, o Tribunal Geral não podia, sem cometer um erro de direito, concluir que as medidas em causa tinham por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 75 Com efeito, tendo admitido que as fórmulas adotadas nessas medidas visavam demonstrar uma determinada relação entre as atividades de emissão e as atividades de aquisição dos membros do Groupement, o Tribunal Geral podia daí deduzir, quando muito, que as referidas medidas tinham por objetivo impor uma contribuição financeira aos membros do Groupement que beneficiam dos esforços realizados por outros membros para o desenvolvimento das atividades de aquisição do sistema. Ora, tal objetivo não pode ser considerado, pela sua própria natureza, prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, além de que o próprio Tribunal Geral considerou, designadamente nos n.ºs 76 e 77 do acórdão recorrido, que o combate ao parasitismo do sistema CB constituía um objetivo legítimo.
- 76 A este propósito, como o advogado-geral realçou no n.º 149 das suas conclusões, o Tribunal Geral considerou erradamente, no n.º 105 do acórdão recorrido, que a análise das exigências de equilíbrio entre as atividades de emissão e de aquisição no sistema de pagamento não podia ser efetuada no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, uma vez que o mercado relevante era não o dos sistemas de pagamento em França, mas sim o mercado, situado a jusante, da emissão de cartões de pagamento nesse Estado-Membro.
- 77 Ao pronunciar-se deste modo, o Tribunal Geral confundiu a questão da definição do mercado relevante e a do contexto a ter em conta para determinar se o teor de um acordo ou de uma decisão de associação de empresas revela a existência de uma restrição da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 78 Com efeito, para apreciar se uma coordenação entre empresas é por natureza prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, importa, segundo a jurisprudência recordada no n.º 53 do presente acórdão, tomar em consideração qualquer elemento pertinente, tendo em conta, designadamente, a natureza dos serviços em causa, bem como as condições reais de funcionamento e da estrutura dos mercados, relativo ao contexto económico ou jurídico em que a referida coordenação se insere, independentemente de esse elemento ser ou não abrangido pelo mercado relevante.
- 79 Deve ser esse o caso, em especial, quando esse elemento consiste precisamente na tomada em consideração da existência de interações entre o mercado relevante e um mercado conexo distinto (v., por analogia, acórdãos *Delimitis*, C-234/89, EU:C:1991:91, n.ºs 17 a 23, e *Allianz Hungária Biztosító e o.*, EU:C:2013:160, n.º 42) e, por maioria de razão, quando existem, como no caso, interações entre os dois aspetos de um sistema biface.
- 80 É certo que não se pode excluir que as medidas em causa, como o Tribunal Geral declarou nos n.ºs 198, 227 e 234 do acórdão recorrido, colocam entraves à concorrência que emana de novos operadores, tendo em conta a dificuldade criada por essas medidas para fazer crescer a atividade de aquisição desses novos operadores, ou mesmo levarem à exclusão destes do sistema, em função, tal como o BPCE alegou na audiência, do nível das taxas exigidas em aplicação das referidas medidas.
- 81 Todavia, tal constatação, como salientou o advogado-geral no n.º 131 das suas conclusões, releva de um exame dos efeitos das referidas medidas na concorrência e não do objetivo dessas medidas.

- 82 Assim, impõe-se constatar que, sob pretexto de um exame das «opções» oferecidas aos membros do Groupement pelas medidas em causa, nos n.ºs 161 a 193 do acórdão recorrido, no termo do qual concluiu, no n.º 194 desse acórdão, que «o MERFA deixava, na prática, duas opções aos bancos sujeitos a essas medidas: o pagamento de uma taxa ou a limitação da emissão dos cartões CB», o Tribunal Geral, na realidade, apreciou os efeitos potenciais das referidas medidas, procedendo à análise das dificuldades para os bancos de desenvolver a atividade de aquisição com base nos dados de mercado, em declarações de determinados bancos e em documentos apreendidos quando das verificações, realçando ele próprio, deste modo, que as medidas em causa não podem ser consideradas «pela sua própria natureza» prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência.
- 83 A este propósito, foi erradamente que o Tribunal Geral, nos n.ºs 197 e 198 do acórdão recorrido, entendeu que as medidas em causa podiam ser consideradas análogas às apreciadas pelo Tribunal de Justiça no acórdão BIDS, no qual o Tribunal de Justiça declarou que os acordos referidos (a seguir «acordos BIDS»), celebrados entre os dez principais transformadores de carne de bovino na Irlanda, membros da BIDS, tinham por objetivo restringir a concorrência, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 84 Com efeito, os acordos BIDS, ao preverem uma redução das capacidades de transformação em cerca de 25%, destinam-se essencialmente, segundo os seus próprios termos, a permitir que diversas empresas implementem uma política comum que tenha por objeto favorecer a saída do mercado de algumas delas e, conseqüentemente, reduzir o excesso de capacidades que afeta a rentabilidade das mesmas, ao impedi-las de realizar economias de escala. Os acordos BIDS destinavam-se, assim, a alterar de forma sensível a estrutura do mercado graças a um mecanismo destinado a encorajar a saída de empresas concorrentes com vista, por um lado, a aumentar o grau de concentração do mercado em causa através da redução significativa do número de empresas que oferecem serviços de transformação e, por outro, a eliminação de cerca de 75% da capacidade de produção excedentárias (acórdão BIDS, n.ºs 31 a 33).
- 85 Ora, no acórdão recorrido, o Tribunal Geral não constatou de modo nenhum, nem, aliás, de modo algum foi perante ele alegado, que as medidas em causa, à semelhança dos acordos BIDS, se destinavam a alterar de forma sensível a estrutura do mercado em causa através de um mecanismo destinado a encorajar a saída de empresas concorrentes e, portanto, que essas medidas apresentavam um grau de nocividade como o dos acordos BIDS.
- 86 Na verdade, embora o Tribunal Geral tenha salientado, no n.º 198 do acórdão recorrido, que as medidas em causa incentivavam os membros do Groupement a não ultrapassar um certo volume de emissão de cartões CB, o objetivo de tal incitação era, de acordo com as suas próprias constatações nos n.ºs 245, 247 e 327 desse acórdão, não de reduzir eventuais excessos de capacidades no mercado da emissão de cartões de pagamento em França, mas sim atingir uma relação determinada entre as atividades de emissão e as atividades de aquisição dos membros do Groupement para desenvolver mais o sistema CB.
- 87 Daqui resulta que o Tribunal Geral não podia, sem cometer um erro de direito, qualificar as medidas em causa de restrições da concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 88 Não podendo as intenções prosseguidas pelo Groupement, por si só, em conformidade com a jurisprudência recordada no n.º 54 do presente acórdão, bastar para provar a existência de um objetivo anticoncorrencial e tendo o próprio Tribunal Geral indicado, nos n.ºs 134, 136 e 267 do acórdão recorrido, que a análise das mesmas tinha sido feita a título complementar e confirmativo, as constatações feitas pelo Tribunal Geral a este propósito, designadamente nos n.ºs 251 a 266 desse acórdão, também não podem, sem que seja necessário apreciar os argumentos adiantados pelo recorrente sobre este ponto, justificar tal qualificação.

- 89 Considerados em conjunto, os erros de direito cometidos pelo Tribunal Geral no que toca aos critérios jurídicos pertinentes para apreciar a existência de uma restrição da concorrência «por objetivo», a fundamentação do acórdão recorrido e a qualificação das medidas em causa à luz do artigo 81.º, n.º 1, CE revelam, além disso, uma falta geral de análise por parte do Tribunal Geral e demonstram, assim, um exame incompleto e não aprofundado dos argumentos dos recorrentes e das partes, que requeriam a anulação da decisão controvertida.
- 90 Ao limitar-se, por várias vezes, designadamente nos n.ºs 126 a 136 do acórdão recorrido, a reproduzir o conteúdo da decisão controvertida, o Tribunal Geral de facto não verificou, quando estava obrigado a fazê-lo, se os elementos admitidos pela Comissão nessa decisão lhe permitiam concluir corretamente que as medidas em causa, tendo em conta os seus termos, objetivos e contexto, apresentavam um grau suficiente de nocividade face à concorrência para se considerar que tinham por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, e, portanto, se os referidos elementos constituíam o conjunto dos dados pertinentes a serem tomado em consideração para o efeito.
- 91 Nessas circunstâncias, afigura-se que o Tribunal Geral não cumpriu o seu dever de respeitar o nível de fiscalização exigido pela jurisprudência, tal como exposto nos n.ºs 42 a 46 do presente acórdão.
- 92 Atendendo a tudo o que precede, há que observar que o Tribunal Geral, ao decidir que as medidas em causa tinham por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, cometeu erros de direito e violou o grau de fiscalização jurisdicional exigido pela jurisprudência.
- 93 Nestas condições, é acolhido o primeiro fundamento do recurso.
- 94 Por conseguinte, há que anular o acórdão recorrido, sem que seja necessário examinar todos os outros fundamentos invocados pelo recorrente em apoio do seu recurso.

Quanto à remessa do processo ao Tribunal Geral

- 95 Em conformidade com o artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, quando o recurso for julgado procedente, o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal Geral. Pode, neste caso, decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral, para julgamento.
- 96 A este propósito, há que observar que os fundamentos que justificam a anulação do acórdão recorrido não são de molde a levar à anulação total da decisão controvertida. Com efeito, os referidos fundamentos apenas implicam a anulação desta decisão na parte em que declara que as medidas em causa têm por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 97 Por conseguinte, em aplicação da jurisprudência recordada no n.º 52 do presente acórdão, importa determinar se, tal como a Comissão considerou na decisão controvertida, os acordos em causa têm «por efeito» restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 98 Todavia, este aspeto do litígio implica o exame de questões de facto complexas com base em elementos que, por um lado, não foram apreciados pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido, dado que este entendeu, nos seus n.ºs 270 e 271, que esse exame era supérfluo, visto ter considerado que a Comissão não incorrera em erro ao concluir, na decisão controvertida, que as medidas em causa tinham um objetivo anticoncorrencial, e, por outro, não foram debatidos no Tribunal de Justiça, donde resulta que o processo, neste ponto, não está em condições de ser julgado.
- 99 Por conseguinte, há que remeter o processo ao Tribunal Geral e reservar para final a decisão quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) decide:

- 1) **O acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, de 29 de novembro de 2012, CB/Comissão (T-491/07), é anulado.**
- 2) **O processo é remetido ao Tribunal Geral da União Europeia.**
- 3) **Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.**

Assinaturas