



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NICHOLAS EMILIOU
apresentadas em 12 de maio de 2022¹

Processo C-883/19 P

**HSBC Holdings plc,
HSBC Bank plc,
HSBC Continental Europe, anteriormente HSBC France
contra**

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Concorrência — Artigo 101.º TFUE — Manipulação das taxas de referência interbancárias da Euribor — Troca de informações confidenciais — Restrição da concorrência “por objeto” — Infração única e continuada — Transação — Procedimento híbrido — Presunção de inocência — Direito a uma boa administração — Dever de imparcialidade»

I. Introdução

1. Os derivados de taxas de juro em euros (*Euro Interest Rate Derivatives*, a seguir «EIRD») são frequentemente utilizados como coberturas pelos bancos, investidores institucionais, empresas e particulares para se protegerem de alterações nas taxas de juros do mercado. A taxa Euribor é importante porque fornece a referência para o preço das taxas de juros de todos os tipos de produtos financeiros, tais como *swaps* de taxas de juro, contratos de futuros de taxas de juro, contas-poupança e hipotecas. Por outro lado, o índice médio da taxa de juro do euro a um dia (Euro Over-Night Index Average, a seguir «EONIA») costumava servir como taxa de referência interbancária a um dia para o euro. A taxa EONIA foi descontinuada com efeitos a 3 de janeiro de 2022.

2. No presente recurso, algumas empresas pertencentes ao grupo bancário HSBC pedem ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão do Tribunal Geral², no qual este negou parcialmente provimento ao recurso de anulação da decisão da Comissão que lhes aplicou uma coima pela participação, de 12 de fevereiro a 27 de março de 2007, num cartel no mercado dos EIRD ligado à Euribor e/ou à EONIA³.

¹ Língua original: inglês.

² Acórdão de 24 de setembro de 2019, HSBC Holdings e o./Comissão (T-105/17, EU:T:2019:675, n.ºs 1 a 12) (a seguir «acórdão recorrido»).

³ Decisão da Comissão, de 7 de dezembro de 2016, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º [TFUE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39914 — Derivados de taxas de juro em euros), [C(2016) 8530 final] (a seguir «decisão controvertida»).

3. Este recurso suscita uma série de questões processuais e substantivas relativas ao direito da concorrência da União Europeia. Entre tais questões, assumem especial relevo os deveres da Comissão de agir com imparcialidade e de respeitar o princípio da presunção de inocência das partes que não transigiram ao realizar os procedimentos híbridos⁴, e o conceito de «infração por objeto».

II. Antecedentes de facto e de direito

4. Os antecedentes de facto e de direito do presente processo, tal como constam do acórdão recorrido⁵, podem ser resumidos como se segue.

5. Em 14 de junho de 2011, o grupo bancário Barclays (a seguir «Barclays») apresentou à Comissão um pedido de concessão de um «marco» nos termos da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis⁶, informando-a da existência de um cartel no setor dos EIRD e manifestando a sua intenção de cooperar. Em 14 de outubro de 2011, foi concedida imunidade condicional ao Barclays.

6. Em 5 de março e 29 de outubro de 2013, em aplicação do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão deu início a um processo por infração contra a HSBC Holdings plc, o HSBC Bank plc, e a HSBC Continental Europe (anteriormente HSBC France) (a seguir, considerados em conjunto, «HSBC» ou «recorrentes») e o Barclays, a Crédit Agricole SA e o Crédit Agricole Corporate and Investment Bank (a seguir, considerados em conjunto, «Crédit agricole»), o Deutsche Bank AG, a Deutsche Bank Services (Jersey) Ltd e a DB Group Services (UK) Ltd (a seguir, considerados em conjunto, «Deutsche Bank»), a JP Morgan Chase & Co., o JP Morgan Chase Bank National Association e a JP Morgan Services LLP (a seguir, considerados em conjunto, «JP Morgan»), o Royal Bank of Scotland plc e o Royal Bank of Scotland Group plc (a seguir, considerados em conjunto, «RBS»), e a Société Générale.

7. O Barclays, o Deutsche Bank, a Société Générale e o RBS pretenderam participar num procedimento de transação nos termos do artigo 10.º-A do Regulamento n.º 773/2004. Os recorrentes, Crédit Agricole e JP Morgan, decidiram não participar neste procedimento de transação.

8. Em 4 de dezembro de 2013, a Comissão adotou em relação ao Barclays, ao Deutsche Bank, à Société générale e ao RBS, a Decisão C(2013) 8512 final, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º [TFUE] e do artigo 53.º do Acordo EEE [Processo AT.39914, Derivados de taxas de juro em euros (EIRD) (Transação)] (a seguir «decisão de transação»), na qual concluiu que estas empresas violaram o artigo 101.º TFUE e o artigo 53.º do Acordo EEE por terem participado numa infração única e continuada que tinha por objetivo a alteração do curso normal de fixação dos preços no mercado dos EIRD.

⁴ Um «procedimento híbrido» é um processo em que um procedimento de transação nos termos do artigo 10.º-A do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos [101.º] e [102.º TFUE] (JO 2004, L 123, p. 18), conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30 de junho de 2008, no que se refere à condução de procedimentos de transação nos processos de cartéis (JO 2008, L 171, p. 3), e um procedimento administrativo ordinário nos termos do artigo 7.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 [101.º] e [102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1) são realizados em paralelo pela Comissão.

⁵ N.ºs 1 a 11 do acórdão recorrido.

⁶ JO 2006, C 298, p. 17.

9. Em 19 de março de 2014, a Comissão enviou aos recorrentes uma comunicação de acusações, assim como ao Crédit Agricole e à JP Morgan.

10. Os recorrentes tiveram a possibilidade de consultar as partes acessíveis do processo da Comissão e os seus representantes beneficiaram de um acesso adicional ao processo nas instalações da Comissão. Os recorrentes tiveram igualmente acesso à comunicação de acusações, enviada às partes envolvidas no processo de transação, às respostas destas partes, assim como à decisão de transação.

11. Em 14 de novembro de 2014, os recorrentes apresentaram as suas observações escritas na sequência da comunicação de acusações e manifestaram-se na audição que se realizou entre 15 e 17 de junho de 2015.

12. Em 7 de dezembro de 2016, a Comissão adotou a decisão controvertida, ao abrigo dos artigos 7.º e 23.º do Regulamento n.º 1/2003.

13. O artigo 1.º da decisão controvertida referiu, nomeadamente, que os recorrentes tinham violado o artigo 101.º TFUE e o artigo 53.º do Acordo EEE, por terem participado, entre 12 de fevereiro de 2007 e 27 de março de 2007, «numa infração única e continuada relativa a [EIRDs]. Esta infração, que abrangeu todo o EEE, consistiu em acordos e/ou práticas concertadas que tinham por objetivo distorcer o curso normal das componentes dos preços no setor dos derivados de taxas de juro em euros [...]».

14. O artigo 2.º da decisão controvertida aplicou uma coima aos recorrentes, pela qual são solidariamente responsáveis, no valor de 33 606 000 euros.

III. Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

15. Com o seu recurso interposto em 17 de fevereiro de 2017, nos termos do artigo 263.º TFUE, os recorrentes pediram ao Tribunal Geral, em substância, a anulação da decisão controvertida ou, subsidiariamente, a alteração do valor da coima.

16. No seu Acórdão de 24 de setembro de 2019, o Tribunal Geral julgou improcedentes os fundamentos dos recorrentes relativos: (i) à qualificação de infração por objetivo aplicada pela Comissão; (ii) à qualificação de infração única e continuada aplicada pela Comissão; e (iii) a um alegado erro de direito e à violação das formalidades essenciais durante o procedimento administrativo. No entanto, o Tribunal Geral considerou que a decisão controvertida estava viciada por fundamentação inadequada no que respeita à determinação do montante da coima.

17. Consequentemente, o Tribunal de Geral anulou parcialmente (ponto 1 do dispositivo) e confirmou parcialmente (ponto 2 do dispositivo) a decisão controvertida, condenando tanto os recorrentes como a Comissão a suportar as suas próprias despesas (pontos 3 e 4 do dispositivo).

IV. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

18. No seu recurso no Tribunal de Justiça, interposto em 3 de dezembro de 2019, os recorrentes pedem que o Tribunal de Justiça se digne: (i) anular o ponto 2 do dispositivo do acórdão recorrido (ii) anular o artigo 1.º, alínea b), da decisão controvertida ou, a título subsidiário, anular o artigo 1.º, alínea b), na parte em que se refere à participação da HSBC numa infração única e continuada depois de 19 de março de 2007, e (iii) condenar a Comissão no pagamento das despesas.

19. Por seu lado, a Comissão pede que o Tribunal de Justiça se digne negar provimento ao recurso e condenar os recorrentes nas despesas.

20. Por Despachos do presidente do Tribunal de Justiça, de 16 de julho de 2020, foi admitida a intervenção do Crédit Agricole e da JP Morgan (a seguir «intervenientes») em apoio dos pedidos dos recorrentes.

21. Por Decisão de 28 de junho de 2021, a Comissão alterou e voltou a adotar a decisão controvertida para sanar a inadequação da fundamentação relativa à coima aplicada aos recorrentes (a seguir «Decisão de 2021»)⁷.

22. Em 7 de setembro de 2021, através de uma medida de organização do processo adotada nos termos do artigo 62.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a Comissão foi convidada a apresentar uma cópia da Decisão de 2021 e a responder a três questões relativas aos efeitos dessa decisão em relação à decisão (original) que é objeto do acórdão recorrido. Por carta de 16 de setembro de 2021, a Comissão informou o Tribunal de Justiça de que a Decisão de 2021 apenas tinha alterado os considerandos e o dispositivo da decisão controvertida no que respeita ao montante da coima aplicada aos recorrentes. Em contrapartida, a Decisão de 2021 não alterou as partes da decisão controvertida que são objeto do presente recurso.

23. Os recorrentes, os intervenientes e a Comissão apresentaram os seus pontos de vista na audiência perante o Tribunal de Justiça, realizada em 26 de janeiro de 2022.

V. Apreciação

24. As presentes conclusões irão abordar cada um dos seis fundamentos do recurso pela ordem em que foram apresentados pelos recorrentes, e irão ter globalmente em consideração os fundamentos que dizem respeito à mesma questão.

25. Por conseguinte, irei abordar em primeiro lugar as alegações relativas à violação, pela Comissão, de alguns direitos e garantias processuais dos recorrentes (A). Em segundo lugar, irei abordar os fundamentos do recurso dos recorrentes relativos à caracterização, pelo Tribunal Geral, da conduta dos recorrentes como uma infração por «objetivo» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (B). Em terceiro e último lugar, irei abordar os argumentos dos recorrentes relativos às constatações do Tribunal Geral de que participaram numa «infração única e continuada» (C).

⁷ Decisão da Comissão C(2021) 4600 final, de 28 de junho de 2021, que altera a Decisão da Comissão C(2016) 8530 final, de 7 de dezembro de 2016 (AT.39914 — Derivados de taxas de juro em euros).

26. Tendo em conta a quantidade e a importância das questões suscitadas pelo presente recurso, estas conclusões irão discutir com maior detalhe aquelas que parecem suscitar novas questões de direito ou, em todo o caso, ter um determinado grau de complexidade. Em contrapartida, irei abordar as restantes questões de forma mais concisa uma vez que, na minha opinião, é possível resolvê-las com base em jurisprudência constante.

A. Quanto ao primeiro fundamento do recurso: a presunção de inocência e o direito a uma boa administração

1. Argumentos das partes

27. Com o seu primeiro fundamento, dirigido contra os n.ºs 287 a 292 do acórdão recorrido, os recorrentes alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao apreciar os seus fundamentos relativos à violação, pela Comissão, do princípio da presunção de inocência, do seu direito a uma boa administração e do respeito dos seus direitos de defesa.

28. Os recorrentes alegam que, ao adotar um procedimento híbrido *escalonado*⁸, a Comissão prejudicou irremediavelmente a sua posição antes da decisão controvertida ser efetivamente adotada, violando assim o princípio da presunção de inocência. Com efeito, a decisão de transação, apesar de não ter sido dirigida ao HSBC, considerou que o HSBC era parte em práticas bilaterais com outra entidade bancária que tinham por objetivo restringir a concorrência. Esta conclusão não podia, na opinião dos recorrentes, ser anulada no processo (ordinário) subsequente que incidiu sobre as partes que não transigiram, incluindo os recorrentes.

29. Os recorrentes alegam também que a Comissão violou o seu direito a uma boa administração ao não ter atuado com imparcialidade na apreciação do seu caso. Segundo os recorrentes, esta violação foi confirmada pelo Provedor de Justiça Europeu. Em 2015, o Provedor de Justiça considerou que o comissário responsável pela concorrência (a seguir «o então comissário») tinha, em 2012 e 2014, feito algumas declarações públicas que se poderiam razoavelmente ser entendidas no sentido de sugerir que a Comissão (ou o próprio comissário) já tinha decidido o resultado da investigação em curso, e que tal constituía um ato de má administração⁹.

30. Os recorrentes alegam que, ao apreciar os argumentos invocados relativamente à presunção de inocência e ao direito a uma boa administração, o Tribunal Geral adotou o critério jurídico incorreto, ao exigir-lhes que fornecessem provas de que, sem esta violação, a decisão tinha sido diferente¹⁰ (a seguir «critério Suiker Unie»¹¹). O critério jurídico correto que deveria ter sido aplicado, na opinião dos recorrentes, é o de saber se teriam tido «uma oportunidade, ainda que reduzida» de que a decisão relevante pudesse ter sido diferente¹².

⁸ Um procedimento híbrido é designado como «escalonado» quando a decisão de transação e a decisão ordinária não são adotadas ao mesmo tempo, mas escalonadas no tempo.

⁹ Decisão do Provedor de Justiça Europeu, de 11 de novembro de 2015, no âmbito do inquérito sobre a queixa 1021/2014/PD contra a Comissão Europeia (a seguir «Decisão do Provedor de Justiça»).

¹⁰ N.ºs 289 e 291 do acórdão recorrido.

¹¹ Formulado pela primeira vez no Acórdão de 16 de dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, n.ºs 90 e 91).

¹² A este respeito, os recorrentes referem-se principalmente ao Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 56).

31. Os intervenientes apresentam argumentos semelhantes relativamente a este ponto. Em especial, o Crédit Agricole considera que, quando o respeito pela presunção de inocência das partes que não transigiram não puder ser garantido plenamente numa decisão de transação, a Comissão deve adotar as várias decisões (ou seja, a decisão de transação e as decisões ordinárias) ao mesmo tempo. No que respeita ao dever de imparcialidade da Comissão, o Crédit Agricole alega que o acórdão recorrido está viciado por fundamentação insuficiente, uma vez que trata da alegada violação da imparcialidade objetiva, mas não da imparcialidade subjetiva. A JP Morgan considera que, ao aplicar o critério «*Suiker Unie*», o Tribunal Geral impôs aos recorrentes um ónus de prova impossível, o que resultaria, assim, numa violação do seu direito a um recurso efetivo, previsto no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

32. A Comissão, por seu lado, rejeita as críticas dos recorrentes relativas ao acórdão recorrido. A Comissão alega que respeitou tanto o seu dever de imparcialidade objetiva como o princípio da presunção de inocência quando adotou a decisão de transação anterior à decisão controvertida. A este respeito, a Comissão salienta que nem a legislação pertinente¹³, nem a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da União¹⁴ obstam a um procedimento híbrido escalonado no tempo. A Comissão considera que o Tribunal Geral decidiu corretamente que a decisão de transação (i) não continha qualquer declaração de responsabilidade, nem qualquer decisão negativa contra o HSBC, e (ii) incluía apenas algumas referências ao HSBC, que se limitavam ao estritamente necessário para descrever e estabelecer o processo contra as partes envolvidas no procedimento de transação.

33. Além disso, a Comissão alega que, ao adotar o critério *Suiker Unie*, o Tribunal Geral seguiu devidamente a jurisprudência segundo a qual qualquer irregularidade relativa à imparcialidade objetiva da Comissão (ou de um membro do seu pessoal) pode provocar a anulação da decisão em causa, se se provar que, na falta dessa irregularidade, a referida decisão teria tido um conteúdo diferente¹⁵. O critério sugerido pelos recorrentes diz respeito, na opinião da Comissão, a outro erro processual (violação do direito de defesa de uma empresa), diferente do invocado no caso em apreço (falta de imparcialidade).

2. Análise

34. Em substância, os argumentos apresentados pelos recorrentes resumem-se a duas questões, que irei discutir de seguida.

a) Quanto às consequências de erros processuais

35. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral julgou improcedentes, por serem ineficazes, os fundamentos dos recorrentes relativos ao princípio da presunção da inocência e ao direito a uma boa administração. O Tribunal Geral declarou que, mesmo que tivesse ocorrido qualquer violação a este respeito, a irregularidade processual cometida pela Comissão só conduziria à anulação da decisão controvertida se o critério *Suiker Unie* estivesse preenchido. No entanto, na medida em

¹³ A Comissão refere-se ao artigo 10.º-A do Regulamento n.º 773/2004, e ao ponto 9 da Comunicação da Comissão relativa à condução dos procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis (JO 2008, C 167, p. 1).

¹⁴ V., em especial, o Acórdão de 18 de março de 2021, Pometon/Comissão (C-440/19 P, EU:C:2021:214) (a seguir «Pometon»).

¹⁵ A Comissão aponta para duas decisões do Tribunal Geral que confirmam esse teste: Acórdãos de 6 de julho de 2000, Volkswagen/Comissão (T-62/98, EU:T:2000:180, n.ºs 281 e 283), e de 10 de novembro de 2017, Icap e o./Comissão (T-180/15, EU:T:2017:795, n.º 278).

que já tinha considerado que a decisão controvertida efetivamente estabelecia de forma legalmente suficiente, a participação do HSBC na conduta anticoncorrencial em causa, o Tribunal Geral considerou que o critério não estava cumprido.

36. Os recorrentes criticam esta linha de raciocínio, alegando que o Tribunal Geral aplicou o critério jurídico errado no que diz respeito às consequências decorrentes das violações da Comissão.

37. Concordo.

38. Para explicar por que sou desta opinião, pode ser útil uma breve análise da jurisprudência relativa às consequências de eventuais erros processuais cometidos pela Comissão na execução de procedimentos no domínio da concorrência. Com efeito, a União Europeia não dispõe, até à data, de legislação abrangente que determine as consequências dos erros processuais cometidos pela Comissão durante o procedimento administrativo¹⁶. O Regulamento n.º 1/2003 também não contém um conjunto de medidas específicas a este respeito. Por conseguinte, coube ao juiz da União preencher essa lacuna.

39. À primeira vista, a jurisprudência pode parecer bastante diversificada, para não dizer confusa¹⁷. É certo que as razões pelas quais o juiz da União, por exemplo, aplicou critérios jurídicos diferentes para determinar as consequências decorrentes de erros processuais e/ou seguiu diferentes princípios relativamente ao ónus e nível de prova a esse respeito não são imediatamente aparentes.

40. No entanto, se nos aventurarmos para além da mera terminologia dos vários acórdãos sobre esta matéria, que se estendem por várias décadas de atividade judiciária, e ainda que nem todos os acórdãos se enquadrem perfeitamente em grupos definidos, podem ser identificados *dois* grupos principais de jurisprudência.

41. Num *primeiro* grupo jurisprudencial, o tribunal da União anulou, sem mais, decisões adotadas na sequência de um procedimento no qual a Comissão violou uma «formalidade essencial». Nesses casos, o Tribunal de Justiça considerou desnecessário que as empresas que invocam o erro processual demonstrem que esse erro pode ter influenciado o desenrolar do processo e o conteúdo das decisões controvertidas em seu prejuízo¹⁸.

42. Uma abordagem rigorosa em processos em que a Comissão não cumpre as formalidades essenciais — ou seja, disposições fundamentais de natureza processual previstas no direito primário ou derivado da União — é, na minha opinião, plenamente justificada. Nesses casos, a Comissão está essencialmente a atuar fora do quadro jurídico previsto nos Tratados, em violação dos princípios da legalidade e da atribuição de competências¹⁹.

¹⁶ Sobre este tema, em detalhe, v. Lenaerts, K., Vanhamme, I., «Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process», *Common Market Law Review*, Vol. 34, 1997, pp. 531 e 568.

¹⁷ Para uma visão geral, e com referências adicionais à doutrina, v., nomeadamente, Barbier de La Serre, E., «Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends», *European Public Law*, 2006, pp. 225 a 250; e Nehl, H.P. *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Harts Publishing, Oxford, 1999, pp. 167 a 170.

¹⁸ V., por exemplo, Acórdãos de 15 de junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, EU:C:1994:247, n.ºs 75 e 76); de 6 de abril de 2000, Comissão/ICI (C-286/95 P, EU:C:2000:188, n.ºs 40, 41 e 51); e de 21 de setembro de 2017, Feralpi/Comissão (C-85/15 P, EU:C:2017:709, n.ºs 45 e 46).

¹⁹ Sobre o princípio da atribuição de competências, v. Acórdão de 21 de junho de 2018, Polónia/Parlamento e Conselho (C-5/16, EU:C:2018:483, n.º 84 e jurisprudência referida). Na doutrina, v. Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 253 a 256.

43. A este respeito, importa recordar que, nos termos do artigo 13.º, n.º 2, TUE, as instituições da União devem atuar «dentro dos limites das atribuições que [lhes] são conferidas pelos Tratados, *de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que estes estabelecem*»²⁰. Além disso, nos termos do segundo parágrafo do artigo 296.º TFUE, «[O]s atos jurídicos [da União] são fundamentados». Por conseguinte, ao adotar atos que produzam efeitos jurídicos vinculativos, as instituições da União não podem desrespeitar as regras processuais mais elementares, nomeadamente seguindo processos *sui generis*²¹ ou adotando atos que, não tendo fundamentação adequada, tornem a fiscalização jurisdicional impossível²².

44. Consequentemente, quando a Comissão não cumpre formalidades essenciais, existe um claro (e imperativo) interesse público em expurgar a ordem jurídica da União dos atos viciados por tão graves causas de nulidade. Este interesse público justifica a anulação imediata dos atos em causa, independentemente de coexistir (e coincidir) com o interesse privado de algumas empresas cujos direitos processuais foram violados. Esta é a razão pela qual as empresas que invocam a violação de uma formalidade essencial não precisam de provar qualquer efeito adverso em resultado da irregularidade: a mera constatação da irregularidade implica a anulação da decisão em causa.

45. Num *segundo* grupo jurisprudencial, o tribunal da União lidou com irregularidades processuais em relação às quais não é possível identificar qualquer interesse público determinante para a anulação do ato em causa. Nestes casos, compete às empresas em causa invocar a violação, prová-la de forma adequada, e — habitualmente — ilustrar as possíveis consequências dela decorrentes. Com efeito, nesses casos, o tribunal da União geralmente adotou o que poderia ser referido — tomando emprestado um termo comum nos Estados Unidos da América — como um critério do «erro benigno». Dito de forma simples, uma irregularidade processual só conduz à anulação do ato impugnado se a irregularidade tiver ou possa ter influenciado o resultado do processo.

46. No entanto, a formulação precisa do critério do erro benigno diferiu nas várias decisões, oscilando — dependendo das circunstâncias específicas de cada processo — entre uma forma mais leve e uma forma mais rigorosa. Além disso, em alguns casos o Tribunal de Justiça parece ter feito uso de uma presunção a esse respeito. Por conseguinte, no grupo de jurisprudência em causa, relativa às irregularidades que afetam principalmente os direitos dos particulares, podem ser encontradas três vertentes distintas de acórdãos.

47. Num primeiro grupo de acórdãos, o Tribunal de Justiça seguiu a forma *mais* rigorosa do critério do erro benigno que, como já referido, foi formulado pela primeira vez, pelo menos no domínio do direito da concorrência, no Acórdão Suiker Unie²³. É também o critério que foi aplicado pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido. De acordo com esta formulação do critério, um erro processual só conduz à anulação de uma decisão da Comissão quando o recorrente possa provar que, sem essa irregularidade, o resultado do processo *teria* sido diferente. No âmbito deste critério, o ónus de provar o cenário «e se» é do recorrente, e o limite que desencadeia a anulação da decisão controvertida é de «quase certeza», ou, pelo menos de «alta probabilidade».

²⁰ O sublinhado é meu.

²¹ No domínio do direito da concorrência, v., igualmente, Conclusões do advogado-geral N. Wahl nos processos Feralpi e o./Comissão, o (C-85/15 P, C-86/15 P e C-87/15 P, C-88/15 P e C-89/15 P, EU:C:2016:940, n.º 60).

²² V., para o efeito, Acórdão de 10 de março de 2016, HeidelbergCement/Comissão (C-247/14 P, EU:C:2016:149, n.º 16 e jurisprudência referida).

²³ V. n.º 30, *supra*.

48. Subsequentemente, num segundo grupo de acórdãos, o critério do erro benigno parece ter evoluído para uma forma mais *leve*. Com efeito, em vários processos, o juiz da União declarou que as decisões impugnadas deviam ser anuladas se os recorrentes demonstrassem que, na inexistência da irregularidade processual, o resultado do processo *podia* ter sido diferente²⁴. Também nestes casos, pelo menos inicialmente, o ónus da prova recai sobre o recorrente. No entanto, o nível de prova exigido é menor (a mera «possibilidade» é normalmente suficiente) com a consequência de que, uma vez preenchido pelo recorrente, o ónus se transfere para a Comissão.

49. Por último, numa terceira vertente de acórdãos, o Tribunal de Justiça, tendo detetado uma irregularidade processual que deu origem a uma violação grave e manifesta de algum direito processual das empresas em causa, *presumiu* que a irregularidade afetava, ou é suscetível de afetar, o resultado do processo. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não exigiu que as empresas em causa apresentassem qualquer prova a esse respeito²⁵.

50. Qual a razão por que estas três formas do critério do erro benigno coexistem na jurisprudência e a que tipos de erros processuais se aplicam?

51. Para responder a estas questões, pode ser apropriado analisar a lógica do critério do erro benigno.

52. A aplicação de semelhante critério pelo juiz da União deve-se ao facto de nem toda e qualquer irregularidade processual resultar *ipso facto* numa violação dos direitos de uma empresa. Alguns erros processuais simplesmente não afetam (e não podem) afetar os interesses jurídicos protegidos pelas disposições da União que concedem determinados direitos às partes sujeitas a uma investigação. Uma abordagem draconiana das irregularidades processuais daria lugar, nomeadamente, a formalismo e «burocracia excessiva» no processo administrativo²⁶, em detrimento da prossecução efetiva do interesse geral.

53. A este respeito, devemos ter em mente que — conforme jurisprudência constante do Tribunal de Justiça — a aplicação efetiva da política de concorrência é um objetivo de interesse geral reconhecido pela União Europeia. Com efeito, as disposições do Tratado relativas ao direito da concorrência constituem disposições fundamentais indispensáveis ao cumprimento das missões confiadas à União Europeia e, em particular, ao funcionamento do mercado interno²⁷. Por conseguinte, a aplicação das regras da concorrência deve respeitar os direitos fundamentais das empresas em causa, mas os direitos fundamentais também devem ser interpretados e aplicados de forma a não impedir uma aplicação *efetiva* das regras da concorrência²⁸.

54. Além disso, mesmo quando a Comissão viola, durante um procedimento administrativo, algum direito processual de uma empresa, é evidente que a forma mais adequada de o sanar nem sempre é a anulação da decisão em causa. Se for evidente que, apesar da violação dos direitos da

²⁴ V., nomeadamente, Acórdãos de 26 de setembro de 2018, Infineon Technologies/Comissão (C-99/17 P, EU:C:2018:773, n.º 78 e jurisprudência referida). Em alguns processos, o teste é (devido à natureza do direito alegadamente violado) formulado de forma diferente, no entanto, a substância do mesmo é equivalente: v. Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Duravit e o./Comissão (C-609/13 P, EU:C:2017:46, n.º 100 e jurisprudência referida).

²⁵ V., por exemplo, Acórdão de 25 de outubro de 2011, Solvay/Comissão (C-109/10 P, EU:C:2011:686, n.ºs 62 a 65).

²⁶ V., sobre este tema, Hartley, T.C., *The Foundations of European Union Law*, 8th ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 421.

²⁷ V., para o efeito, Acórdão de 20 de setembro de 2001, Courage e Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, n.º 20 e jurisprudência referida).

²⁸ V., para o efeito, Conclusões do advogado-geral L.A. Geelhoed no processo Comissão/SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:53, n.º 67). Na doutrina, v. Wils, W., «Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network» *World Competition*, 2020, pp. 15 a 18.

empresa, a irregularidade processual em causa não podia ter tido qualquer efeito no resultado do processo, a anulação da decisão parece ser tanto inadequada (uma vez que não sana a violação ocorrida)²⁹ como desproporcionada (uma vez que a sanção não é proporcional ao erro)³⁰. Outras vias de recurso podem estar disponíveis para as empresas em causa mais adequadas às circunstâncias³¹.

55. Esta lógica também se aplica quando os direitos violados têm o estatuto de direitos fundamentais. À luz do amplo alcance dado, tanto pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») como pelo juiz da União, a muitos destes direitos, é óbvio que nem todas as violações são comparáveis. Algumas violações são claramente mais graves e com maiores consequências do que outras.

56. Assim sendo, considero lógico que o critério do erro benigno possa assumir formas diferentes em vários processos, dependendo principalmente da gravidade da violação e da probabilidade dessa violação influenciar o resultado do processo. Em particular, quanto maior o grau de probabilidade, menor o limite a ser cumprido pelo recorrente e vice-versa³². Além disso, no que respeita ao nível de prova exigido ao recorrente deve também ter em conta a sua capacidade para obter e produzir (alguns elementos de) prova em apoio das suas alegações. É por isso que, quando a imputação do ónus de prova (parcial ou total) às empresas em causa puder implicar um pedido de *probatio diabolica* às mesmas, pode presumir-se um erro lesivo³³.

57. À luz da jurisprudência mais recente dos órgãos jurisdicionais da União, parece-me que o critério do erro benigno mais leve se tornou o «padrão», pelo menos quando existe uma verdadeira questão relativa a um direito fundamental no processo. Isto parece-me razoável por duas razões principais. Em primeiro lugar, está estabelecido que o ónus de provar uma violação das regras da concorrência incumbe à Comissão e quaisquer dúvidas fundamentadas devem beneficiar as empresas objeto de investigação³⁴. Em segundo lugar, muitas vezes pode ser particularmente difícil para uma empresa fornecer prova positiva de um cenário alternativo e hipotético (o resultado do processo na ausência da irregularidade processual), especialmente à luz da margem de discricionariedade que as regras da concorrência da União concedem à Comissão ao monitorizar o cumprimento e fazer cumprir essas regras.

58. A forma mais rigorosa do critério (ou seja, a forma do critério no processo Suiker Unie) deve, por conseguinte, estar reservada a situações nas quais os erros processuais invocados parecem dizer respeito a irregularidades de natureza menos grave.

²⁹ V., por analogia, Acórdão de 26 de novembro de 2013, Gascogne Sack Deutschland/Comissão (C-40/12 P, EU:C:2013:768, n.º 82).

³⁰ De modo semelhante, Acórdão de 8 de julho de 1999, Hercules Chemicals/Comissão (C-51/92 P, EU:C:1999:357, n.º 68).

³¹ Tal como, por exemplo, uma ação de responsabilidade extracontratual contra a União Europeia: v., para o efeito, Acórdão de 18 de setembro de 2003, Volkswagen/Comissão (C-338/00 P, EU:C:2003:473, n.º 165). De acordo com o artigo 340.º TFUE, «[e]m matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indemnizar [...] os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções» (o sublinhado é meu). A este respeito, importa salientar que o conceito de «agentes» abrange também os membros da Comissão: v., para o efeito, Acórdão de 15 de julho de 2021, OH (Imunidade de jurisdição) (C-758/19, EU:C:2021:603).

³² Cf., por exemplo, a abordagem adotada em relação a alegadas violações dos direitos de defesa (Acórdão de 26 de setembro de 2018, Infineon Technologies/Comissão (C-99/17 P, EU:C:2018:773, n.º 78 e jurisprudência referida), em relação à adotada em relação a alegadas violações de confidencialidade (Acórdão de 3 de dezembro de 2009, Evropaïki Dynamiki/Comissão (C-476/08 P, não publicado, EU:C:2009:752, n.ºs 33 a 35).

³³ V., de modo semelhante, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Solvay/Comissão (C-110/10 P, EU:C:2011:257, n.ºs 37 e 47).

³⁴ Artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003. V. também, entre outros, Acórdão de 22 de novembro de 2012, E.ON Energie/Comissão (C-89/11 P, EU:C:2012:738, n.ºs 71 e 72).

59. Por último, existem certamente processos em que se podem presumir as repercussões sobre a legitimidade e a equidade do processo decorrentes de uma irregularidade. Estes são os erros processuais que são não apenas particularmente graves, mas também de natureza estrutural: erros que afetam o enquadramento em que o processo se desenrola, e não apenas erros que ocorrem no âmbito de um processo, que, no mais, decorreu de forma adequada³⁵.

60. Neste contexto, concordo com os recorrentes que, no acórdão recorrido, o Tribunal Geral cometeu um erro ao submeter as suas alegações relativas à violação do dever de imparcialidade e do princípio da presunção da inocência a um critério do erro benigno mais *rigoroso* (o critério Suiker Unie), exigindo-lhes assim prova concreta de que o conteúdo da decisão controvertida teria sido diferente se essa irregularidade não tivesse ocorrido.

61. A incapacidade da Comissão em atuar como uma administração pública imparcial na apreciação de um determinado processo — por ser parcial, ou por ter uma ideia pré-concebida sobre a culpa das empresas sob investigação — constituiria uma violação grave dos seus deveres que pode ter repercussões no resultado do processo.

62. Indiscutivelmente, tal erro não pode ser comparado com as formalidades e minudências do processo, ou ser equiparável ao tipo de erros cuja gravidade provavelmente terá pouca influência sobre a decisão final. Por conseguinte, no que respeita a esses erros, o Tribunal de Justiça deve apenas exigir às empresas em causa que apresentem elementos que demonstrem que esses erros *podem* ter tido influência no resultado do processo.

63. À luz do exposto, concluo que o Tribunal Geral cometeu um erro ao aplicar o critério jurídico errado quando apreciou as alegações dos recorrentes relativas ao incumprimento pela Comissão do seu dever de imparcialidade e do princípio da presunção de inocência.

b) Processo híbrido escalonado

64. Em segundo lugar, os recorrentes alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito na medida em que não verificou se o procedimento de transação incluía alguma expressão expressa ou tácita da sua culpa.

65. Neste ponto, também concordo com os recorrentes. Com efeito, essa conclusão parece-me resultar do recente acórdão do Tribunal de Justiça no processo Pometon.

66. No processo Pometon, o Tribunal de Justiça recordou, em primeiro lugar, a sua jurisprudência (e a do TEDH) relativa à presunção de inocência, segundo a qual, em processos penais complexos envolvendo várias pessoas que não podem ser julgadas em conjunto, «pode acontecer que [...] deva imperativamente, para apreciar a culpabilidade dos arguidos, mencionar a participação de terceiros que serão eventualmente julgados separadamente. Todavia, embora devam ser apresentados factos relativos à participação de terceiros, o órgão jurisdicional em causa deve evitar comunicar mais informações do que as necessárias para a análise da responsabilidade penal das pessoas julgadas perante ele. Além disso, a fundamentação de

³⁵ Aqui estou a parafrasear uma passagem no Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, de 26 de março de 1991, no processo Arizona/Fulminante, 499 U.S. 279 (1991), p. 316.

decisões judiciais deve ser formulada em termos suscetíveis de evitar uma decisão prematura potencial relativa à culpabilidade dos terceiros em causa, suscetível de comprometer a análise equitativa das acusações contra elas deduzidas no âmbito de um processo distinto»³⁶.

67. O Tribunal de Justiça decidiu ainda que estes princípios são, *mutatis mutandis*, igualmente pertinentes quando a Comissão, a propósito de um único e mesmo cartel, adota um procedimento híbrido escalonado que envolve duas decisões distintas. No contexto desse procedimento, pode, com efeito, ser objetivamente necessário que a Comissão aborde, na decisão de transação, certos factos e comportamentos relativos a participantes no alegado cartel que são objeto do procedimento ordinário. No entanto, se for esse o caso, incumbe à Comissão velar, na decisão de transação, «pela preservação da presunção de inocência das empresas que recusaram a transação e que são objeto de um processo ordinário»³⁷.

68. Finalmente, o Tribunal de Justiça também decidiu que «[p]ara fiscalizar o respeito da presunção de inocência pela Comissão, cabe ao juiz da União analisar a decisão que põe termo ao procedimento de transação e a sua fundamentação no seu conjunto e à luz das circunstâncias específicas em que a mesma foi adotada. Com efeito, qualquer referência expressa, em certas passagens dessa decisão, à inexistência de responsabilidade de outros participantes no alegado cartel ficaria desprovida de sentido se outras passagens da referida decisão pudessem ser entendidas como uma expressão prematura da sua responsabilidade»³⁸.

69. É indiscutível que, no acórdão recorrido, não foi realizada qualquer análise como a requerida pelo Tribunal de Justiça no processo Pometon.

70. No entanto, a Comissão alega que, apesar de o Tribunal Geral não ter seguido a «letra» do Acórdão Pometon — uma vez que esse acórdão foi proferido após a prolação do acórdão recorrido — cumpriu o seu «espírito». Na sua opinião, o Tribunal Geral verificou, de facto, que não houve violação do princípio da presunção de inocência em relação aos recorrentes.

71. Não partilho desta opinião.

72. O Tribunal Geral não efetuou tal fiscalização, nem expressa nem tacitamente. Conforme referido no n.º 35, *supra*, este órgão jurisdicional não apreciou a procedência dos fundamentos dos recorrentes quanto a este ponto uma vez que esses fundamentos foram considerados inoperantes.

73. Assim, deixando de lado a questão relativa à legitimidade do critério jurídico aplicado pelo Tribunal Geral neste contexto, é bastante claro que, no acórdão recorrido, o Tribunal Geral não analisou de forma alguma o texto da decisão de transação com o objetivo de verificar se respeitava o princípio da presunção de inocência do HSBC.

74. Com base nestes factos, considero que, ao analisar as queixas dos recorrentes sobre os efeitos da decisão de transação sobre a sua posição, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito.

75. À luz do exposto, considero que o primeiro fundamento invocado pelas partes é, em princípio, procedente.

³⁶ Ibid., n.º 63.

³⁷ Ibid., n.ºs 64 e 65.

³⁸ Ibid., n.º 66.

B. Quanto ao segundo e terceiro fundamentos do recurso: infração por «objeto»

76. O segundo e terceiro fundamentos do recurso invocados pelos recorrentes dizem respeito ao conceito de «infração por objeto» e à forma como o Tribunal Geral chegou à conclusão de que a sua conduta tinha dado origem a tal infração.

1. Argumentos das partes

77. Com o seu segundo fundamento, os recorrentes alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito quando aplicou erradamente o artigo 101.º TFUE na sua caracterização do objeto da manipulação da Euribor de 19 de março de 2007 e/ou ao distorcer os elementos de prova relevantes.

78. Os recorrentes — apoiados pelos intervenientes — alegam, nomeadamente, que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao concluir, nos n.ºs 101 e 102 do acórdão recorrido, que a mera *possibilidade* de as partes na manipulação oferecerem melhores condições do que os seus concorrentes (devido à assimetria da informação relativa aos níveis da Euribor) revela um grau suficiente de nocividade à concorrência que deu origem a uma infração por «objeto». O Tribunal Geral devia ter criticado a Comissão por esta não ter considerado a questão fundamental de saber se o conhecimento da manipulação de 19 de março de 2007 deu aos *traders* o *incentivo* para oferecer taxas mais competitivas do que os seus concorrentes. A este respeito, o HSBC apresentou, no Tribunal Geral, um relatório pericial, segundo o qual os *traders* participantes não tinham o incentivo para oferecer taxas mais competitivas pois isso reduziria os seus lucros. A afirmação do Tribunal Geral, no n.º 101 do acórdão recorrido, de que esse relatório «cont[inha] apenas considerações gerais» constitui, de acordo com os recorrentes, uma manifesta distorção desse elemento de prova.

79. Além disso, com o seu terceiro fundamento, os recorrentes — mais uma vez apoiados pelos intervenientes — alegam que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao concluir que as discussões sobre os preços medianos («*mids*») ³⁹ eram infrações «por objeto». Em especial, o Tribunal Geral cometeu um erro ao declarar que a natureza pró-concorrencial dessas discussões só poderia ser tida em conta no âmbito de restrições acessórias a uma operação principal ou de uma apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3, TFUE. Em particular, nos n.ºs 149 a 160 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral aplicou a doutrina das «restrições acessórias» para apreciar esse argumento, avançado pelos recorrentes, de que a troca de informações sobre os «*mids*» não podia ser considerada, pela sua própria natureza, nociva para o bom funcionamento do jogo da concorrência.

80. Ao fazê-lo, o Tribunal Geral não analisou, segundo os recorrentes, o argumento concreto que estes apresentaram em primeira instância. Perante este órgão jurisdicional, os recorrentes alegaram que, quando apreciadas no contexto económico e jurídico relevante, as discussões sobre os «*mids*» eram na verdade pró-concorrenciais. Na opinião dos recorrentes, essas discussões reduziram a incerteza quanto ao nível dos «*mids*» no mercado, permitindo aos *traders* estabelecer uma diferença mais estreita entre os preços de compra e de venda para benefício dos seus clientes. Por conseguinte, não se pode considerar que a conduta em causa violou o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, e muito menos que é uma infração «por objeto».

³⁹ O considerando 34 da decisão controvertida (reproduzido no n.º 128 do acórdão recorrido) explica que o termo «*mids*» «faz referência ao preço mediano ou médio entre os preços de compra e de venda (por exemplo, recebidos, modelizados, cotados ou negociados) para um produto específico. [c]onstituem frequentemente uma aproximação fiável do preço a que um criador de mercado negociaria com um cliente, em particular quando o mercado é líquido e a diferença comprador/vendedor [...] é reduzida.

81. A Comissão defende a fundamentação contida no acórdão recorrido. Na sua opinião, a crítica dos recorrentes centra-se apenas numa parte das conclusões do Tribunal Geral, sem pôr em causa o aspeto mais fundamental que consiste no facto de que a conduta em causa alterou a estrutura da concorrência no mercado. A Comissão também contesta a alegação de que o Tribunal Geral distorceu o sentido claro do relatório pericial apresentado pelos recorrentes em primeira instância. Na minha opinião, o Tribunal Geral considerou simplesmente que o relatório não era convincente.

2. *Análise*

82. Antes de mais, os argumentos invocados pelos recorrentes no âmbito do seu segundo fundamento não me convencem.

83. Em primeiro lugar, o conceito de restrição da concorrência «por objeto» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE refere-se, segundo jurisprudência constante, a tipos de comportamentos colusórios que são considerados, *pela sua própria natureza*, nocivos para o bom funcionamento do jogo da concorrência, pelo que seria inútil demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado⁴⁰. Assim, se uma autoridade da concorrência, depois de examinar as disposições e os objetivos de um acordo, bem como o contexto económico e jurídico em que esse acordo foi aprovado e implementado, chega à conclusão de que o mesmo pertence a uma categoria de acordos cuja natureza nociva é, à luz da experiência, comumente aceite e facilmente identificável, essa autoridade não necessita de verificar se esse acordo distorceu efetivamente a concorrência.

84. A autoridade deve apenas excluir a possibilidade de o acordo em causa, «apesar de corresponder a uma categoria de acordos geralmente considerada anticoncorrencial, [ser], no entanto, devido a certas circunstâncias específicas, definitivamente incapaz de produzir qualquer efeito nocivo no mercado, ou então é mesmo favorável à concorrência⁴¹». Por outras palavras, diante de uma conduta intrinsecamente anticoncorrencial, a autoridade é simplesmente obrigada a verificar, no caso concreto, «se existem circunstâncias de facto ou de direito que impeçam o acordo ou a prática em causa de restringir a concorrência⁴²».

85. Por conseguinte, os elementos relativos ao conhecimento das empresas em causa e à sua vontade de restringir a concorrência, ou ao interesse económico em fazê-lo têm normalmente um significado limitado para a apreciação pela autoridade da concorrência sobre se a sua conduta pode ser qualificada de restrição da concorrência «por objeto»⁴³. A verificação da *capacidade* da conduta para restringir a concorrência é, em geral, por si só suficiente para esse efeito.

86. Neste contexto, recordo também que, segundo jurisprudência constante, se devia presumir que as empresas participantes na concertação e com atividade no mercado têm em conta as informações trocadas com os seus concorrentes para determinarem o seu comportamento nesse

⁴⁰ V., neste sentido, Acórdão de 2 de abril de 2020, Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2020:265, n.º 36).

⁴¹ Conclusões do advogado-geral M. Bobek no processo Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2019:678, n.º 45).

⁴² Ibid., n.º 49.

⁴³ V., por exemplo, Acórdão de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 335).

mercado. Assim, não é necessário provar, para demonstrar a existência de uma violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, que essa troca de informações confidenciais afetou efetivamente a concorrência no mercado⁴⁴.

87. Por estas razões, não encontro qualquer erro de direito nos n.ºs 101 e 102 do acórdão recorrido. A meu ver, o Tribunal Geral teve razão ao considerar que, para efeitos de qualificação da conduta em causa como uma restrição pelo objeto, a alegada falta de vontade e/ou incentivo dos *traders* em causa para oferecer melhores taxas não foi determinante.

88. Em segundo lugar, à luz das considerações precedentes, o argumento dos recorrentes relativo a uma alegada distorção, pelo Tribunal Geral, do sentido claro dos elementos de prova relativos ao relatório pericial apresentado em primeira instância pode ser rejeitado por ser ineficaz. Com efeito, mesmo que esse relatório contivesse, como alegam os recorrentes, «elementos de prova económica específicos que analisassem em pormenor os incentivos dos *traders* que participaram na manipulação», tal não teria qualquer impacto na qualificação da conduta em causa como restrição pelo objeto.

89. Por uma questão de exaustividade, acrescento que, em qualquer caso, concordo com a Comissão que o Tribunal Geral parece simplesmente ter considerado o relatório pouco convincente. Esta não é uma conclusão que possa ser sujeita a recurso. Não deteto qualquer erro de direito na declaração (lamentavelmente breve) do Tribunal Geral que os recorrentes criticam.

90. Em contrapartida, concordo com os argumentos dos recorrentes no terceiro fundamento do recurso. Com efeito, sou de opinião que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao avaliar as alegações dos recorrentes relativas à natureza pró-concorrencial da conduta em causa.

91. No n.º 154 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que, «com exceção das restrições acessórias a uma operação principal [...] só no âmbito da apreciação do artigo 101.º, n.º 3, TFUE é que eventuais efeitos pró-concorrenciais podem ser tomados em consideração». O Tribunal Geral explicou ainda que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE não contém uma «regra de razoabilidade» que permita ponderar os efeitos pro e anticoncorrenciais de um acordo, a fim de determinar se esse acordo deve ser qualificado como uma «restrição à concorrência».

92. No entanto, esta posição é invalidada pela jurisprudência recente. Em especial, como o Tribunal de Justiça esclareceu no processo UK Generics, sempre que as partes num acordo invoquem os efeitos pró-concorrenciais que lhe estão associados, tais efeitos *devem*, enquanto elementos do contexto desse acordo, ser devidamente tomados em consideração para efeitos da qualificação desse acordo de «restrição por objetivo», nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, uma vez que estes são suscetíveis de pôr em causa a apreciação global do grau suficiente de nocividade para a concorrência da prática colusória em causa⁴⁵.

93. Como explicou o Tribunal de Justiça, a avaliação dos alegados efeitos pró-concorrenciais do acordo, não constitui uma regra de razão, mas visa apenas apreciar a gravidade objetiva da prática em causa. Com efeito, quando as empresas em causa demonstram que esses efeitos são

⁴⁴ V., para o efeito, Acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão (C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 127 e jurisprudência referida).

⁴⁵ Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK) e o. (C-307/18, EU:C:2020:52, n.º 103).

pertinentes, concretamente relacionados com o acordo em causa, e suficientemente significativos, isso suscita «dúvidas razoáveis quanto ao carácter suficientemente nocivo para a concorrência do acordo [...] em causa e, por conseguinte, do seu objetivo anticoncorrencial⁴⁶.»

94. Muito claramente, o Tribunal Geral não procedeu a essa apreciação, uma vez que apenas examinou se as trocas de informações sobre os *mids* podiam ser justificadas ao abrigo da doutrina das «restrições acessórias». No entanto, essa doutrina diz respeito a um tipo de análise diferente, que visa verificar se algumas restrições à conduta das partes num acordo, que não constituem o objeto do acordo, podem ser justificadas, mesmo sendo restritivas da concorrência, porque são «diretamente relacionadas e necessárias para» a implementação de um acordo anticoncorrencial⁴⁷.

95. Daqui decorre que o acórdão recorrido está, nesta matéria, viciado por um erro de direito na medida em que o Tribunal Geral adotou um quadro jurídico errado para apreciar e, em seguida, julgar improcedentes, os argumentos dos recorrentes.

96. Por conseguinte, concluo que o segundo fundamento do recurso deve ser julgado improcedente, enquanto o terceiro deve ser julgado procedente.

C. Quanto ao quarto, quinto e sexto fundamentos do recurso: infração única e continuada

97. O quarto, quinto e sexto fundamentos do recurso dizem respeito às conclusões do Tribunal Geral de que os recorrentes participaram numa «infração única e continuada».

1. Argumentos das partes

98. Os recorrentes, apoiados pelos intervenientes, alegam que a conclusão relativa à sua participação numa infração única e continuada se baseia em vários erros.

99. Em primeiro lugar, com o seu quarto fundamento, os recorrentes alegam que o Tribunal Geral desvirtuou manifestamente os factos e elementos de prova relativos às discussões de 12 de fevereiro de 2007. Os recorrentes alegam que, nesse dia, ocorreram duas discussões distintas e independentes entre os mesmos *traders*. No entanto, contrariamente ao que é afirmado no acórdão recorrido, a primeira dessas discussões não dizia respeito a uma manipulação da Euribor. Os recorrentes alegam que apenas a segunda discussão dizia respeito à manipulação planeada da Euribor em 19 de março de 2007.

100. Os recorrentes acrescentam que o Tribunal Geral cometeu um erro semelhante em relação às discussões que tiveram lugar em 16 de fevereiro de 2007. Também nesse dia ocorreram duas discussões distintas entre *traders*. Apenas a segunda discussão dizia respeito aos *mids*, enquanto a primeira dizia respeito a uma única transação histórica. Os recorrentes alegam que o Tribunal Geral desvirtuou, assim, os elementos de prova quando descreveu a segunda discussão como «a mesma forma de conduta» que a anterior. Na minha opinião, a primeira discussão não deu origem a nenhuma violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

⁴⁶ Ibid., n.ºs 104 a 107.

⁴⁷ V., nomeadamente, Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.ºs 89 a 91 e jurisprudência referida).

101. Além disso, com o seu quinto fundamento, os recorrentes criticam o Tribunal Geral por ter concluído, nos n.ºs 214 a 229 do acórdão recorrido, que as diversas condutas identificadas na decisão controvertida prosseguiam um objetivo único. Na sua opinião, o Tribunal Geral baseou essa conclusão numa série de apreciações erradas.

102. Por último, no seu sexto fundamento, os recorrentes criticam a conclusão do Tribunal Geral, nos n.ºs 255 a 262 do acórdão recorrido, de que o HSBC tinha conhecimento de que estava a participar numa infração única e continuada que abrangia não apenas a manipulação de 19 de março de 2007, mas também as discussões sobre a perspetiva de repetir a manipulação que teve lugar em 19 e 27 de março de 2007. Os recorrentes consideram que, a este respeito, o acórdão recorrido foi além das conclusões constantes na decisão controvertida.

103. A Comissão considera que o quarto, quinto e sexto fundamentos são inadmissíveis e ineficazes e, em qualquer caso, improcedentes.

104. Quanto ao quarto fundamento, a Comissão considera que o Tribunal Geral avaliou corretamente o objeto das discussões de 12 e 16 de fevereiro de 2007. Na minha opinião, as tentativas do HSBC de dividir essas conversas em trocas de informações separadas, cada uma com um objetivo diferente, são artificiais. A Comissão acrescenta que este fundamento é de qualquer forma ineficaz, na medida em que, mesmo que os argumentos dos recorrentes fossem procedentes, as conclusões do Tribunal Geral relativas às trocas anticoncorrenciais no período compreendido entre 12 de fevereiro e 27 de março de 2007 permaneceriam corretas.

105. A Comissão alega que o Tribunal Geral não cometeu um erro ao confirmar a sua análise de que as diversas condutas identificadas na decisão controvertida tinham um único objetivo. Esse objetivo foi explicado no considerando 445 da decisão controvertida, que não foi posto em causa pelo acórdão recorrido: «reduzir os fluxos de caixa [que as partes em conluio] teriam de pagar (ou aumentar os que iriam receber) e, assim, aumentar o valor dos EIRD que tinham em carteira, em detrimento das contrapartes desses EIRD. A Comissão acrescenta que, em todo o caso, os argumentos dos recorrentes sobre este ponto são inadmissíveis uma vez que se limitam a contestar algumas apreciações de facto do Tribunal Geral.

106. Além disso, na opinião da Comissão, o sexto fundamento é tanto inadmissível como improcedente. Alega que, também nesta matéria, os recorrentes contestam a apreciação do Tribunal Geral dos factos e dos elementos de prova relativos ao conhecimento do HSBC sobre a participação de outros bancos na conduta em causa. Em todo o caso, a Comissão sustenta que a apreciação do Tribunal Geral estava correta e totalmente coerente com as conclusões da decisão controvertida.

2. Análise

107. Não me convencem os argumentos apresentados pelos recorrentes e pelos intervenientes para contestar a legitimidade da apreciação do Tribunal Geral em relação à participação do HSBC numa infração única e continuada.

108. A este respeito, recorro que resulta do segundo parágrafo do artigo 256.º, n.º 1, TFUE e do primeiro parágrafo do artigo 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia que, em princípio, o Tribunal Geral tem competência exclusiva para conhecer dos factos e para apreciá-los. Só uma desvirtuação de um elemento de prova pelo Tribunal Geral constitui uma

questão de direito sujeita, enquanto tal, a fiscalização pelo Tribunal de Justiça⁴⁸.

109. Os recorrentes invocam uma desvirtuação dos elementos de prova exclusivamente no contexto do seu quarto fundamento. Não há qualquer alegação deste tipo em relação ao quinto e sexto fundamentos, ainda que esses fundamentos não suscitem uma verdadeira questão de direito.

110. Os recorrentes e os intervenientes não criticam nem a interpretação do Tribunal Geral do conceito de «infração única e continuada» (ou dos seus elementos constitutivos, como o «objetivo único») nem, de forma mais geral, contestam o quadro jurídico aplicado no acórdão recorrido. Em substância, contestam conclusões específicas do Tribunal Geral sobre o objeto, natureza e contexto de uma série de discussões entre *traders*.

111. Por conseguinte, como bem alega a Comissão, os recorrentes e os intervenientes pedem, com efeito, ao Tribunal de Justiça que proceda a uma nova apreciação dos factos e dos elementos de prova com o fim de saber se os recorrentes participaram numa infração única e continuada. No entanto, tal é inadmissível em sede de recurso.

112. O quinto e sexto fundamentos devem, por conseguinte, ser declarados inadmissíveis. Além disso, quanto ao quarto fundamento, considero que deve ser julgado improcedente.

113. A este respeito, saliento que, segundo jurisprudência constante, a desvirtuação deve ser evidente a partir dos documentos do processo, sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e dos elementos de prova⁴⁹. Avançar uma interpretação dos elementos de prova diferente da adotada pelo Tribunal Geral não é suficiente para demonstrar que os elementos de prova foram desvirtuados⁵⁰.

114. No caso em apreço, estabelecer o conteúdo e significado «verdadeiros» das conversas de 12 e 16 de fevereiro de 2007 não é, reconhecidamente, tarefa fácil. É necessário decifrar mensagens escritas trocadas entre os *traders* e ter em conta o facto de a troca de mensagens ter sido interrompida por períodos em que os *traders* falaram pelo telefone.

115. Os recorrentes oferecem uma explicação para essas conversas diferente da defendida pelo Tribunal Geral. No entanto, não me parece de forma alguma que o relato dos recorrentes seja mais credível ou provável do que o do Tribunal Geral, muito menos suscetível de demonstrar um erro material na apreciação dos factos e dos elementos de prova pelo Tribunal Geral que seria exigido para provar a existência de uma desvirtuação.

116. À luz do que precede, considero que o quarto, quinto e sexto fundamentos do recurso devem ser julgados improcedentes.

VI. Quanto às consequências da apreciação

117. Nas presentes conclusões, concluí que o primeiro e o terceiro fundamentos são procedentes.

⁴⁸ V., para o efeito, Acórdão de 28 de janeiro de 2021, Qualcomm e Qualcomm Europe/Comissão (C-466/19 P, EU:C:2021:76, n.º 42 e jurisprudência referida).

⁴⁹ V. Acórdão de 4 de abril de 2017, Ombudsman/Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, n.º 83 e jurisprudência referida).

⁵⁰ V. Acórdão de 25 de julho de 2018, QuaMa Quality Management/EUIPO (C-139/17 P, não publicado, EU:C:2018:608, n.º 35 e jurisprudência referida).

118. Não obstante, é jurisprudência constante que, se os fundamentos de uma decisão do Tribunal Geral revelarem uma violação do direito da União, mas o dispositivo da mesma estiver justificado por outros fundamentos de direito, essa violação não é suscetível de implicar a anulação dessa decisão e há que proceder a uma substituição de fundamentos⁵¹. Nesses casos, deve-se negar provimento ao recurso⁵².

119. Pelas razões que irei expor a seguir, é o que sucede no caso em apreço.

A. Direito a uma boa administração, presunção de inocência e direitos de defesa

120. Antes de mais, importa recordar que o direito a uma boa administração está consagrado no artigo 41.º da Carta, segundo o qual «[t]odas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma *imparcial*, equitativa e num prazo razoável⁵³.» Como o Tribunal Geral afirmou no acórdão recorrido, esta exigência de imparcialidade abrange, por um lado, a imparcialidade *subjetiva*, no sentido de que nenhum membro da instituição em causa que é responsável pelo processo deve manifestar ideias preconcebidas ou um juízo antecipado pessoal e, por outro, a imparcialidade *objetiva*, no sentido de que a instituição deve oferecer garantias suficientes para excluir a este respeito todas as dúvidas legítimas⁵⁴.

121. Por sua vez, o princípio da presunção de inocência está consagrado no artigo 48.º da Carta que, fazendo eco do artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, dispõe que «[t]odo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua inocência». É ponto assente que, dada a natureza das infrações em causa e a natureza e grau de gravidade das sanções daí decorrentes, o princípio se aplica também aos processos relativos a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas suscetíveis de conduzir à aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias⁵⁵.

122. Por último, o Tribunal de Justiça tem declarado de forma consistente que o princípio do respeito dos direitos de defesa constitui um princípio fundamental do direito da União. Seria violar esse princípio fundar uma decisão judicial em factos e documentos de que as próprias partes, ou uma delas, não puderam tomar conhecimento e sobre os quais, portanto, não estavam em condições de tomar posição⁵⁶.

123. Os recorrentes — apoiados pelos intervenientes — alegam que a Comissão violou esses direitos essencialmente de duas formas. Em primeiro lugar, os recorrentes alegam que a Comissão o fez ao seguir um procedimento híbrido escalonado e ao adotar uma decisão de transação que *de facto* considerou o HSBC responsável por uma violação ao artigo 101.º TFUE. Em segundo lugar, os recorrentes queixam-se de algumas declarações feitas pelo então Comissário responsável pela política de concorrência, antes da adoção da decisão controvertida

⁵¹ V., recentemente, Acórdão de 11 de novembro de 2021, Autostrada Wielkopolska/Comissão e Polónia (C-933/19 P, EU:C:2021:905, n.º 58 e jurisprudência referida).

⁵² V. Acórdão de 22 de setembro de 2020, Áustria/Comissão (C-594/18 P, EU:C:2020:742, n.º 47 e jurisprudência referida).

⁵³ V. n.º 1 do mesmo (o sublinhado é meu).

⁵⁴ V. n.º 286 do mesmo, com referências à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

⁵⁵ V., nomeadamente, Acórdão de 22 de novembro de 2012, E.ON Energie/Comissão (C-89/11 P, EU:C:2012:738, n.º 73 e jurisprudência referida).

⁵⁶ V., por exemplo, Acórdão de 12 de novembro de 2014, Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, n.º 30 e jurisprudência referida).

124. Nenhuma das linhas de argumentação é, a meu ver, persuasiva. Como irei explicar a seguir, não houve violação desses princípios e direitos. Em todo o caso, os recorrentes não forneceram qualquer elemento que pudesse sugerir que, se as alegadas irregularidades não tivessem ocorrido, a decisão controvertida poderia ter sido diferente.

1. Quanto ao procedimento híbrido

125. No essencial, os recorrentes alegam que, ao adotar o procedimento híbrido escalonado, a Comissão prejudicou irremediavelmente a sua posição antes da decisão controvertida ter sido efetivamente adotada. A decisão de transação, mesmo não lhes sendo dirigida, continha diversas referências desnecessárias ao HSBC de modo que, *de facto*, a responsabilidade do HSBC já tinha sido demonstrada.

126. Os argumentos dos recorrentes não me convencem.

127. Antes de mais, importa recordar que o Tribunal de Justiça já considerou anteriormente que nada impede a Comissão de recorrer a um procedimento híbrido *escalonado* relativamente a vários participantes num cartel⁵⁷. Seria contrário ao objetivo do procedimento de transação, que é simplificar e acelerar os procedimentos administrativos e reduzir o número de recursos interpostos perante o juiz da União, permitindo, assim, à Comissão tratar mais processos com os mesmos recursos⁵⁸, exigir que a Comissão adotasse simultaneamente a decisão de transação e as decisões ordinárias conexas.

128. O Crédit Agricole alega, no entanto, que a Comissão deve fazê-lo *quando* não existirem garantias suficientes de que a presunção de inocência das partes que não transigiram seja respeitada no âmbito de um procedimento híbrido escalonado.

129. Embora, em teoria, eu possa estar inclinado a concordar com tal hipótese, na prática tenho dificuldade em imaginar as circunstâncias em que a adoção de uma decisão de transação pela Comissão, mesmo que sejam adotadas todas as salvaguardas e cautelas possíveis, resultariam inevitavelmente na imputação da responsabilidade às partes que não transigiram.

130. Com efeito, como foi afirmado de forma correta pelo Tribunal Geral numa decisão recente, no âmbito de um procedimento regido pelas disposições do Regulamento n.º 1/2003, tanto as empresas em causa como a Comissão encontram-se, relativamente a um procedimento de transação prévio, numa situação de «*tabula rasa*», em que as responsabilidades ainda não foram determinadas. Nesse procedimento, a Comissão está apenas vinculada pela comunicação de acusações dirigida às empresas em causa e — é desnecessário recordá-lo — deve dar a essas empresas todas as oportunidades para serem ouvidas, devendo ter devidamente em conta os elementos de facto e de direito fornecidos pelas mesmas⁵⁹.

131. Nada impede a Comissão, apesar de ter feito diferentes constatações de facto e de direito na decisão de transação, de chegar a uma conclusão diferente na decisão ordinária subsequente, se lhe forem apresentados novos argumentos ou novos elementos de prova. Dito de outra forma, na decisão subsequente, a Comissão não pode basear-se simplesmente nas conclusões feitas na

⁵⁷ V., em especial, Acórdão Pometon (n.º 63).

⁵⁸ V. Acórdão de 20 de maio de 2015, Timab Industries and CFPR/Comissão (T-456/10, EU:T:2015:296, n.º 60).

⁵⁹ Acórdão de 2 de fevereiro de 2022, Scania e o./Comissão (T-799/17, EU:T:2022:48, n.º 129).

decisão de transação. Qualquer decisão adotada pela Comissão com base nas disposições do Regulamento n.º 1/2003 deve, em princípio, ser uma decisão autónoma, na qual as conclusões das autoridades são adequadas e justificadas de forma independente e fundamentada⁶⁰.

132. Passando agora ao argumento principal dos recorrentes, devo declarar desde já que não vejo como poderiam as referências ao HSBC, incluídas na decisão de transação, prejudicar irremediavelmente a posição dos recorrentes no processo paralelo.

133. A *nível formal*, é pacífico entre as partes que a decisão de transação não visa e não pode produzir qualquer efeito jurídico, pelo menos diretamente, em relação aos recorrentes, uma vez que não são destinatários dessa decisão⁶¹, e não são mencionados na parte dispositiva da mesma.

134. Além disso, o considerando 3 da decisão de transação declara inequivocamente que essa decisão se baseia apenas em factos aceites pelas partes envolvidas no processo de transação e que «não estabelece qualquer responsabilidade [das] partes que não transigiram por qualquer participação numa violação do direito da concorrência da União neste processo». Este considerando também inclui uma nota de rodapé (nota de rodapé 4) na qual se afirma que a conduta referida nessa decisão «envolvendo as partes que não transigiram é exclusivamente utilizada para determinar a responsabilidade das partes envolvidas na transação [...]»

135. É verdade que a existência destas declarações de exoneração de responsabilidade não é suficiente para excluir a violação alegada pelos recorrentes, uma vez que, como resulta do Acórdão Pometon, numa decisão de transação a Comissão deveria evitar fornecer mais informações do que o necessário para a apreciação da responsabilidade jurídica das empresas que não participaram no procedimento. Além disso, a fundamentação das decisões de transação deve ser redigida de forma a evitar um eventual pré-julgamento sobre a culpabilidade das partes que não transigiram, que deveria ser objeto de procedimentos separados.

136. Por conseguinte, a decisão de transação no processo em apreço deve ser examinada, na sua globalidade, a fim de verificar se — apesar dos elementos elencados nos n.ºs 133 e 134, *supra* — as referências ao HSBC nela contidas podem, *de facto*, ser interpretadas como expressões prematuras da sua culpabilidade. Por outras palavras, utilizando as expressões empregues pelos recorrentes no seu pedido, a decisão de transação «cristaliza» a posição do HSBC a ponto de tal aspeto não poder ser «retificado» no procedimento subsequente?

137. A este respeito, os recorrentes contestam o facto de, na nota de rodapé 4 da decisão de transação, a Comissão ter definido o termo «partes» como «todas as empresas visadas no procedimento», o que, assim, inclui também as partes que não transigiram. Posteriormente, a Comissão descreveu as práticas em causa (na secção 4 da decisão de transação) e imputou-as às «partes»⁶². Neste contexto, a Comissão também se referiu aos contactos bilaterais entre o Barclays e, entre outros, o HSBC⁶³. Além disso, ao apreciar a natureza restritiva das práticas em causa, a decisão de transação refere-se às descritas na sua secção 4.

138. Todavia, nenhuma dessas referências, de forma isolada ou combinada, me parece ser problemática.

⁶⁰ V., por analogia, Conclusões do advogado-geral M. Bobek no processo Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, n.ºs 42 e 48)

⁶¹ V., em particular, considerandos 1 e 2 da decisão de transação.

⁶² Considerando 32.

⁶³ Considerando 36.

139. Em primeiro lugar, as referências às partes que não transigiram na decisão de transação são escassas, e nenhuma está incluída na parte da «apreciação jurídica» da mesma⁶⁴. Em segundo lugar, e mais importante, todas essas referências são de natureza descritiva e não implicam — expressa ou implicitamente — uma apreciação da posição jurídica do HSBC.

140. É certo que, na parte da apreciação jurídica da decisão de transação, a Comissão faz algumas referências cruzadas à parte descritiva da mesma, na qual o HSBC é mencionado direta ou indiretamente.

141. Contudo, na medida em que a conduta das partes envolvidas no processo de transação objeto da decisão de transação incluiu contactos com as partes que não transigiram, e que esses contactos têm uma certa importância no esquema da decisão, não se podia esperar que a Comissão omitisse essa informação. O interesse do HSBC a este respeito deve ser ponderado com o dever da Comissão de adotar uma decisão que seja, tanto quanto possível, completa e transparente, e que inclua uma fundamentação adequada, tanto de facto como de direito. Estas referências são, portanto, «objetivamente necessárias» para estabelecer a responsabilidade das partes envolvidas no processo de transação, na aceção do Acórdão Pometon.

142. Por conseguinte, parece-me que não existe qualquer apreciação oculta ou incidental da responsabilidade do HSBC na *decisão de transação*. Nem existe qualquer referência ao HSBC nessa decisão que pareça desnecessária ou redundante.

143. O exame da *decisão controvertida* confirma a minha conclusão. Com efeito, as referências à decisão de transação limitam-se — mais uma vez — às partes descritivas da decisão controvertida. A apreciação jurídica da conduta em causa, bem como a responsabilidade das partes que não transigiram a este respeito, assentam numa análise independente que em nenhum momento se baseia nas conclusões da decisão de transação. Toda a apreciação é efetuada *ex novo*, à luz dos argumentos e dos elementos de prova apresentados pelo destinatário da decisão controvertida. As conclusões da Comissão são, consequentemente, justificadas e fundamentadas de forma independente.

144. Tendo em conta o que precede, não vejo nenhum argumento convincente que me leve a concluir que a responsabilidade dos recorrentes foi, *de jure* ou *de facto*, estabelecida na decisão de transação, sendo a Comissão incapaz, para todos os efeitos práticos, de alterar as suas conclusões na decisão subsequente. Por conseguinte, os argumentos que alegam uma violação do princípio da presunção de inocência decorrente da adoção de um procedimento híbrido escalonado devem ser considerados improcedentes.

2. Quanto às declarações do comissário

145. Segundo jurisprudência constante, o princípio da presunção de inocência exige, antes de mais, que, no exercício das suas funções, os membros de um órgão jurisdicional não devem partir de uma ideia preconcebida de que o arguido cometeu o crime imputado; e que o ónus da prova recai sobre a acusação, sendo quaisquer dúvidas a esse respeito interpretadas a favor do arguido⁶⁵.

⁶⁴ Considerandos 42 a 109.

⁶⁵ V., nomeadamente, TEDH, 6 de dezembro de 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha (CE:ECHR:1988:1206JUD001059083, § 77).

146. Além disso, de acordo com jurisprudência constante do TEDH, o princípio da presunção de inocência também obsta à expressão prematura, por parte das autoridades públicas, da opinião de que a pessoa acusada de um crime é culpada, antes de tal ter sido provado nos termos da lei. Essas declarações podem, com efeito, encorajar o público a acreditar na culpa da pessoa em causa, afetando assim a sua reputação e dignidade, e prejudicar a apreciação serena e imparcial da questão pelas autoridades competentes⁶⁶.

147. As autoridades públicas em causa incluem não apenas juízes, mas também outros funcionários públicos (como, por exemplo, autoridades responsáveis pela investigação e outros representantes do Estado)⁶⁷. No entanto, as declarações feitas por estes últimos estão sujeitas a uma forma de fiscalização menos rigorosa do que as das autoridades judiciais⁶⁸.

148. Além disso, o TEDH considerou que, à luz da liberdade de expressão – e, eu acrescentaria, das exigências de abertura e transparência da administração pública⁶⁹ – o princípio da presunção de inocência não pode ser entendido no sentido de que obsta a que as autoridades públicas informem o público sobre as investigações em curso. Isso sob a condição de que as autoridades o façam com a necessária discrição e circunspeção⁷⁰.

149. Tem sido feita, de forma consistente, uma distinção fundamental na jurisprudência entre, por um lado, declarações de que alguém é meramente *suspeito* de ter cometido um crime e, por outro, declarações claras – na ausência de uma condenação definitiva – de que alguém *cometeu* o crime em causa. As primeiras têm sido geralmente consideradas legítimas, enquanto as últimas violam o princípio da presunção de inocência⁷¹.

150. A escolha da linguagem pelas autoridades para as suas declarações é, obviamente, de uma importância crítica a esse respeito⁷². No entanto, o que mais importa, especialmente em situações limite, é o *verdadeiro significado* das declarações feitas pelas autoridades e não a sua forma literal⁷³.

151. Em determinadas circunstâncias, a utilização de uma linguagem infeliz, passível de críticas, foi considerada —, pelo TEDH, — como não sendo decisiva em relação a alegadas violações da presunção de inocência⁷⁴. Com efeito, segundo jurisprudência constante, a questão de saber se a declaração de uma autoridade pública constitui uma violação do princípio da presunção de inocência deve ser resolvida no contexto das *circunstâncias particulares* em que essa declaração é feita⁷⁵.

152. Neste contexto, houve uma violação do princípio da presunção de inocência no caso dos recorrentes em resultado das declarações feitas pelo comissário em 2012 e 2014?

⁶⁶ V. TEDH, 24 de abril de 2008, Ismoilov e o. c. Rússia (CE:ECHR:2008:0424JUD000294706, § 161 e jurisprudência referida.)

⁶⁷ V., por exemplo, TEDH, 10 de fevereiro de 1995, *Allenet de Ribemont c. França* (CE:ECHR:1995:0210JUD00151789, § 35).

⁶⁸ V., nomeadamente, TEDH, 21 de setembro de 2006, *Pandy c. Bélgica* (CE:ECHR:2006:0921JUD001358302, § 43).

⁶⁹ V., em especial, artigo 10.º, n.º 3, e artigo 11.º, n.º 2, TUE.

⁷⁰ V. TEDH, 10 de fevereiro de 1995, *Allenet de Ribemont c. França* (CE:ECHR:1995:0210JUD00151789, § 38).

⁷¹ V., entre muitas, TEDH, de 12 de novembro de 2015, *El Kaada c. Alemanha* (CE:ECHR:2015:1112JUD000213010, § 54).

⁷² V., por exemplo, TEDH, 27 de março de 2014, *Müller c. Alemanha* (CE:ECHR:2014:0327JUD005496308, § 46).

⁷³ V., nomeadamente, TEDH, 28 de novembro de 2002, *Lavents c. Letónia* (CE:ECHR:2002:1128JUD005844200, § 126).

⁷⁴ V. TEDH, 27 de fevereiro de 2014, *Karaman c. Alemanha* (CE:ECHR:2014:0227JUD001710310, § 63 e jurisprudência referida).

⁷⁵ V. TEDH, 28 de outubro de 2004, *Y.B. e o. c. Turquia* (CE:ECHR:2004:1028JUD004817399, § 44), e 24 de maio de 2011, *Konstas c. Grécia* (CE:ECHR:2011:0524JUD005346607, § 33).

153. Embora tenha alguma simpatia pelos argumentos dos recorrentes, considero que tal violação não ocorreu.

154. Antes de mais, importa salientar que o então Comissário era membro de uma instituição administrativa (a Comissão) que, no caso em apreço, funcionava como uma autoridade responsável pela investigação. Por conseguinte, o padrão a aplicar às suas declarações não é tão elevado como seria se o Comissário fizesse parte do poder judicial.

155. Dito isto, há que reconhecer que essas declarações, pelas palavras utilizadas e pela forma como foram proferidas, percorrem uma linha ténue entre declarações de mera suspeita e declarações prematuras de culpa. Tendo em conta uma série de elementos, estou, não obstante, inclinado a considerar que essas declarações são infelizes, mas relativamente «inofensivas».

156. Em primeiro lugar, no que diz respeito ao *conteúdo* das declarações em causa, é verdade que várias das observações feitas eram ambíguas, e que algumas delas podiam ser entendidas por parte da audiência como uma insinuação de que (algumas ou todas) as empresas sob investigação tinham provavelmente cometido uma violação das regras da concorrência da União⁷⁶. No entanto, não se pode negar que essas declarações permaneceram bastante vagas e genéricas, e não chegaram a declarar a culpa das empresas sob investigação. Essas declarações também não continham uma linguagem depreciativa e acrimoniosa sobre as empresas sob investigação. Também não fizeram referência a uma ou mais empresas em particular, não deram qualquer detalhe específico que pudesse permitir identificar uma ou mais empresas em concreto, ou revelaram qualquer informação confidencial ou segredo comercial que pudesse prejudicar essas empresas.

157. Em segundo lugar, no que diz respeito ao *contexto* em que as declarações em causa foram feitas, o «onde», «porquê» e «quando» parecem-me ser particularmente relevantes. Estas declarações foram feitas, respetivamente (i) no Parlamento Europeu (ii) no Senado francês, e (iii) durante uma entrevista à imprensa especializada. O objetivo das declarações em causa era *informar* outras instituições (da União ou nacionais) e os operadores dos setores em causa sobre o estado de uma investigação em curso. Num mundo ainda a recuperar dos efeitos devastadores da crise financeira de 2007-2008 (cujas raízes se podem encontrar na conduta imprudente de várias instituições financeiras globais), e com a União Europeia a passar por uma importante reforma do setor dos serviços financeiros, tal informação era claramente de interesse significativo para o público. Além disso, as declarações foram feitas depois de já ter sido divulgada ao público a existência de uma investigação no setor EIRD⁷⁷.

158. Em terceiro lugar, em relação às eventuais *consequências* das declarações em causa, não vejo — nem os recorrentes procuraram explicar em detalhe — como essas declarações podem ter afetado a reputação e a dignidade dos recorrentes, ou prejudicado uma apreciação serena e imparcial da matéria pela Comissão⁷⁸.

159. Em concreto, os recorrentes não contestam que (i) no âmbito do procedimento administrativo, gozaram de todas as garantias previstas na legislação da União; (ii) tanto a decisão de transação como a decisão controvertida são atos adotados pela Comissão (ou seja,

⁷⁶ V. a decisão do Provedor de Justiça Europeu, pp. 1 e 5.

⁷⁷ V., por exemplo, Comissão Europeia, Comunicado de imprensa de 19 de outubro de 2011, «Antitrust: Commission confirms inspections in suspected cartel in the sector of Euro interest rate derivatives» (MEMO/11/711).

⁷⁸ Sobre este ponto, v. também a decisão do Provedor de Justiça Europeu, p. 4.

pelo Colégio de Comissários) e não pelo comissário responsável pela política da concorrência; e (iii) no momento em que a decisão controvertida foi adotada, o autor das declarações em causa já não era o Comissário responsável pela política da concorrência.

160. À luz do exposto, parece-me que as declarações em causa — que são, com efeito, passíveis de críticas, como afirmou o Provedor de Justiça — não são, contudo, de natureza e gravidade que coloque em causa o grau de imparcialidade com o qual a Comissão realizou a sua *investigação* e apreciou a sua posição na *decisão controvertida*.

161. Em todo o caso, considero que, mesmo que o Tribunal de Justiça considerasse que as declarações em causa davam origem a uma violação do princípio da presunção de inocência, os recorrentes não forneceram qualquer elemento que demonstre que essas declarações podem ter tido influência no resultado do procedimento.

162. Por último, gostaria apenas de acrescentar que as restantes alegações feitas, neste contexto, pelos recorrentes no que respeita à violação dos seus direitos de defesa não suscitam quaisquer aspetos adicionais aos abordados *supra*. Por conseguinte, não é necessário examinar essas alegações separadamente.

163. Consequentemente, os pedidos dos recorrentes relativos às violações do princípio da presunção de inocência, do direito a uma boa administração e dos direitos de defesa devem, na minha opinião, ser julgados improcedentes.

B. Quanto à restrição pelo objeto

164. No essencial, os recorrentes alegam que, ao reduzir a incerteza dos *traders* quanto ao nível dos «*mids*» do mercado, a troca de informações em causa permitiu-lhes estabelecer uma diferença mais estreita entre os preços de compra e de venda para benefício dos clientes, o que resultaria num aumento da concorrência no mercado relevante.

165. Este argumento também não é, a meu ver, convincente. A jurisprudência a este respeito é relativamente clara e, como tal, irei limitar a minha análise a algumas breves observações.

166. Em primeiro lugar, duvido que a conduta em causa, atento o seu efeito, possa ser considerada *pró-concorrencial*. A esse respeito, saliento que as informações sobre «*mids*» são, pelo menos para certos derivados, geralmente confidenciais e não disponíveis publicamente. Os próprios HSBC e JP Morgan confirmaram, durante a investigação, a falta de transparência no mercado EIRD⁷⁹. Além disso, e principalmente, a informação relativa aos «*mids*» é particularmente relevante para a fixação de preços no setor EIRD. Para um *trader*, estar ciente dos «*mids*» dos concorrentes resulta numa melhor oportunidade para determinar com mais precisão a oferta final ou os preços de oferta dos seus concorrentes⁸⁰.

167. Não consigo ver nenhum aspeto *pró-concorrencial* nesta conduta. A troca de informações confidenciais sobre os «*mids*» não permitiu às instituições bancárias em causa — para dar alguns exemplos de efeitos *pró-concorrenciais* — oferecer serviços novos ou aperfeiçoados, entrar em novos mercados, abrir o mercado a novos clientes, ou, de uma forma mais geral, melhorar o funcionamento do mercado ou corrigir as suas falhas. Ao efetuar as trocas de informação em

⁷⁹ V. considerandos 45 e 46 da decisão controvertida.

⁸⁰ V., em especial, considerando 34 da decisão controvertida.

causa, alguns bancos removeram a incerteza quanto ao seu comportamento futuro de fixação de preços, em benefício dos bancos participantes na colusão, e em detrimento dos bancos não envolvidos na mesma⁸¹.

168. Além disso, o facto de os bancos em causa poderem ter repercutido alguns dos benefícios nos seus clientes não exclui a natureza anticoncorrencial da conduta em causa. Segundo jurisprudência constante, o direito da concorrência da União é concebido para proteger não só os interesses diretos dos consumidores, mas também a estrutura do mercado⁸². Isto significa que, uma vez preenchidas as condições relevantes do artigo 101.º e/ou do artigo 102.º TFUE, pode ser considerada anticoncorrencial uma conduta que também seja suscetível de afetar o incentivo e a capacidade dos concorrentes (igualmente eficientes) para competirem no mercado.

169. Assim, a verificação de que uma determinada conduta tem um objetivo anticoncorrencial, não necessita de estar sujeita a uma ligação imediata e direta entre essa conduta e um aumento dos preços no consumo⁸³. Mesmo uma conduta que possa dar origem a alguma redução no preço dos produtos ou serviços relevantes pode, em determinadas circunstâncias, ser considerada como inerentemente anticoncorrencial⁸⁴.

170. À luz do exposto, considero que o fundamento dos recorrentes relativo à natureza pró-concorrencial da troca de informações sobre os «*mids*», que excluiria o seu caráter de infração por objetivo do artigo 101.º TFUE, deve ser julgado improcedente.

VII. Quanto às despesas

171. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, aplicável ao recurso nos termos do artigo 184.º, n.º 1, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

172. Tendo a Comissão requerido a condenação dos recorrentes nas despesas e tendo os recorrentes sido vencidos, há que, em princípio, condená-los nas despesas relativas ao presente recurso. No entanto, tendo em conta que os recorrentes impugnaram com sucesso uma série de erros de direito, incluídos no acórdão recorrido, considero que — nos termos do artigo 138.º, n.º 3, do Regulamento de Processo — parece justificado ordenar aos recorrentes e à Comissão que suportem as suas próprias despesas relativas ao presente recurso.

173. No caso em apreço, afigura-se igualmente justificada a aplicação do artigo 140.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, aplicável ao recurso nos termos do artigo 184.º, n.º 1, ao abrigo do qual o Tribunal de Justiça pode decidir que os particulares intervenientes no recurso devem suportar as suas próprias despesas.

174. Por último, não vejo qualquer razão para alterar a decisão do Tribunal Geral quanto às despesas do processo em primeira instância.

⁸¹ V., para o efeito, n.º 132 do acórdão recorrido que reproduz, em substância, o considerando 395 da decisão controvertida.

⁸² V., por exemplo, Acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão (C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 125 e jurisprudência referida).

⁸³ V., Acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão (C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.ºs 123 a 125 e jurisprudência referida).

⁸⁴ Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK) e o. (C-307/18, EU:C:2020:52, n.ºs 109 e 110).

VIII. Conclusão

175. À luz do que precede, proponho que o Tribunal de Justiça se digne a:

- negar provimento aos recursos;
- condenar a HSBC Holdings plc, o HSBC Bank plc, a HSBC Continental Europe (anteriormente HSBC France), e a Comissão Europeia a suportarem, cada um, as suas próprias despesas relativas ao presente recurso;
- condenar o Crédit Agricole SA e o Crédit Agricole Corporate e Investment Bank e a JP Morgan Chase & Co., a JP Morgan Chase Bank National Association e a JP Morgan Services LLP a suportarem as suas próprias despesas relativas ao presente recurso.