



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

21 de janeiro de 2016*

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Prática concertada — Agências de viagens que utilizam um sistema informatizado comum de ofertas de viagens — Limitação automática das taxas de descontos nas compras de viagens em linha — Mensagem do administrador do sistema relativa à referida limitação — Acordo tácito que pode ser qualificado de prática concertada — Elementos constitutivos de um acordo e de uma prática concertada — Apreciação das provas e nível da prova exigido — Autonomia processual dos Estados-Membros — Princípio da efetividade — Presunção de inocência»

No processo C-74/14,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Lituânia), por decisão de 17 de janeiro de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 10 de fevereiro de 2014, no processo

«Eturas» UAB,

«AAA Wrislit» UAB,

«Baltic Clipper» UAB,

«Baltic Tours Vilnius» UAB,

«Daigera» UAB,

«Feron» UAB,

«Freshtavel» UAB,

«Guliverio kelionės» UAB,

«Kelionių akademija» UAB,

«Kelionių gurmanai» UAB,

«Kelionių laikas» UAB,

«Litamicus» UAB,

«Megaturas» UAB,

«Neoturas» UAB,

* Língua do processo: lituano.

«TopTravel» UAB,
«Travelonline Baltics» UAB,
«Vestekspress» UAB,
«Visveta» UAB,
«Zigzag Travel» UAB,
«ZIP Travel» UAB

contra

Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba,

estando presentes:

«Aviaeuropa» UAB,
«Grand Voyage» UAB,
«Kalnų upė» UAB,
«Keliautojų klubas» UAB,
«Smaragdus travel» UAB,
«700LT» UAB,
«Aljus ir Ko» UAB,
«Gustus vitae» UAB,
«Tropikai» UAB,
«Vipauta» UAB,
«Vistus» UAB,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: T. von Danwitz, presidente da Quarta Secção, exercendo funções de presidente da Quinta Secção, D. Šváby, A. Rosas, E. Juhász (relator) e C. Vajda, juízes,

advogado-geral: M. Szpunar,

secretário: M. Aleksejev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 7 de maio de 2015,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da «AAA Wrislit» UAB, por L. Darulienė e T. Blažys, advokatai,

- em representação da «Baltic Clipper» UAB, por J. Petrulionis, L. Šlepaitė e M. Juonys, advokatai,
- em representação da «Baltic Tours Vilnius» UAB e da «Kelionių laikas» UAB, por P. Koverovas e R. Moisejevas, advokatai,
- em representação da «Guliverio kelionės» UAB, por M. Juonys e L. Šlepaitė, advokatai,
- em representação da «Kelionių akademija» UAB e da «Travelonline Baltics» UAB, por L. Darulienė, advokatė,
- em representação da «Megaturas» UAB, por E. Kisielius, advokatas,
- em representação da «Vestekspress» UAB, por L. Darulienė, R. Moisejevas e P. Koverovas, advokatai,
- em representação de «Visveta» UAB, por T. Blažys, advokatas,
- em representação do Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, por E. Pažeraitė e S. Tolušytė, na qualidade de agentes,
- em representação da «Keliautojų klubas» UAB, por E. Burgis e I. Sodeikaitė, advokatai,
- em representação do Governo lituano, por D. Kriauciūna, K. Dieninis e J. Nasutavičienė, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo austríaco, por C. Pesendorfer, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão Europeia, por A. Biolan, V. Bottka e A. Steiblytė, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 16 de julho de 2015,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 101.º TFUE.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a «Eturas» UAB (a seguir «Eturas»), a «AAA Wristlit» UAB, a «Baltic Clipper» UAB, a «Baltic Tours Vilnius» UAB, a «Daigera» UAB, a «Feron» UAB, a «Freshtravel» UAB, a «Guliverio Kelionės» UAB, a «Kelionių akademija» UAB, a «Kelionių gurmanai» UAB, a «Kelionių laikas» UAB, a «Litamicus» UAB, a «Megaturas» UAB, a «Neoturas» UAB, a «Top Travel» UAB, a «Travelonline Baltics» UAB, a «Vestekspress» UAB, a «Visveta» UAB, a «Zigzag Travel» UAB e a «ZIP Travel» UAB, que são agências de viagens, ao Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (Conselho da Concorrência da República da Lituânia, a seguir «Conselho da Concorrência») a respeito de uma decisão pela qual este último condenou essas agências de viagens no pagamento de coimas por terem celebrado e participado em práticas anticoncorrenciais.

Quadro jurídico

- 3 O considerando 5 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] do Tratado [FUE] (JO 2003, L 1, p. 1), enuncia:

«A fim de assegurar uma aplicação eficaz das regras comunitárias de concorrência, salvaguardando simultaneamente a observância dos direitos fundamentais da defesa, o presente regulamento deverá regular a questão do ónus da prova ao abrigo dos artigos [101.º] e [102.º] do Tratado. Caberá à parte ou à autoridade que alegue uma violação do n.º 1 do artigo [101.º] e do artigo [102.º] provar a referida violação nos termos da lei. Caberá à empresa ou associação de empresas que invoque o benefício de um meio de defesa contra o apuramento de uma violação fazer prova, nos termos da lei, de que se encontram reunidas as condições de tal defesa. O presente regulamento não afeta as regras nacionais relativas ao nível da prova nem as obrigações das autoridades responsáveis em matéria de concorrência e dos tribunais dos Estados-Membros de avaliarem os factos pertinentes relativos a um processo, desde que tais regras e obrigações sejam compatíveis com os princípios gerais do direito comunitário.»

- 4 O artigo 2.º deste regulamento, com a epígrafe «Ónus da prova», dispõe:

«Em todos os processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos [101.º] e [102.º] do Tratado, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo [101.º] ou do artigo [102.º] do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação. Incumbe à empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do disposto no n.º 3 do artigo [101.º] do Tratado o ónus da prova do preenchimento das condições nele previstas.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 5 Decorre da decisão de reenvio que a Eturas é titular de direitos exclusivos sobre o programa informático E-TURAS, sendo também o respetivo administrador.
- 6 Esse programa informático é um sistema comum de reservas de viagens em linha. Permite às agências de viagens, que adquiriram à Eturas, mediante contrato, uma licença de exploração, propor a venda de viagens através do seu sítio Internet, segundo uma forma de apresentação de reservas uniforme e determinada pela Eturas. O contrato de licença acima referido não contém nenhuma cláusula que permita ao administrador do referido programa informático alterar os preços fixados pelas agências de viagens que o utilizam para os serviços que vendem.
- 7 Cada agência de viagens possui no programa informático E-TURAS uma conta eletrónica pessoal à qual se pode conectar utilizando uma senha que lhe foi atribuída quando da assinatura do contrato de licença. É nessa conta que as agências de viagens acedem a um centro de mensagens específico do sistema de reservas E-TURAS, que funciona como uma caixa de correio eletrónica. As mensagens enviadas por esse centro leem-se como mensagens de correio eletrónico e, portanto, para serem lidas pelo seu destinatário, devem ser previamente abertas.
- 8 Em 2010, o Conselho da Concorrência deu início a uma investigação com base nas informações prestadas por uma das agências utilizadoras do sistema de reservas E-TURAS, segundo as quais as agências de viagens coordenavam entre si os descontos sobre as viagens vendidas através desse sistema.

- 9 Essa investigação permitiu estabelecer que, em 25 de agosto de 2009, o diretor da Eturas enviou a várias agências de viagens, em qualquer caso pelo menos a uma delas, uma mensagem eletrônica intitulada «Voto», em que se pedia ao destinatário para se pronunciar sobre a possibilidade de reduzir a taxa de desconto na Internet, alterando-a de 4% para uma taxa compreendida entre 1% e 3%.
- 10 Em 27 de agosto de 2009, às 12 h 20 m, o administrador do programa informático E-TURAS enviou, através do centro de mensagens interno do referido programa, em qualquer caso pelo menos a duas das agências de viagens em causa, uma mensagem intitulada «Mensagem relativa à redução do desconto para as reservas em linha, entre 0% e 3%» (a seguir «mensagem em causa no processo principal»), com a seguinte redação:

«Tendo em conta as declarações, as sugestões e os desejos das agências de viagens no que se refere à aplicação de uma taxa de desconto para as reservas em linha, introduzimos a possibilidade de proceder a descontos em linha, entre 0% e 3%, à escolha de cada uma. Este 'limite máximo' da taxa do desconto ajudará a manter o montante da comissão e a normalizar as condições da concorrência. Atenção! Às agências de viagens que ofereçam descontos a uma taxa superior a 3%, [esta] será automaticamente reduzida para 3% a partir das 14 horas. Se tiverem difundido informações sobre a taxa de desconto, sugerimos que as alterem em conformidade».
- 11 Depois de 27 de agosto de 2009, os sítios Internet de oito agências de viagens continham mensagens publicitárias relativas a um desconto de 3% sobre as viagens oferecidas. Quando se procedia a uma reserva, abria-se uma janela e era mencionado o facto de que a viagem escolhida era objeto de um desconto de 3%.
- 12 A investigação realizada pelo Concelho da Concorrência permitiu estabelecer que as alterações técnicas efetuadas no programa informático E-TURAS na sequência do envio da mensagem em causa no processo principal implicavam que, embora as agências de viagens em causa não estivessem impedidas de conceder aos seus clientes descontos superiores a 3%, a concessão destes descontos exigia no entanto que essas agências levassem a cabo formalidades técnicas adicionais.
- 13 Na sua decisão de 7 de junho de 2012, o Conselho da Concorrência considerou que 30 agências de viagens, bem como a Eturas, participaram, entre 27 de agosto de 2009 e o final de março de 2010, numa prática anticoncorrencial relativa aos descontos concedidos às reservas efetuadas através do programa informático E-TURAS.
- 14 Segundo essa decisão, a prática anticoncorrencial teve início no dia em que a mensagem em causa no processo principal, relativa à redução da taxa dos descontos, apareceu no sistema de reservas E-TURAS e que a limitação sistemática dessa taxa no âmbito de exploração desse sistema foi aplicada.
- 15 O Conselho da Concorrência considerou que as agências de viagens que utilizaram o sistema de reservas E-TURAS durante o período em causa e que não formularam nenhuma objeção eram responsáveis por uma infração às regras de concorrência, dado que podiam razoavelmente presumir que todos os outros utilizadores do sistema também tinham limitado os seus descontos a um máximo de 3%. Daqui deduziu que essas agências haviam comunicado entre si as taxas de desconto que tencionavam aplicar no futuro e tinham assim manifestado indiretamente, mediante um consentimento implícito ou tácito, uma vontade comum quanto ao seu comportamento no mercado relevante. Concluiu daí que esse comportamento por parte das referidas agências no mercado relevante devia ser considerado uma prática concertada e entendeu que, embora a Eturas não operasse no mercado relevante, tinha contribuído para facilitar essa prática.
- 16 Consequentemente, o Conselho da Concorrência declarou que a Eturas e as agências de viagens em causa tinham, nomeadamente, violado o artigo 101.º, n.º 1, TFUE e aplicou-lhes coimas. A agência de viagens que tinha informado o Conselho da Concorrência da existência dessa violação beneficiou de uma imunidade da coima ao abrigo de um programa de clemência.

- 17 As recorrentes no processo principal recorreram da decisão do Conselho da Concorrência para o Vilniaus apygardos administracinis teismas (Tribunal Administrativo de Vilnius). Por sentença de 8 de abril de 2013, esse órgão jurisdicional julgou parcialmente procedente o recurso e reduziu o montante das coimas aplicadas.
- 18 Tanto as recorrentes no processo principal como o Conselho da Concorrência recorreram da referida sentença para o Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Supremo Tribunal Administrativo da Lituânia).
- 19 As recorrentes no processo principal alegam que não participaram numa prática concertada, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE ou das disposições correspondentes do direito nacional. Alegam que não podem ser consideradas responsáveis pelo comportamento unilateral da Eturas. Algumas delas sustentam não ter recebido ou lido a mensagem em causa no processo principal, dado que a exploração do programa informático E-TURAS representava apenas uma ínfima parte do seu volume de negócios e não prestavam atenção às alterações introduzidas nesse programa. Indicam ter continuado a utilizar o sistema de informação mesmo depois da introdução técnica da limitação dos descontos, uma vez que não existiam sistemas de informação alternativos e que o desenvolvimento de sistemas próprios era muito dispendioso. Afirmam, por último, que, em princípio, os descontos não estavam limitados, dado que as agências de viagens em causa continuavam a ter a possibilidade de conceder aos seus clientes descontos individuais de fidelidade adicionais.
- 20 O Conselho da Concorrência sustenta que o sistema de reservas E-TURAS oferecia às recorrentes no processo principal o meio de coordenar as suas ações e eliminava a necessidade de organizar reuniões. Alega que, para esse efeito, por um lado, as condições de utilização desse sistema permitiam às referidas recorrentes alcançar uma «convergência de vontades» quanto a uma limitação dos descontos sem que tivesse que haver contactos diretos e que, por outro, a inexistência de oposição às limitações dos descontos equivale à sua aprovação tácita. Indica que o referido sistema funcionava em condições uniformes e era facilmente identificável nos sítios Internet das agências de viagens em causa no processo principal, nos quais eram publicadas informações sobre os descontos concedidos. Essas agências de viagens não se tinham oposto à limitação dos descontos assim aplicada e, desse modo, tinham comunicado entre si que aplicavam descontos limitados, eliminando qualquer incerteza quanto às taxas de desconto. Segundo o Conselho da Concorrência, incumbia às recorrentes no processo principal atuarem de uma forma prudente e responsável e não podiam ignorar nem deixar de prestar atenção às mensagens relativas aos instrumentos utilizados no âmbito da sua atividade económica.
- 21 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a interpretação a dar ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE e, nomeadamente, sobre a repartição do ónus da prova para efeitos da aplicação dessa disposição. Com efeito, tem dúvidas sobre a existência de critérios suficientes suscetíveis de demonstrar, no caso em apreço, a participação das agências de viagens em causa numa prática concertada de natureza horizontal.
- 22 Para o efeito, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, no caso em apreço, o principal elemento de prova em que se baseia a condenação é constituído apenas por uma presunção, segundo a qual as agências de viagens em causa tinham lido ou deveriam ter lido a mensagem em causa no processo principal e deveriam ter compreendido todas as implicações contidas na decisão relativa à limitação das taxas dos descontos nas viagens propostas. A este respeito, refere que a presunção de inocência se aplica no âmbito da repressão das infrações ao direito da concorrência, e manifesta dúvidas sobre a possibilidade de condenar as agências de viagens em causa no processo principal apenas com base na primeira dessas presunções, tanto mais que algumas delas negaram conhecer a mensagem em causa no processo principal, ao passo que outras venderam a sua primeira viagem somente depois de as alterações técnicas terem sido realizadas ou ainda não venderam nenhuma através do sistema de reservas E-TURAS.

- 23 Simultaneamente, o órgão jurisdicional de reenvio reconhece que as agências de viagens que utilizam o sistema de reservas E-TURAS sabiam ou deviam necessariamente saber que os seus concorrentes utilizavam também esse sistema, razão pela qual é possível sustentar que as referidas agências deviam fazer prova tanto de prudência como de diligência e, portanto, que não podiam deixar de ler as mensagens que recebiam. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que uma parte das agências punidas pelo Conselho da Concorrência reconheceu ter tido conhecimento do conteúdo da mensagem em causa no processo principal.
- 24 O órgão jurisdicional de reenvio pretende, por conseguinte, determinar se, nas circunstâncias do processo que lhe foi submetido, o simples envio de uma mensagem relativa a uma limitação da taxa de desconto pode constituir prova suficiente para determinar ou permitir presumir que os operadores económicos que participaram no sistema E-TURAS conheciam ou deviam necessariamente ter conhecimento dessa limitação, ainda que alguns deles aleguem não ter tido qualquer conhecimento da referida limitação, outros não tenham alterado a taxa de desconto efetivamente aplicada e outros ainda não tenham vendido qualquer viagem através desse sistema durante o período em causa.
- 25 Neste contexto, o Lietuvos vyriausioji administracinis teismas decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «1) Deve o artigo 101.º, n.º 1, TFUE ser interpretado no sentido de que, numa situação em que operadores económicos participam num sistema [...] comum de informação do tipo descrito no presente caso e em que o Conselho da Concorrência [demonstra] que [foi difundida] nesse sistema uma [mensagem] relativa a uma [limitação] à aplicação de descontos e [introduzida] uma restrição técnica [ao registo informático das taxas de desconto], se pode presumir que os operadores económicos tinham ou deviam ter tido conhecimento da [mensagem difundida] [...] e que, não se tendo oposto à aplicação dessa [limitação] de descontos, manifestaram a sua aprovação tácita [à mesma] e que, por essa razão, podem ser responsabilizados por participação em práticas concertadas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE?
- 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão, quais os fatores que devem ser tidos em consideração para determinar se os operadores económicos que participaram num sistema [...] comum de informação, em circunstâncias como as do processo principal, participaram em práticas concertadas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE?»

Quanto às questões prejudiciais

- 26 Com as suas questões, que devem ser examinadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, quando o administrador de um sistema de informação destinado a permitir às agências de viagens venderem viagens no seu sítio Internet, segundo um método de reservas uniforme, envia a esses operadores económicos, através de um centro de mensagens eletrónicas pessoal, uma mensagem advertindo-os de que os descontos relativos aos produtos vendidos através desse sistema passarão a ser limitados, e, na sequência da difusão desta mensagem, o sistema em causa sofre as alterações técnicas necessárias para aplicar essa medida, se pode presumir que os referidos operadores tinham ou deviam necessariamente ter tido conhecimento da mensagem em causa e que, não se tendo oposto a essa prática, participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição.
- 27 A título preliminar, cumpre recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum. Uma tal exigência de autonomia opõe-se assim rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos diretos ou indiretos entre tais operadores que possa quer influenciar a atuação no mercado de um concorrente atual ou potencial quer revelar a esse concorrente a atuação que se decidiu ou se planeia adotar nesse mercado, quando esses contactos tenham por objetivo ou por efeito conduzir a

condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa (v., neste sentido, acórdão T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, EU:C:2009:343, n.ºs 32, 33 e jurisprudência aí referida).

- 28 O Tribunal de Justiça também já declarou que as formas passivas de participação na infração, como a presença de uma empresa em reuniões onde foram concluídos acordos de natureza anticoncorrencial, sem se ter oposto a eles de forma manifesta, se traduzem numa cumplicidade que é suscetível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito do artigo 101.º TFUE, uma vez que a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuação da infração e comprometer a sua descoberta (v., neste sentido, acórdão AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 31 e jurisprudência aí referida).
- 29 Em primeiro lugar, na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio se interroga sobre a questão de saber se o envio de uma mensagem, como a que está em causa no processo principal, pode constituir uma prova suficiente para determinar que os operadores que participaram no sistema tinham ou deviam necessariamente ter conhecimento do seu conteúdo, há que recordar que, em conformidade com o artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, em todos os processos nacionais de aplicação do artigo 101.º TFUE, o ónus da prova de uma violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação.
- 30 Embora o artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003 reja expressamente a atribuição do ónus da prova, esse regulamento não contém disposições relativas aos aspetos processuais mais específicos. Assim, o referido regulamento não contém, nomeadamente, disposições relativas aos princípios que regulam a apreciação das provas e o nível da prova exigido no âmbito de um processo nacional de aplicação do artigo 101.º TFUE.
- 31 Esta conclusão é corroborada pelo considerando 5 do Regulamento n.º 1/2003, que prevê expressamente que esse regulamento não afeta as regras nacionais relativas ao nível da prova exigido.
- 32 Ora, é jurisprudência constante que, na falta de regras da União na matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro estabelecer essas regras, por força do princípio da autonomia processual, desde que, no entanto, não sejam menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes sujeitas ao direito interno (princípio da equivalência) e que tornem impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União (princípio da efetividade) (v., neste sentido, acórdãos VEBIC, C-439/08, EU:C:2010:739, n.º 63, e Nike European Operations Netherlands, C-310/14, EU:C:2015:690, n.º 28 e jurisprudência aí referida).
- 33 É certo que o Tribunal de Justiça declarou que a presunção de causalidade entre uma concertação e o comportamento no mercado das empresas que nela participaram, segundo a qual as referidas empresas, quando continuam ativas nesse mercado, têm em conta as informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento no mercado, decorre do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e que, por conseguinte, é parte integrante do direito da União que o juiz nacional está obrigado a aplicar (v., neste sentido, acórdão T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, EU:C:2009:343, n.ºs 51 a 53).
- 34 Contudo, contrariamente a esta presunção, a resposta à questão de saber se o simples envio de uma mensagem, como a que está em causa no processo principal, pode, à luz de todas as circunstâncias submetidas ao órgão jurisdicional de reenvio, constituir uma prova suficiente para determinar que os seus destinatários tinham ou deviam necessariamente ter conhecimento do seu conteúdo não decorre do conceito de «prática concertada» que lhe está intrinsecamente ligado. Com efeito, deve considerar-se que uma questão dessa natureza está relacionada com a apreciação das provas e o nível da prova exigido, de modo que, nos termos do princípio da autonomia processual, e sem prejuízo dos princípios da equivalência e da efetividade, se insere no âmbito do direito nacional.

- 35 O princípio da efetividade exige, todavia, que as regras nacionais que regulam as provas e o nível da prova exigido não devem tornar impossível ou excessivamente difícil a aplicação das regras de concorrência da União e, nomeadamente, que não prejudiquem a aplicação efetiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE (v., neste sentido, acórdão *Pfleiderer*, C-360/09, EU:C:2011:389, n.º 24).
- 36 A este respeito, há que recordar que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a existência de uma prática concertada ou de um acordo anticoncorrencial deve, na maior parte dos casos, ser inferida de um determinado número de coincidências e de indícios que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação coerente, a prova de uma violação das regras de concorrência (v., neste sentido, acórdão *Total Marketing Services/Comissão*, C-634/13 P, EU:C:2015:614, n.º 26 e jurisprudência aí referida).
- 37 Consequentemente, o princípio da efetividade exige que a prova de uma violação do direito da concorrência da União possa ser feita não apenas através de provas diretas mas também através de indícios, desde que estes sejam objetivos e concordantes.
- 38 Na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à possibilidade de declarar que as agências de viagens tinham ou deviam ter conhecimento da mensagem em causa no processo principal, à luz da presunção de inocência, há que recordar que esta constitui um princípio geral do direito da União, agora enunciado no artigo 48.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (v., neste sentido, acórdão *E.ON Energie/Comissão*, C-89/11 P, EU:C:2012:738, n.º 72) que os Estados-Membros estão obrigados a respeitar quando aplicam o direito da concorrência da União (v., neste sentido, acórdãos *VEBIC*, C-439/08, EU:C:2010:739, n.º 63, e *N.*, C-604/12, EU:C:2014:302, n.º 41).
- 39 A presunção de inocência opõe-se a que o órgão jurisdicional deduza do simples envio da mensagem em causa no processo principal que as agências de viagens em causa deviam necessariamente ter conhecimento do seu conteúdo.
- 40 Contudo, a presunção de inocência não se opõe a que o órgão jurisdicional de reenvio considere que o envio da mensagem em causa no processo principal pode, à luz de outros indícios objetivos e concordantes, fundamentar a presunção de que as agências de viagens em causa no processo principal tinham conhecimento do seu conteúdo a partir da data do envio dessa mensagem, desde que essas agências mantenham a possibilidade de a ilidir.
- 41 No que se refere a esta refutação, o órgão jurisdicional de reenvio não pode exigir diligências excessivas ou irrealistas. As agências de viagens em causa no processo principal devem ter a possibilidade de ilidir a presunção de que tinham conhecimento do conteúdo da mensagem em causa no processo principal a partir da data do seu envio, por exemplo, demonstrando que não a receberam ou que não consultaram a rubrica em questão ou que só a consultaram depois de decorrido um certo tempo desse envio.
- 42 Em segundo lugar, no que se refere à participação das agências de viagens em causa numa prática concertada na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, há que, por um lado, recordar que, nos termos desta disposição, o conceito de «prática concertada» implica, além da concertação entre as empresas em causa, um comportamento no mercado que dê seguimento a essa concertação e um nexo causa/efeito entre esses dois elementos (acórdão *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 126 e jurisprudência aí referida).
- 43 Por outro lado, há que salientar que o processo principal, tal como se apresenta segundo as constatações do órgão jurisdicional de reenvio, se caracteriza pelo facto de o administrador do sistema de informação em causa ter enviado uma mensagem que visava uma ação anticoncorrencial comum às agências de viagens que participavam nesse sistema, mensagem essa que só podia ser consultada na

rubrica «mensagem de informação» no referido sistema de informação e à qual as agências não responderam expressamente. Na sequência do envio dessa mensagem, foi introduzida uma limitação técnica que limitou a 3% os descontos que podiam ser aplicados às reservas no sistema. Embora esta limitação não impedisse as agências de viagens em causa de concederem aos seus clientes descontos superiores a 3%, implicava, contudo, levar a cabo formalidades técnicas adicionais.

- 44 Essas circunstâncias são suscetíveis de demonstrar uma concertação entre as agências de viagens que tinham conhecimento do conteúdo da mensagem em causa no processo principal, podendo considerar-se que tinham consentido tacitamente numa prática anticoncorrencial comum, dado que os outros dois elementos constitutivos de uma prática concertada, recordados no n.º 42 do presente acórdão, também estão reunidos. Em função da apreciação das provas pelo órgão jurisdicional de reenvio, pode presumir-se que uma agência de viagens participou nessa concertação a partir do momento em que teve conhecimento desse conteúdo.
- 45 Em contrapartida, se o conhecimento da referida mensagem por uma agência de viagens não puder ser demonstrado, a sua participação numa concertação não pode ser inferida da simples existência da limitação técnica introduzida no sistema em causa no processo principal, sem que se demonstre com base noutros indícios objetivos e concordantes que a mesma consentiu tacitamente em participar numa ação anticoncorrencial.
- 46 Em terceiro lugar, há que observar que uma agência de viagens pode ilidir a presunção da sua participação numa prática concertada demonstrando que se distanciou publicamente dessa prática ou que a denunciou às autoridades administrativas. Além disso, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, num caso como o do processo principal, em que não está em causa uma reunião colusória, o distanciamento público ou a denúncia às entidades administrativas não são os únicos meios para ilidir a presunção da participação de uma empresa numa infração, podendo também serem apresentadas outras provas para o efeito (v., neste sentido, acórdão *Total Marketing Services/Comissão*, C-634/13 P, EU:C:2015:614, n.ºs 23 e 24).
- 47 No que se refere ao exame da questão de saber se as agências de viagens em causa se distanciaram publicamente da concertação objeto do processo principal, há que observar que, em circunstâncias especiais como as do processo principal, não se pode exigir que a declaração da agência de viagens que tinha a intenção de se distanciar seja feita em relação a todos os concorrentes que foram destinatários da mensagem em causa no processo principal, dado que essa agência não está materialmente em posição de conhecer esses destinatários.
- 48 Nesta situação, o órgão jurisdicional de reenvio pode aceitar que uma objeção clara e explícita dirigida ao administrador do programa informático E-TURAS seja suscetível de ilidir a referida presunção.
- 49 Quanto à possibilidade de ilidir a presunção da participação numa prática concertada através de provas diferentes do distanciamento público ou da denúncia às entidades administrativas, há que observar que, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, a presunção de causalidade entre a concertação e o comportamento no mercado das empresas que nela participaram, referida no n.º 33 do presente acórdão, pode ser ilidida mediante a prova de uma aplicação sistemática de um desconto superior à limitação em causa.
- 50 À luz de todas as considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que:
- O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, quando o administrador de um sistema de informação destinado a permitir às agências de viagens venderem viagens no seu sítio Internet, segundo um método de reservas uniforme, envia a esses operadores económicos, através de uma caixa de correio eletrónica pessoal, uma mensagem advertindo-os de que os descontos relativos aos produtos vendidos através desse sistema passarão a ser limitados e, na sequência da difusão desta mensagem, o sistema em causa sofre as alterações técnicas necessárias para aplicar

essa medida, se pode presumir que, a partir do momento em que tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição, se não se distanciaram publicamente dessa prática, não a denunciaram às entidades administrativas ou não apresentaram outras provas para ilidir esta presunção, como a prova de uma aplicação sistemática de um desconto superior à limitação em causa.

- Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio examinar, com base nas regras nacionais que regulam a apreciação das provas e o nível da prova exigido, se, à luz de todas as circunstâncias que lhe são submetidas, o envio de uma mensagem, como a que está em causa no processo principal, pode constituir uma prova suficiente para determinar que os seus destinatários tinham conhecimento do seu conteúdo. A presunção de inocência opõe-se a que o órgão jurisdicional de reenvio considere que o simples envio dessa mensagem possa constituir uma prova suficiente para demonstrar que os seus destinatários deviam necessariamente ter conhecimento do seu conteúdo.

Quanto às despesas

- ⁵¹ Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, quando o administrador de um sistema de informação destinado a permitir às agências de viagens venderem viagens no seu sítio Internet, segundo um método de reservas uniforme, envia a esses operadores económicos, através de uma caixa de correio eletrónica pessoal, uma mensagem advertindo-os de que os descontos relativos aos produtos vendidos através desse sistema passarão a ser limitados e, na sequência da difusão desta mensagem, o sistema em causa sofre as alterações técnicas necessárias para aplicar essa medida, se pode presumir que, a partir do momento em que tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição, se não se distanciaram publicamente dessa prática, não a denunciaram às entidades administrativas ou não apresentaram outras provas para ilidir esta presunção, como a prova de uma aplicação sistemática de um desconto superior à limitação em causa.

Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio examinar, com base nas regras nacionais que regulam a apreciação das provas e o nível da prova exigido, se, à luz de todas as circunstâncias que lhe são submetidas, o envio de uma mensagem, como a que está em causa no processo principal, pode constituir uma prova suficiente para determinar que os seus destinatários tinham conhecimento do seu conteúdo. A presunção de inocência opõe-se a que o órgão jurisdicional de reenvio considere que o simples envio dessa mensagem possa constituir uma prova suficiente para demonstrar que os seus destinatários deviam necessariamente ter conhecimento do seu conteúdo.

Assinaturas