Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 6 de setembro de 2012 [1]

Processo C-226/11

Expedia Inc.
contra
Autorité de la concurrence e o.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Cour de cassation (França)]

«Concorrência — Artigo 81.º CE — Afetação sensível da concorrência — Apreciação do caráter sensível no caso de restrições da concorrência pelo objetivo — 'Comunicação de minimis' da Comissão ('comunicação relativa aos acordos de pequena importância') — Falta de alcance dos limiares de quotas de mercado previstos na comunicação de minimis — Poder das autoridades da concorrência nacionais de aplicar simultaneamente o artigo 81.º CE e sanções — Artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003»

I — Introdução

1. As comunicações da Comissão Europeia no domínio do direito da concorrência são vinculativas para as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais? É esta, no essencial, a questão jurídica com a qual é confrontado o Tribunal de Justiça, no presente processo de reenvio prejudicial. Esta questão coloca-se em relação à chamada «comunicação *de minimis*» [2] (por vezes também designada por «comunicação relativa aos acordos de pequena importância»), na qual a Comissão refere em que circunstâncias pressupõe verificar-se uma *restrição sensível da concorrência*, para efeitos do artigo 81.º CE (atual artigo 101.º TFUE).

2. Esta questão foi submetida pela Cour de cassation [3] francesa, que tem em mãos um litígio entre a agência de viagens «online» Expedia e a autoridade da concorrência francesa [4]. A Expedia criou juntamente com a empresa pública de caminhos de ferro francesa, a Société nationale des chemins de fer (a seguir «SNCF»), uma empresa comum, destinada à venda de bilhetes de comboio e à prestação de outros serviços de agência de viagens. Através desta colaboração, a Expedia obteve um acesso privilegiado ao sítio internet «voyages-sncf.com», que fora a seu tempo desenvolvido pela SNCF, e passou então a beneficiar de um tratamento privilegiado em relação aos respetivos serviços, do qual ficaram privados outros agentes de viagens. A autoridade da concorrência francesa entendeu verificar-se uma restrição da concorrência proibida e aplicou coimas tanto à Expedia como à SNCF, considerando ter sido violado tanto o artigo 81.º CE como também a disposição equivalente de direito da concorrência nacional.

1 — Língua original: alemão.

2 — Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*) (*JO 2001, C 368, p. 13*).

3 — Tribunal de cassação.

4 — Autorité de la concurrence, antes Conseil de la concurrence.

3. A polémica entre as partes no processo principal recai essencialmente sobre a questão de saber se do acordo controvertido, entre a Expedia e a SNCF, resultou uma restrição sensível da concorrência, para efeitos do artigo 81.º CE. A Expedia afirma que no presente caso não se alcançou o limiar da quota de mercado estabelecido pela Comissão na comunicação *de minimis*, de 10%, pelo que considera que a autoridade da concorrência francesa não poderia ter pressuposto verificar-se uma afetação sensível da concorrência.

4. É dentro deste quadro que a Cour de cassation pretende saber se as autoridades nacionais, à luz do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003[5], podem pressupor a existência de uma restrição sensível da concorrência, mesmo que não seja alcançado o mencionado limiar da quota de mercado, de 10%. Neste contexto, os juízes de última instância franceses salientam, em especial, que segundo a matéria de facto estabelecida no processo principal, o acordo controvertido, entre a Expedia e a SNCF, não só produziu um efeito anticoncorrencial como também tinha efetivamente esse mesmo objetivo.

5. Através da sua resposta ao presente pedido de decisão prejudicial o Tribunal de Justiça irá determinar, em termos decisivos, a margem de apreciação da qual disporão futuramente as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais, no âmbito da aplicação do artigo 101.º TFUE. Além disso, este caso fornece a oportunidade para se precisar mais as exigências da verificação de *restrição da concorrência pelo objetivo* - tanto a nível da União como a nível nacional. Estes dois aspetos são de importância não despicienda para o funcionamento do sistema descentralizado, introduzido pelo Regulamento n.º 1/2003, de imposição do direito da concorrência.

II — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

6. Na resposta a este pedido de decisão prejudicial importa apreciar a proibição de acordos anticoncorrenciais (a seguir também «proibição dos cartéis»), na redação anterior à da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, uma vez que a decisão impugnada do conselho da concorrência francês foi proferida em fevereiro de 2009. Assim, neste caso o quadro jurídico de direito da União é fornecido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, bem como pelo Regulamento n.º 1/2003, que foi adotado para a sua execução. Porém, as minhas considerações seguintes, que incidem sobre o artigo 81.º CE, aplicam-se igualmente ao artigo 101.º TFUE, que é a disposição legal citada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

7. No que concerne à «[r]elação entre [o artigo 81.º] do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência», o artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 prevê, nomeadamente, o seguinte:

«1. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na aceção do n.º 1 do artigo 81.º [CE], suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81.º [CE] a tais acordos, decisões ou práticas concertadas […]

5 — Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1).

2. A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º [CE], ou que reúnam as condições do n.º 3 do artigo 81.º [CE] ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo 81.º [CE] […]

[…]».

8. No que tange à «[c]ooperação entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência», o artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe o seguinte:

«1. A Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência aplicam as regras comunitárias de concorrência em estreita cooperação».

9. Importa ainda chamar a atenção para os esclarecimentos contidos no primeiro, sexto, oitavo, décimo quarto, décimo quinto, vigésimo segundo e trigésimo quarto considerandos do preâmbulo do Regulamento n.º 1/2003:

«1. A fim de estabelecer um regime que assegure a não distorção da concorrência no mercado comum, há que proceder à aplicação eficaz e uniforme dos artigos 81.° e 82.° do Tratado na [União] […]

[…]

6. Para assegurar a aplicação eficaz das regras [de concorrência da União], as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão ter maior participação nessa aplicação. Para o efeito, deverá ser-lhe atribuída competência para aplicar o direito [da União].

[…]

8. A fim de assegurar uma aplicação eficaz das regras [de concorrência da União] e o funcionamento adequado dos mecanismos de cooperação constantes do presente regulamento, é necessário impor às autoridades responsáveis em matéria de concorrência e aos tribunais dos Estados-Membros que apliquem igualmente os artigos 81.° e 82.° [CE] nos casos em que apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos e práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros. A fim de se criar um quadro comum de atuação relativamente a acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas no âmbito do mercado interno, é também necessário determinar […] as relações entre as legislações nacionais e a legislação [da União] em matéria de concorrência. Para tal, é necessário prever que a aplicação das legislações nacionais em matéria de concorrência a acordos, decisões e práticas concertadas, na aceção do n.º 1 do artigo 81.º [CE], não conduza à proibição destes acordos, decisões e práticas concertadas se estes não forem também proibidos pela legislação [da União] em matéria de concorrência […]

[…]

14. Em casos excecionais, quando o interesse público [da União] o exija, poderá também ser útil que a Comissão aprove uma decisão de caráter declaratório em que constate a não aplicação da proibição estabelecida pelos artigos 81.° ou 82.° [CE], a fim de clarificar a legislação e assegurar a sua aplicação coerente na [União], especialmente no que se refere a novos tipos de acordos ou práticas que não estejam consagrados na jurisprudência existente, nem na prática administrativa.

15. A Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência deverão instituir juntamente uma rede de autoridades públicas responsáveis por aplicar as regras [de concorrência da União] em estreita cooperação […]

[…]

22. Num sistema de competências paralelas, devem ser evitados os conflitos entre decisões, a fim de garantir o respeito pelos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras [de concorrência da União] […]

[…]

34. Os princípios consignados nos artigos 81.° e 82.° [CE] […] atribuem aos órgãos da [União] um papel central que será conveniente manter, garantindo ao mesmo tempo uma mais estreita participação dos Estados-Membros na aplicação das regras [de concorrência da União] […]

[…]».

10. No presente caso releva ainda a comunicação *de minimis* da Comissão, de 2001, onde se diz, nomeadamente, o seguinte:

«[…]

2. Nesta comunicação a Comissão quantifica, recorrendo a limiares de quotas de mercado, as restrições da concorrência que não são consideradas sensíveis nos termos do n.º 1 do artigo 81.º [CE] […]

[…]

4. Nos casos abrangidos pela presente comunicação, a Comissão não iniciará qualquer processo, nem a pedido, nem oficiosamente. Sempre que as empresas presumirem, de boa-fé, que um acordo está abrangido pela presente comunicação, a Comissão não aplicará quaisquer coimas. Embora não seja vinculativa para os tribunais e para as autoridades dos Estados-Membros, a presente comunicação também pretende dar orientações a essas entidades para a aplicação do artigo 81.º

[…]

6. A presente comunicação não prejudica a interpretação do artigo 81.º efetuada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Primeira Instância […]

7. A Comissão considera que os acordos entre empresas que afetam o comércio entre os Estados-Membros não restringem sensivelmente a concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º quando:

   a) A quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10% em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes) […]

[…]

11. Os pontos 7, 8 e 9 não são aplicáveis aos acordos que contenham quaisquer das seguintes restrições graves:

[…]».

B — *Direito nacional*

11. No que respeita ao direito francês releva, antes de mais, o artigo L420-1 do Código Comercial (Code de commerce), que, no essencial, estatui a mesma proibição dos cartéis que também se encontra consagrada ao nível da União, no artigo 81.º CE (atual artigo 101.º TFUE).

12. Além disso, o artigo L. 464-6-1 do Code de commerce adotou os limiares da comunicação *de minimis* da Comissão e concedeu margem de apreciação à autoridade da concorrência para prosseguir ou não o processo, em caso de acordos de pequena importância [6]. Consequentemente, se as empresas intervenientes no acordo não alcançarem os limiares de quotas de mercado mencionados na referida comunicação, pode a autoridade da concorrência decidir não prosseguir o processo.

III — Matéria de facto e processo principal

13. A empresa pública de caminhos de ferro francesa, a SNCF, quis promover a venda de bilhetes de comboio e de viagens na internet e procurou, para o efeito, um parceiro experiente. Optou pela Expedia, uma sociedade de direito norte-americano, especializada na venda de viagens na internet. Em setembro de 2001, a SNCF e a Expedia celebraram vários acordos relativos à colaboração entre ambas e criaram uma filial comum denominada GL Expedia, que em 2004 alterou a respetiva denominação para Agence Voyages-snfc.com (a seguir «Agence VSC»). O sítio internet voyages-sncf.com, até então destinado apenas à informação, à reserva e à venda de bilhetes de comboios na internet, acolheu a atividade da sociedade comum e transformou-se para oferecer, além das suas prestações iniciais, um serviço de agência de viagens em linha.

14. Na sequência de uma queixa de sociedades concorrentes, a autoridade da concorrência francesa declarou, através da decisão n.º 09-D-06, de 5 de fevereiro de 2009, que a SNCF e a Expedia tinham implementado acordos, decisões e práticas concertadas proibidos pelo artigo L420-1 do Code de commerce e pelo artigo 81.º CE. Segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, a referida autoridade considerou que a atuação combinada entre a SNCF e a Expedia tinha um objetivo anticoncorrencial. A título de sanção foram aplicadas à Expedia uma coima no valor de 500 000 euros e à SNCF uma coima no valor de 5 000 000 euros.

15. No âmbito do processo administrativo que correu termos junto da autoridade da concorrência a Expedia alegou, no essencial, que, diferentemente dos resultados a que se chegou com base num alegado erro de cálculo [7], não chegaram a ser alcançados os limiares previstos na comunicação *de minimis* da Comissão nem os limites correspondentes, consagrados no artigo L464-6-1 do Code de commerce. Assim, atendendo à inexistência de uma quota de mercado de 10%, as autoridades nacionais, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, deveriam ter-se abstido de punir, pois é a comunicação *de minimis* que indica quando se verifica uma restrição sensível da concorrência, para efeitos do artigo 81.º CE. Ainda segundo a Expedia, o direito da concorrência nacional não pode, nesta matéria, ser mais exigente do que o europeu.

6 — Desde que não esteja em causa um contrato celebrado nos termos do Código dos Contratos Públicos (Code des marchés publics).

7 — Segundo a Expedia, o conselho da concorrência, na determinação da quota de mercado, em relação ao mercado em causa de serviços em linha de agências de viagens de lazer, não deveria ter tomado em consideração a quota de mercado obtida através do sítio internet voyages-sncf.com, no seu todo, uma vez que à Agence VSC, que constitui a empresa comum controvertida, só cabe 20% do volume de negócios do referido sítio internet.

16. A autoridade da concorrência rejeitou este argumento da Expedia, referindo que a Expedia e a SNCF eram concorrentes no mercado afetado dos serviços em linha de agências de viagens de lazer e detinham mais de 10% da quota desse mercado. A autoridade da concorrência sublinhou também que o acordo entre a Expedia e a SNCF tinha um objetivo anticoncorrencial.

17. A Expedia interpôs recurso da decisão da autoridade da concorrência para a Cour d'appel de Paris. Este tribunal não abordou diretamente a questão do cálculo das quotas de mercado da Agence VSC. Em vez disso decidiu, na sua sentença de 23 de fevereiro de 2010, invocando a disposição facultativa do artigo L464-6-1 do Code de commerce, que a investigação e sanção de cartéis é possível ainda que não sejam alcançados os limiares de quotas de mercado. Desde que estejam preenchidos os pressupostos do artigo 81.º CE - o que a Cour d'appel entendeu suceder no caso em apreço - o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 também não obsta, segundo a Cour d'appel, à aplicação de coimas.

18. O processo encontra-se atualmente pendente junto da Cour de cassation [8] - o órgão jurisdicional de reenvio -, em virtude do recurso de cassação que a Expedia interpôs da decisão proferida pela Cour d'appel.

IV — Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça

19. Por decisão de 10 de maio de 2011, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 16 de maio de 2011, a Cour de cassation decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão, para decisão a título prejudicial:

«O artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que uma prática de acordos, de decisões de associações de empresas ou de concertação que é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, mas que não atinge os limiares fixados pela Comissão Europeia na sua [comunicação *de minimis*], seja objeto de um processo e punida por uma autoridade nacional da concorrência com o duplo fundamento do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e do direito nacional da concorrência?»

20. A Expedia e a autoridade da concorrência francesa, os Governos francês, irlandês, italiano e polaco, bem como ainda a Comissão Europeia e o órgão de fiscalização da EFTA apresentaram observações escritas no processo junto do Tribunal de Justiça. Estes mesmos intervenientes, com exceção dos Governos irlandês, italiano e polaco, fizeram-se também representar na audiência realizada em 27 de junho de 2012.

V — Apreciação

21. O ponto de partida para a solução deste caso deve ser fornecido pelo artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003. Esta disposição estabelece uma ligação estreita entre o direito da concorrência da União e o direito da concorrência dos vários Estados-Membros [9]. Se a proibição nacional de cartéis for aplicada a um acordo entre empresas que seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros é necessário, por força do artigo 3.º, n.º 1, primeiro período, do Regulamento n.º 1/2003, aplicar em paralelo também o artigo 81.º CE (artigo 101.º TFUE) [10].

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

9 — Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, Toshiba Corporation e o., dito «Toshiba» (C-17/10, n.º 77).

10 — Cf. as conclusões por mim apresentadas em 8 de setembro de 2011 no processo Toshiba (já referido na nota 9, n.º 78).

22. Verificando-se uma tal aplicação em paralelo do direito da concorrência da União e do direito da concorrência nacional, o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 garante, complementarmente, que prevalecerão as valorações de direito da concorrência da União, de nível hierarquicamente superior. Em poucas palavras, os acordos entre empresas só podem ser proibidos pelo direito da concorrência nacional se também o forem pelo direito da União [11]. Portanto, o direito da concorrência dos vários Estados-Membros não pode conduzir a resultados mais severos do que o artigo 81.º CE.

23. Uma vez que, segundo jurisprudência constante, no quadro do artigo 81.º CE só podem ser investigados e sancionados acordos entre empresas [12] que tenham por objetivo ou efeito restringir *de maneira sensível* a concorrência [13], há que entender que o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 impõe que o critério do caráter sensível também seja respeitado quando - como sucede no presente caso - as autoridades ou os tribunais nacionais apliquem paralelamente tanto o direito da concorrência da União como o direito da concorrência nacional.

24. É neste contexto que a Cour de cassation pretende saber se a apreciação pelas autoridades nacionais do caráter sensível de certa restrição da concorrência tem necessariamente de ocorrer à luz dos critérios que foram publicados ao nível da União, através da comunicação *de minimis* da Comissão. Em particular, a Cour de cassation pretende saber se uma autoridade nacional pode pressupor a verificação de uma restrição sensível da concorrência num caso em que o acordo entre empresas, por ela apreciado, não alcança os limiares de quotas de mercado previstos na comunicação *de minimis* mas revela um objetivo anticoncorrencial.

25. Entre todos os intervenientes que apresentaram observações junto do Tribunal de Justiça apenas a Expedia entende que as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais estão vinculados aos limiares de quotas de mercado previstos na comunicação *de minimis*, mesmo que se verifique um objetivo anticoncorrencial. Diferentemente, as autoridades e os governos que intervieram no processo entendem que a comunicação *de minimis* não vincula os serviços nacionais. Alguns deles consideram ainda que a instauração de processo contra um acordo entre empresas com objetivo anticoncorrencial não carece de uma apreciação concreta do caráter sensível da restrição da concorrência.

A — *Inexistência de efeitos vinculativos por parte da comunicação de minimis*

26. Tal como o Tribunal de Justiça já decidiu noutro contexto, as comunicações da Comissão na área do direito da concorrência europeu não produzem efeitos vinculativos em relação às autoridades e aos tribunais nacionais [14]. O mesmo ocorre em relação à comunicação *de minimis* no caso vertente e aos limiares de quotas de mercado nela previstos. É o que resulta não apenas do teor da comunicação em apreço mas também dos seus objetivos e do contexto em que foi adotada.

11 — Oitavo considerando do Regulamento n.º 1/2003.

12 — Para simplificar, já não mencionarei as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas, que também se encontram abrangidas pelo artigo 81.º CE. O que se diz nas presentes conclusões aplica-se-lhes igualmente.

13 — Acórdãos de 30 de junho de 1966, LTM/MBU (56/65, Colet., p. 381), de 9 de julho de 1969, Völk (5/69, Colet., p. 95, n.º 7), de 6 de maio de 1971, Cadillon (1/71, Colet., p. 115, n.º 9), de 25 de novembro de 1971, Béguelin (22/71, Colet., p. 355, n.º 16), de 28 de abril de 1998, Javico (C-306/96, Colet., p. I-1983, n.º 12), de 28 de maio de 1998, Deere/Comissão (C-7/95 P, Colet., p. I-3111, n.º 77), de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Colet., p. I-11125, n.º 50), e de 2 de abril de 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, Colet., p. I-2437, n.º 68).

14 — Acórdão de 14 de junho de 2011, Pfleiderer (C-360/09, Colet., p. I-5161, n.º 21); já antes, em termos parecidos, acórdão de 28 de junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colet., p. I-5425, n.º 209), segundo o qual as comunicações adotadas pela Comissão não podem ser qualificadas como normas jurídicas, e acórdão de 29 de setembro de 2011, Arkema/Comissão (C-520/09 P, Colet., p. I-8901, n.º 88), segundo o qual as orientações publicadas pela Comissão se limitam a enunciar regras de conduta.

27. Resulta desde logo, de forma inequívoca, do *teor* da comunicação *de minimis*, que esta se limita a expressar a interpretação jurídica da Comissão [15], não sendo vinculativa para as autoridades e os tribunais dos Estados-Membros [16]. Aliás, fica também logo à partida excluída a vinculação dos órgãos jurisdicionais da União, pois a própria comunicação que esclarece expressamente que o seu conteúdo «[…] não prejudica […]» a interpretação do artigo 81.º CE efetuada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Primeira Instância [17].

28. O *objetivo* prosseguido pela comunicação *de minimis* milita igualmente contra o caráter imperativo das afirmações nela plasmadas. Com efeito, através desta comunicação a Comissão pretendia apenas tornar transparente a sua prática administrativa na aplicação do artigo 81.º CE [18], bem como pôr à disposição das empresas ativas no mercado interno e das autoridades e dos tribunais dos Estados-Membros uma orientação com indicações interpretativas úteis [19].

29. Esta impressão é confirmada se se tiver em devida conta o *contexto* em que se insere a comunicação *de minimis*. A Comissão não adotou a referida comunicação no exercício das suas competências legislativas, mas sim na sua qualidade de autoridade da concorrência da União Europeia. Por um lado, esta comunicação constitui um esclarecimento da prática administrativa da própria Comissão; por outro lado, a Comissão adota aí um parecer ou recomendação geral de política da concorrência, no quadro da responsabilidade que lhe foi atribuída em matéria de manutenção e desenvolvimento de um sistema de concorrência não falseada no mercado interno europeu [20]. Dispõe de poderes para o efeito, nos termos do artigo 85.º CE, em conjugação com o artigo 211.º, segundo travessão, CE (atual artigo 105.º TFUE, em conjugação com o artigo 292.º, quarta frase, TFUE) [21].

30. Porém, tais pareceres ou recomendações não são vinculativos (artigo 249.º, quinto parágrafo, CE, atual artigo 288.º, quinto parágrafo, TFUE). Só o Conselho pode adotar disposições vinculativas para a concretização das regras da concorrência consagradas nos tratados europeus, sendo que o faz sob a forma de regulamentos ou diretivas (artigo 83.º CE, atual artigo 103.º TFUE [22]). A Comissão só pode adotar regulamentos de isenção por categoria e mesmo isto só nos termos dos poderes que lhe tenham sido conferidos pelo Conselho (artigo 85.º, n.º 3, CE, atual artigo 105.º, n.º 3, TFUE).

31. Sem prejuízo do ora exposto, é certo que a Comissão dispõe, nos termos do artigo 10.º do Regulamento n.º 1/2003, do poder de, em casos excecionais, proferir decisões de caráter declaratório quanto à não aplicabilidade do artigo 81.º CE. Mas tais decisões só podem respeitar a casos individuais («um acordo») e, além disso, dirigem-se especialmente, a novos tipos de acordos ou práticas [23]. Outras afirmações mais genéricas em matéria de política da concorrência, tais como aquelas acerca do caráter sensível das restrições da concorrência, que constam da comunicação *de minimis*, extravasariam o âmbito do artigo 10.º do Regulamento n.º 1/2003.

15 — Cf., em especial, o ponto 2 («[…] a Comissão quantifica […]»), o ponto 7 («A Comissão considera […]») e o ponto 9 da comunicação *de minimis* («A Comissão também considera […]»).

16 — Ponto 4, última frase, da comunicação *de minimis*.

17 — Ponto 6 da comunicação *de minimis*.

18 — Ponto 4, primeira e segunda frases, da comunicação de *minimis*.

19 — Ponto 4, última frase, da comunicação de *minimis*.

20 — Quanto à importância das regras europeias da concorrência para o funcionamento do mercado interno, cf. acórdãos de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Colet., p. I-3055, n.º 36), de 20 de setembro de 2001, Courage e Crehan (C-453/99, p. I-6297, n.º 20), e - já com referência ao quadro jurídico vigente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa - acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera (C-52/09, Colet., p. I-527, n.º 20).

21 — Quanto ao papel da Comissão na definição da política da concorrência na União Europeia, cf., essencialmente, o acórdão de 14 de dezembro de 2000, Masterfoods (C-344/98, Colet., p. I-11369, n.º 46, primeira frase).

22 — No mesmo sentido, no domínio dos auxílios concedidos pelos Estados, artigo 89.º CE (atual artigo 109.º TFUE).

23 — Cf. o décimo quarto considerando do Regulamento n.º 1/2003, bem como o acórdão de 3 de maio de 2011, Tele 2 Polska (C-375/09, Colet., p. I-3055, n.º 25).

32. Além disso, a publicação da comunicação *de minimis* na série C do *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* revela que através dela não se pretendeu adotar disposições jurídicas vinculativas. Com efeito, ao invés da sua série «L», a série «C» não tem por objeto publicar atos juridicamente vinculativos, mas unicamente informações, recomendações e avisos relativos à União [24].

33. De resto, o princípio da legalidade das penas (*nulla poena sine lege*), consagrado ao nível da União [25], também não obriga a interpretar a comunicação *de minimis* como norma jurídica vinculativa. É que, ao contrário do que parece pretender a Expedia, a base jurídica que sustenta a atuação das autoridades da concorrência contra acordos anticoncorrenciais entre empresas não é fornecida pela comunicação *de minimis*, enquanto tal. Na verdade, a proibição dos cartéis, tal como prevista no direito da União, está enunciada no artigo 81.º CE, portanto ao nível do direito primário, numa disposição contida em tratado, que, enquanto tal, produz efeitos diretos tanto a favor como em prejuízo das empresas [26]. E no que toca às sanções aplicadas pela autoridade da concorrência francesa, estas resultam do direito nacional [27].

34. Tudo ponderado, é de partir do princípio de que a comunicação *de minimis*, por si só, não é suscetível de produzir efeitos jurídicos vinculativos.

B — *A comunicação de minimis enquanto orientação com natureza indicativa para a aplicação do artigo 81.º CE (atual artigo 101.º TFUE)*

35. Apesar de a comunicação *de minimis*, como se acabou de demonstrar, não produzir efeitos jurídicos vinculativos, seria desajustado negar-lhe toda e qualquer relevância jurídica no quadro dos processos em matéria de concorrência [28]. É que os textos do tipo da comunicação *de minimis* têm a natureza de «soft law», cuja importância no processo em matéria de concorrência - tanto a nível europeu como a nível nacional - não deve ser subestimada.

36. No que toca aos processos administrativos em matéria de concorrência, *a nível da União*, a jurisprudência já reconheceu que a Comissão se autovincula ao adotar comunicações acerca da sua prática administrativa. Trata-se de regras de conduta das quais a Comissão não se pode afastar, num caso concreto, sem fundamentar e sem zelar pelo cumprimento do princípio da igualdade de tratamento [29]. A comunicação *de minimis*, aqui pertinente, também contém uma tal autovinculação, como resulta do facto de a Comissão nela referir expressamente que, em caso de acordos de pequena importância, «não iniciará qualquer processo, nem a pedido, nem oficiosamente» [30]. Além disso, a Comissão anuncia ainda que não aplicará quaisquer coimas sempre que as empresas presumirem, de boa-fé, que um acordo está abrangido pela comunicação *de minimis* [31].

24 — Acórdão de 12 de maio de 2011, Polska Telefonia Cyfrowa (C-410/09, Colet., p. I-3853, n.º 35).

25 — Cf., por um lado, o artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como, por outro lado, os acórdãos de 4 de janeiro de 2004, X (C-60/02, Colet., p. I-651, n.º 63), de 3 de maio de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Colet., p. I-3633, n.º 49), e de 29 de março de 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Comissão (C-352/09 P, Colet., p. I-2359, n.º 80).

26 — Jurisprudência constante; cf. acórdãos de 30 de janeiro de 1974, BRT/SABAM (127/73, Colet., p. 165, n.ºs 15 a 17), Courage e Crehan (já referido na nota 20, n.º 23), de 13 de julho de 2006, Manfredi e o. (C-295/04 a C-298/04, Colet., p. I-6619, n.ºs 39, 58 e 59), e de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., dito «T-Mobile» (C-8/08, Colet., p. I-4529, n.ºs 49 e 50).

27 — Cf., também, artigo 5.º, n.º 1, último travessão, do Regulamento n.º 1/2003.

28 — Neste sentido, acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 14, n.º 211, última frase).

29 — Acórdãos Dansk Rørindustri e o./Comissão (já referido na nota 14, n.ºs 209 a 211), de 21 de setembro de 2006, JCB Service/Comissão (C-167/04 P, Colet., p. I-8935, n.ºs 207 e 208), Arkema/Comissão (já referido na nota 14, n.º 88) e de 8 de dezembro de 2011, KME e o./Comissão (C-272/09 P, Colet., p. I-12789, n.º 100); neste mesmo sentido, em relação ao regime jurídico dos auxílios concedidos pelos Estados, por exemplo acórdão de 5 de outubro de 2000, Alemanha/Comissão (C-288/96, Colet., p. I-8237, n.º 62); cf., além disso - fora do direito da concorrência -, acórdão de 1 de dezembro de 1983, Blomefield/Comissão (190/82, Recueil, p. 3981, n.º 20).

30 — Ponto 4, primeira frase, da comunicação *de minimis*.

31 — Ponto 4, segunda frase, da comunicação *de minimis*.

37. Já no que tange aos processos administrativos em matéria de concorrência, *a nível nacional*, a comunicação *de minimis*, como ela própria expressamente refere, pretende dar «orientações» aos tribunais e às autoridades nacionais, para a aplicação do artigo 81.º CE, «[e]mbora não seja vinculativa» para os mesmos [32]. Tais orientações são decisivas para o funcionamento do sistema descentralizado de aplicação do direito da concorrência, tal como foi configurado pelo Regulamento n.º 1/2003 [33]. As referidas orientações contribuem para o objetivo basilar da aplicação tão eficaz e uniforme quanto possível, em toda a União, dos artigos 81.° e 82.° CE (atuais artigos 101.° e 102.° TFUE) [34]. Simultaneamente apoiam a criação das mesmas condições de concorrência no mercado interno (o chamado «level playing field») [35] e aumentam, além disso, o nível de segurança jurídica para as empresas afetadas [36]. Também a Expedia chamou acertadamente a atenção para esta circunstância.

38. O papel de liderança atribuído à Comissão na configuração da política da concorrência europeia, que se encontra claramente consagrado no sistema do Regulamento n.º 1/2003 [37], seria posto em causa se as autoridades e os tribunais dos Estados-Membros pudessem simplesmente ignorar uma comunicação da Comissão em matéria de política da concorrência. Resulta assim da obrigação de cooperação leal, que recai sobre todos os serviços nacionais (artigo 10.º CE, atual artigo 4.º, n.º 2, TUE) [38], que as autoridades e os tribunais nacionais, no exercício dos poderes que lhes são conferidos pelo Regulamento n.º 1/2003, têm de ter devidamente em conta as comunicações da Comissão em matéria de política da concorrência - designadamente a comunicação *de minimis* [39].

39. Portanto, ainda que da comunicação *de minimis*, no que toca à apreciação de acordos entre empresas à luz do direito da concorrência, não resultem imposições vinculativas para as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais, estas autoridades e estes tribunais têm de tomar em consideração as valorações acerca do caráter sensível das restrições da concorrência, expressas pela Comissão na referida comunicação, e, em caso de divergência, justificá-la apresentando motivos suscetíveis de verificação judicial [40].

40. Daqui não resulta evidentemente uma proibição absoluta, que recaia sobre as autoridades da concorrência e os tribunais nacionais, de atuação contra acordos entre empresas em casos em que não sejam alcançados os limiares de quotas de mercados *de minimis*, definidos pela Comissão.

32 — Ponto 4, última frase, da comunicação *de minimis*.

33 — Cf., também a este propósito, o sexto e trigésimo quarto considerandos do Regulamento n.º 1/2003.

34 — Cf., a este propósito, o preâmbulo do Regulamento n.º 1/2003, em especial o primeiro e vigésimo segundo considerandos. A relevância da aplicação eficaz dos artigos 81.° e 82.° CE (atuais artigos 101.° e 102.° TFUE) foi mais recentemente salientada, por exemplo, nos acórdãos de 11 de junho de 2009, X (C-429/07, Colet., p. I-4833, n.os 33 a 35), e de 7 de dezembro de 2010, VEBIC (C-439/08, Colet., p. I-12471, em especial n.os 59 e 61).

35 — Cf., a este propósito, o oitavo considerando do Regulamento n.º 1/2003, bem como o n.º 169 das conclusões por mim apresentadas em 29 de abril de 2010 no processo Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals (C-550/07 P, Colet., p. I-8301) e o n.º 118 das conclusões por mim apresentadas no processo Toshiba (já referido na nota 9).

36 — Cf., a este propósito, o vigésimo segundo considerando do Regulamento n.º 1/2003, bem como o n.º 36 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral L. A. Geelhoed em 27 de abril de 2006 no processo Vulcan Silkeborg (C-125/05, Colet., p. I-7637).

37 — Acórdão Masterfoods (já referido na nota 21, n.º 46, primeira frase); cf., também, o trigésimo quarto considerando do Regulamento n.º 1/2003, no qual se salienta o papel central das instituições da União na aplicação dos princípios consignados nos artigos 81.° e 82.° CE.

38 — Quanto à importância do princípio geral da cooperação leal entre os Estados-Membros e as instituições da União no âmbito da política da concorrência, cf., em especial, os acórdãos Masterfoods (já referido na nota 21, n.º 56), X (já referido na nota 34, n.º 21) e Tele 2 Polska (já referido na nota 23, n.º 26). A importância de uma estreita cooperação entre a Comissão e as autoridades da concorrência dos Estados-Membros é, além disso, realçada no artigo 11.º, n.º 1, e no preâmbulo do Regulamento n.º 1/2003 (cf., por exemplo, o oitavo e o décimo quinto considerandos).

39 — Neste sentido, em relação a uma recomendação da Comissão, acórdão de 13 de dezembro de 1989, Grimaldi (C-322/88, Colet., p. I-4407, n.os 18 e 19).

40 — Tais motivos podem ser apresentados caso a caso ou através de uma comunicação, adotada pela autoridade da concorrência nacional em causa, na qual esta se pronuncie acerca da sua própria prática administrativa.

41. É que, por um lado, os limiares de quotas de mercados constituem apenas um dos vários indícios de tipo quantitativo e qualitativo, à luz dos quais se pode apreciar se certo acordo entre empresas produz ou não uma restrição sensível da concorrência. Tal como foi acertadamente referido pelo Governo italiano, para além das quotas de mercado importa atender ao contexto económico e jurídico em que certo acordo entre empresas se insere [41].

42. Por outro lado, nos vários mercados dentro dos Estados-Membros podem verificar-se problemas concorrenciais de natureza particular, a nível nacional ou regional, em relação aos quais as autoridades e os tribunais competentes têm de poder reagir eficazmente. A autoridade da concorrência francesa alegou ainda, com razão, no processo que corre termos junto do Tribunal de Justiça, que existem diferenças objetivas na prática administrativa das autoridades da concorrência, não obstante todas estas autoridades integrarem a Rede Europeia da Concorrência (a seguir «REC») [42] e atuarem de forma concertada [43].

43. Pelo exposto, as autoridades e os tribunais nacionais podem atuar contra acordos entre empresas, mesmo que não tenham sido alcançados os limiares previstos na comunicação *de minimis*, desde que tenham tido devidamente em conta as indicações da Comissão, contidas na referida comunicação, e que no caso concreto em apreço existam outros indícios, para além das quotas de mercado das empresas em questão, que permitam concluir pelo caráter sensível da afetação da concorrência.

C — *Irrelevância dos limiares de quotas de mercado de minimis na apreciação de acordos entre empresas com objetivo anticoncorrencial*

44. Importa ainda apreciar a relevância a atribuir aos limiares de quotas de mercado contidos na comunicação *de minimis*, enquanto orientação para as autoridades e os tribunais nacionais, quando estão em causa acordos entre empresas com *objetivo anticoncorrencial*. É que - não obstante isso ser posto em causa tanto pela Expedia como ainda pelo Governo francês e pela Comissão - segundo o órgão jurisdicional de reenvio encontra-se assente que o acordo controvertido entre a Expedia e a SNCF teve um objetivo anticoncorrencial [44].

45. Neste contexto, importa esclarecer se, nos termos da comunicação *de minimis*, é possível pressupor uma afetação sensível da concorrência quando, não obstante não se terem alcançado os limiares de quotas de mercado *de minimis*, determinados pela Comissão, é, ainda assim, prosseguido um objetivo anticoncorrencial. Tal como ficou claro em audiência, seria particularmente desejável que este ponto obtivesse esclarecimento jurisprudencial por parte do Tribunal de Justiça.

46. Antes de mais, importa notar que o caráter não vinculativo de um ato da Comissão, tal como a comunicação *de minimis*, não impede o Tribunal de Justiça de o interpretar no contexto de um processo de reenvio prejudicial instaurado nos termos do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b), TFUE [45].

41 — Neste sentido, acórdãos Cadillon (já referido na nota 13, n.º 8), de 8 de novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, dito «IAZ» (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 25), de 12 de setembro de 2000, Pavlov e o. (C-180/98 a C-184/98, Colet., p. I-6451, n.º 91), de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, dito «BIDS» (C-209/07, Colet., p. I-8637, n.ºs 16 e 21), T-Mobile (já referido na nota 26, n.º 27) e de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Colet., p. I-9419, n.º 35).

42 — Em inglês: European Competition Network (ECN).

43 — Cf., quanto a esta rede, o décimo quinto considerando do Regulamento n.º 1/2003.

44 — Na decisão de reenvio prejudicial da Cour de cassation diz-se expressamente, em relação ao acordo entre a Expedia e a SNCF, que «[…] o Conselho da concorrência considerou, sem ser contestado, que a prática teve um objetivo anticoncorrencial».

45 — Neste sentido, acórdão Grimaldi (já referido na nota 39, n.ºs 8 e 9, em relação ao direito do trabalho); também no acórdão de 2 de abril de 2009, Lodato Genaro (C-415/07, Colet., p. I-2599, em matéria de auxílios concedidos pelos Estados), o Tribunal de Justiça, no contexto de um pedido de decisão prejudicial, interpretou uma orientação da Comissão, juridicamente não vinculativa.

47. A comunicação *de minimis*, em termos substantivos, assenta na jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual a proibição dos cartéis prevista no artigo 81.º CE (atual artigo 101.º TFUE) só abrange restrições *sensíveis* da concorrência [46]. O Tribunal de Justiça adotou este entendimento crucial em relação a acordos entre empresas quer tenham objetivo ou quer produzam efeito anticoncorrencial [47]. Por outras palavras, a exigência do caráter sensível aplica-se, em regra, a restrições da concorrência tanto pelo objetivo como pelo efeito.

48. Contudo, isto não significa que as exigências em matéria de *prova do caráter sensível* sejam em ambos os casos as mesmas. Antes pelo contrário, estas exigências distinguem-se entre si, consoante um acordo entre empresas tenha um objetivo anticoncorrencial ou se limite a produzir tal efeito.

49. Com efeito, só se não existirem indícios suficientes da verificação de um objetivo anticoncorrencial é que o artigo 81.º, n.º 1, CE exige a prova da produção de efeitos anticoncorrenciais concretos por parte de determinado acordo. Se, ao invés, se tiver por assente que o acordo em causa tem um objetivo anticoncorrencial, segundo jurisprudência constante, é supérflua a prova concreta da produção de efeitos negativos sobre a concorrência por parte desse mesmo acordo. Neste caso, basta demonstrar que o acordo é concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [48].

50. Estas diferentes exigências em matéria de prova assentam na circunstância de as restrições da concorrência pelo objetivo poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento correto e normal da concorrência [49]. Os acordos com objetivo anticoncorrencial são reconhecidamente antissociais [50]. Dificilmente podem ser considerados bagatelas delituais. Pelo contrário, é de partir do princípio que empresas que celebram um acordo com objetivo anticoncorrencial têm sempre a intenção de afetar sensivelmente a concorrência, independentemente das quotas de mercado e dos volumes de negócios que lhes caibam.

51. A Comissão, na respetiva comunicação *de minimis*, não pode contrariar estas regras que resultam diretamente do artigo 81.º CE [51]. Neste sentido, a comunicação *de minimis* também exclui expressamente certas «restrições graves» do âmbito de aplicação das regras em matéria de limiares de quotas de mercado [52]. Como a própria Comissão referiu em audiência, essa enumeração não constitui evidentemente uma listagem taxativa de todos os acordos com objetivo anticoncorrencial [53].

46 — Cf., a este propósito, a jurisprudência indicada na nota 13.

47 — Acórdãos Völk (já referido na nota 13, n.º 7) e Cadillon (já referido na nota 13, n.ºs 9 e 10), em ambos os casos a propósito de acordos de exclusividade com proteção territorial absoluta, ou seja, com objetivo anticoncorrencial; cf., ainda, acórdãos de 24 de outubro de 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Colet., p. I-3439, n.º 18), e Pedro IV Servicios (já referido na nota 13, n.º 68), ambos com a formulação «[…] tem por objetivo ou por efeito restringir, de forma sensível, a concorrência no interior do mercado comum […]».

48 — Acórdão T-Mobile (já referido na nota 26, n.ºs 28 a 31); cf., além disso, acórdãos de 13 de julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Colet., p. 423), BIDS (já referido na nota 41, n.ºs 15 e 16), de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Colet., p. I-9291, n.º 55), de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o., dito «FAPL» (C-403/08 e C-429/08, Colet., p. I-9083, n.º 135), KME e o./Comissão (já referido na nota 29, n.º 65), e Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (já referido na nota 41, n.º 34).

49 — Acórdãos BIDS (já referido na nota 41, n.º 17) e T-Mobile (já referido na nota 26, n.º 29).

50 — Cf., sobre tudo isto, as conclusões por mim apresentadas em 19 de fevereiro de 2009 no processo T-Mobile (já referido na nota 26, em especial n.ºs 42 a 47), bem como as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Geelhoed em 12 de setembro de 2006 no processo Dalmine/Comissão (C-407/04 P, Colet., p. I-829, n.º 136).

51 — Neste sentido - a propósito das comunicações da Comissão no domínio dos auxílios concedidos pelos Estados -, acórdãos Alemanha/Comissão (já referido na nota 29, n.º 62) e de 11 de setembro de 2008, Alemanha e o./Kronofrance e o. (C-75/05 P e C-80/05 P, Colet., p. I-6619, n.ºs 65 e 66).

52 — Ponto 11 da comunicação *de minimis*.

53 — Por exemplo, no acórdão T-Mobile (já referido na nota 26, em especial n.ºs 32 a 39), o Tribunal de Justiça confirmou o objetivo anticoncorrencial de uma troca, entre concorrentes, de informações sensíveis sobre preços. Porém, um comportamento deste tipo, por parte das empresas, só seria eventualmente qualificável como «restrição grave», na aceção da comunicação *de minimis*, caso se procedesse a uma interpretação particularmente ampla do «acordo», a que se refere o ponto 11.1, alínea a), da comunicação *de minimis*, quando tenha indiretamente por objeto «[a] fixação de preços de venda de produtos a terceiros».

52. A não aplicação dos limiares de quotas de mercado *de minimis* a acordos com objetivo anticoncorrencial faz sentido tanto de um ponto de vista jurídico como de um ponto de vista de política da concorrência: a previsão de limiares de quotas de mercado, como aquelas que constam da comunicação *de minimis*, destinam-se a criar segurança jurídica. Criam uma zona de segurança (em inglês: «safe harbour») dentro da qual as empresas que intervêm em determinado acordo não têm de recear estar a infringir a proibição dos cartéis. As empresas que tenham celebrado acordos com objetivo anticoncorrencial só muito dificilmente poderão beneficiar de um tal tratamento privilegiado. De outro modo, as empresas cujas quotas de mercado se situam abaixo dos limiares previstos na comunicação *de minimis* quase que estariam a ser convidadas a prescindir de uma concorrência efetiva entre si e a constituir cartéis, em violação dos princípios basilares do mercado interno. A Polónia, por exemplo, chamou a atenção para este aspeto, com razão.

53. Concluindo, importa assim reter que os limiares de quotas de mercado contidos na comunicação *de minimis* são irrelevantes quando importe apreciar o caráter sensível de restrições da concorrência que sejam resultado de acordos entre empresas celebrados com objetivo anticoncorrencial. Isto mesmo foi acertadamente sublinhado pela autoridade da concorrência francesa e pelos Governos francês, italiano e irlandês. A Comissão, na audiência no Tribunal de Justiça, também aderiu, no essencial, a este entendimento.

54. É certo que é possível encontrar na jurisprudência do Tribunal de Justiça acórdãos isolados nos quais se considerou a proibição dos cartéis inaplicável a acordos entre empresas, não obstante terem objetivo anticoncorrencial, por se ter entendido que o acordo concretamente em causa «apenas afeta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a situação pouco relevante que os interessados ocupam no mercado dos produtos em causa» [54]. Contudo, estas decisões não podem ser incorretamente interpretadas, no sentido de se ver aí a afirmação segundo a qual o caráter sensível da restrição da concorrência pelo objetivo tem de ser apreciado à luz de limiares de quotas de mercado, e muito menos com recurso aos mesmos limiares que se aplicam na apreciação do caráter sensível da restrição da concorrência pelo efeito [55]. De outro modo, estar-se-ia a suprimir, em termos inadmissíveis, a diferença essencial entre restrições da concorrência pelo objetivo e pelo efeito.

55. É dentro desta linha que o Tribunal de Justiça, mesmo quando estavam em causa quotas de mercado comparativamente reduzidas, que se situam nitidamente abaixo do limiar *de minimis* de 10%, ora em discussão, não hesitou em confirmar o caráter sensível das restrições da concorrência, a partir do momento em que as empresas em causa, através dos respetivos comportamentos, prosseguissem um objetivo anticoncorrencial [56]. Nalguns acórdãos dos tribunais da União chegou-se mesmo a entender não ser necessário qualquer indício concreto do caráter sensível da restrição da concorrência, desde que se tenha por assente que certo acordo entre empresas tem um objetivo anticoncorrencial [57].

54 — Acórdãos Völk (já referido na nota 13, n.º 7) e Cadillon (já referido na nota 13, n.º 9).

55 — As apreciações do Tribunal de Justiça no acórdão Völk (já referido na nota 13, n.º 7), devem ser consideradas no contexto de quotas de mercado inferiores a 1%.

56 — Acórdãos de 1 de fevereiro de 1978, Miller International Schallplatten/Comissão, dito «Miller» (19/77, Colet., p. 45, n.º 7 em conjugação com os n.os 9 e 10), de 7 de junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão, dito «Musique Diffusion française» (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.º 82, em conjugação com os n.os 3 e 4), e de 25 de outubro de 1983, AEG-Telefunken/Comissão, dito «AEG» (107/82, Recueil, p. 3151, n.º 43, em conjugação com o n.º 58).

57 — Da jurisprudência do Tribunal de Justiça são de salientar, em particular, os acórdãos LTM/MBU (já referido na nota 13, ponto 3 do dispositivo), Deere/Comissão (já referido na nota 13, n.º 75), BIDS (já referido na nota 41, n.º 15) e FAPL (já referido na nota 48, n.os 135 e 136), nos quais o critério do caráter sensível é exclusivamente referido a propósito dos *efeitos* anticoncorrenciais e não do *objetivo* anticoncorrencial de um acordo entre empresas. Já quanto à jurisprudência do Tribunal Geral, cf., por exemplo, acórdãos de 8 de julho de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comissão (T-44/00, Colet., p. II-2223, n.os 129 a 131), Dalmine/Comissão (T-50/00, Colet., p. II-2395, n.º 225) e JFE Engineering e o./Comissão (T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, Colet., p. II-2501, n.os 383 e 384), bem como ainda o acórdão de 8 de julho de 2008, BPB/Comissão (T-53/03, Colet., p. I-1333, n.º 90, última frase).

56. Tudo o que aqui se deixou dito permite extrair a conclusão segundo a qual, no que tange à prova do caráter sensível de uma restrição da concorrência pelo objetivo, não se deve, de modo algum, ser mais exigente do que no quadro da chamada «cláusula do comércio entre Estados-Membros» do artigo 81.º, n.º 1, CE (artigo 101.º, n.º 1, TFUE), no que toca à prova do caráter sensível da afetação do comércio entre os Estados-Membros [58].

57. Portanto, se for dado como assente (como sucede no caso em apreço) que um acordo entre empresas com objetivo anticoncorrencial pode afetar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros [59], é possível concluir simultaneamente, sem necessidade de mais indagações, que o mesmo acordo pode também restringir de modo sensível, falsear ou mesmo impedir a concorrência no mercado interno.

VI — Conclusão

58. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial que lhe foi submetida pela Cour de cassation francesa nos seguintes termos:

«1) O artigo 81.º, n.º 1, CE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 devem ser interpretados no sentido de que a autoridade da concorrência de um Estado-Membro pode instaurar processo contra, e punir, um acordo entre empresas, por violação das regras da concorrência, ainda que os limiares fixados pela Comissão Europeia na sua 'comunicação *de minimis*' não sejam atingidos, desde que a autoridade do Estado-Membro em questão tenha tido devidamente em conta essa comunicação e prove, através de qualquer meio admitido por lei, que o acordo em causa tem por objetivo ou como efeito uma restrição sensível da concorrência.

2) A comunicação *de minimis* da Comissão deve ser interpretada no sentido de que os limiares de quotas de mercado nela contidos são irrelevantes quando importe apreciar o caráter sensível de restrições da concorrência que sejam resultado de acordos entre empresas celebrados com objetivo anticoncorrencial.»

58 — Segundo a jurisprudência, é de assumir que a afetação do comércio entre os Estados-Membros tem caráter sensível a partir de uma quota de mercado significativamente inferior aos 10% - normalmente cerca de 5% [cf., por exemplo, os acórdãos Miller (n.º 9), Musique Diffusion française (n.º 86 em conjugação com o n.º 82) e AEG (n.ºs 56 a 58), já referidos na nota 56]. De resto, a Comissão também adota uma quota de mercado de 5% nas suas orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.° e 82.° do Tratado (JO 2004, C 101, p. 81), como um entre vários critérios para a quantificação do caráter sensível da afetação do comércio (cf., em especial, o ponto 52).

59 — A aptidão do acordo controvertido entre a Expedia e a SNCF para restringir o comércio entre os Estados-Membros é a premissa de base na qual, no presente caso, assenta a questão prejudicial e todo o pedido de decisão prejudicial submetido pela Cour de cassation.