

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
21 de Janeiro de 1999 *

Nos processos apensos C-215/96 e C-216/96,

que têm por objecto dois pedidos dirigidos ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo Tribunale di Genova (Itália), destinados a obter, nos litígios pendentes neste órgão jurisdicional entre

Carlo Bagnasco e o.

e

Banca Popolare di Novara soc. coop. arl (BPN) (C-215/96),

Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige) (C-216/96),

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE à luz de determinadas condições bancárias uniformes que a Associazione Bancaria Italiana impõe aos seus membros no momento da celebração de contratos relativos à abertura de um crédito em conta corrente e a fiança geral,

* Língua do processo: italiano.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: G. Hirsch (relator), presidente da Segunda Secção, exercendo funções de presidente da Sexta Secção, G. F. Mancini, J. L. Murray, H. Ragnemalm e K. M. Ioannou, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: R. Grass,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação de Carlo Bagnasco e o., por Anna Collivadino, advogada no foro de Génova,
- em representação da Banca Popolare di Novara soc. coop. arl (BPN), por Giacomo Traverso, advogado no foro de Génova,
- em representação da Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige), por Laura Granata, advogada no foro de Génova,
- em representação do Governo italiano, pelo professor Umberto Leanza, chefe do Serviço do Contencioso Diplomático do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, assistido por Oscar Fiumara, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por Fabiola Mascardi e Wouter Wils, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes.

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 15 de Janeiro de 1998,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por dois despachos de 15 de Maio de 1996, entrados no Tribunal em 21 de Junho seguinte, o Tribunale di Genova submeteu, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, quatro questões sobre a interpretação dos artigos 85.º e 86.º do mesmo Tratado à luz de determinadas condições bancárias uniformes («Norme bancarie uniformi», a seguir «NBU») que a Associazione Bancaria Italiana (a seguir «ABI») impõe aos seus membros aquando da celebração de contratos relativos à abertura de crédito em conta corrente e à fiança geral.
- 2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de dois litígios que opõem, no processo C-215/96, Carlo Bagnasco e o. à Banca Popolare di Novara soc. coop. arl (a seguir «BPN») e, no processo C-216/96, Carlo Bagnasco e o. à Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (a seguir «Carige») acerca do reembolso de créditos concedidos por esses estabelecimentos bancários.
- 3 Os demandantes nos processos principais, C. Bagnasco, como devedor principal, e os seus fiadores, como devedores solidários, recorreram de duas injunções datadas de 1 de Junho de 1992 — provisoriamente executórias — pelas quais o Presidente do Tribunale di Genova lhes ordenou, a pedido respectivamente do BPN e do Carige, de pagar,

a favor do BPN, o montante de 222 440 332 LIT' referente a:

- um montante de 170 440 332 LIT', relativo ao saldo devedor de uma conta corrente aberta em nome de C. Bagnasco, nos termos de um contrato celebrado em 8 de Outubro de 1991, acrescido de juros a partir de 1 de Abril de 1992 à taxa de 17%;
- um montante de 9 400 000 LIT', relativo ao saldo devedor de uma conta corrente aberta em nome de C. Bagnasco, nos termos de um contrato celebrado em 27 de Dezembro de 1991, acrescido de juros a partir de 1 de Abril de 1992 à taxa de 17,50%;
- um montante de 21 600 000 LIT', correspondente ao montante de quatro livranças, descontadas à época pelo BPN e emitidas pela empresa individual Fidaurum, de C. Bagnasco, montante a que cada um dos outros demandantes nos processos principais deu o seu aval, em 22 de Janeiro de 1992, num montante de 5 400 000 LIT', acrescido de juros a partir de 22 de Maio de 1992 à taxa legal de 10%, e
- um montante de 21 000 000 LIT', relativo a títulos de crédito da responsabilidade de Ana Sbardella, descontados e creditados na conta corrente «salvo boa cobrança», como resulta dos documentos assinados por C. Bagnasco, e relativo à constituição como penhor, sempre da responsabilidade de Ana Sbardella, por letras descontadas por C. Bagnasco, as quais são devidas pela pessoa cujas letra foram protestadas, com a consequência, nos termos do contrato, de esta última deixar de ter direito às letras não vencidas, montante acrescido de juros a partir da data da injunção de pagamento à taxa de 15%;

e, a favor da Carige, o montante de 124 119 497 LIT' referente a:

- um montante de 48 798 664 LIT', relativo ao saldo devedor de uma conta corrente aberta em nome de C. Bagnasco, nos termos de um contrato celebrado em 28 de Agosto de 1989, acrescido de juros a partir de 11 de Junho de 1992 à taxa de 17,50%;

— um montante de 75 320 833 LIT, acrescido de juros a partir de 11 de Junho de 1992 à taxa de 15%, correspondente a um «adiantamento bancário» de 95 000 000 LIT, acordado em 12 de Novembro de 1991, por conta do qual C. Bagnasco emitiu 19 livranças.

- 4 A injunção contra os demandantes nos processos principais, que são devedores solidários, foi obtida devido ao aval que estes tinham dado em relação às livranças não pagas e da «fiança geral» (*fidejussione omnibus*), que tinham subscrito até ao montante de 300 000 000 LIT (processo C-215/96) e de 195 000 000 LIT (processo C-216/96).

- 5 Os demandantes nos processos principais pediram ao órgão jurisdicional de reenvio que declare a invalidade e/ou a inoponibilidade das injunções em causa ou — a título subsidiário — que determine o montante efectivamente devido aos dois bancos. Invocam, nomeadamente, incompatibilidade com os artigos 85.º e 86.º do Tratado das NBU, em que se baseiam as pretensões dos demandados nos processos principais.

- 6 Segundo o Tribunale di Genova, é pacífico que os artigos 85.º e 86.º do Tratado conferem aos particulares direitos que estes podem invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Do mesmo modo, as NBU, impostas pela ABI aos bancos associados e aplicadas «tal e qual» pela totalidade dos bancos italianos nas suas relações com a sua clientela, constituem um acordo, decisão ou prática concertada e, nomeadamente, uma decisão de associação de empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 7 O órgão jurisdicional de reenvio considera, no entanto, que certas cláusulas dos contratos relativos à abertura de crédito em conta corrente e a fiança geral suscitam o problema da sua compatibilidade com as disposições dos artigos 85.º e 86.º do Tratado.

- 8 Quanto aos contratos de abertura de crédito em conta corrente, o referido órgão jurisdicional verifica que os contratos celebrados por C. Bagnasco com a BPN prevêm, no ponto 2, a aplicação de uma taxa de juro anual de 17% e 17,5%, aumentada de uma comissão de 0,125% sobre o saldo devedor máximo em cada trimestre de calendário ou fracção.
- 9 Este ponto 2 precisa, além disso, que «as taxas de juro... podem ser aumentadas ou reduzidas devido a mudanças ocorridas no mercado monetário». O ponto 12 do contrato dispõe que «os bancos têm a faculdade de alterar a todo o momento as taxas de juro... através de uma comunicação afixada nas suas instalações ou do modo que considerem mais adequado». Tais cláusulas, constantes do contrato-tipo da ABI, figuram também no contrato de C. Bagnasco com a Carige.
- 10 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, apenas a determinação inicial da taxa de juro passiva corresponde a uma negociação directa entre as partes, não sendo previsível o aumento posterior da taxa de juro na sequência de alterações ocorridas no mercado monetário ou, no mínimo, dificilmente previsível pelo cliente médio do banco. Assim, o poder de o banco decidir qual o momento em que se efectuam as alterações desta taxa, bem como as condições da sua comunicação aos clientes é reforçada.
- 11 No que diz respeito à fiança geral, o Tribunale di Genova observa que as cláusulas pertinentes constantes do contrato-tipo da ABI e dos que constituem o objecto dos presentes processos concernem:
- ao compromisso de prestar uma fiança «à taxa de juro prevista para a operação garantida e, em todo o caso, a uma taxa não inferior à taxa bancária corrente», «para cumprimento de toda e qualquer obrigação para com o banco, em relação a todas as operações bancárias de qualquer natureza já permitidas ou que venham a seguir a ser permitidas ao devedor (ou a quem lhe suceda)»; a fiança garante, além disso, «quaisquer outras obrigações que o devedor principal tenha em qual-

quer altura para com o banco, devido a garantias já fornecidas ao banco, ou a fornecer no futuro, pelo mesmo devedor, no interesse de terceiros» (esboçando assim um «mecanismo de fiança da fiança» susceptível de ser alargado, no que concerne às pessoas em causa, de modo praticamente ilimitado e incontrolável);

- no ponto 5, a obrigação de o fiador se manter ao corrente da situação patrimonial do devedor e, em especial, de se informar junto do mesmo da evolução das suas relações com o banco, o qual é dispensado de pedir ao fiador a autorização especial prevista no artigo 1956.º do código civil que prevê: «o fiador de uma obrigação é liberado das suas obrigações futuras se o credor conceder crédito a um terceiro, sem autorização específica do fiador, sabendo que a situação financeira desta pessoa evoluiu de modo a tornar notavelmente mais difícil o reembolso do crédito em causa»;
- no ponto 6, o facto de o fiador dispensar o banco da obrigação de agir no prazo fixado no artigo 1957.º do código civil que dispõe o seguinte: «o fiador permanece obrigado, mesmo depois da extinção da obrigação principal, se o credor propuser uma acção contra o devedor no prazo de seis meses e prosseguir esta acção com diligência». Segundo o mesmo ponto 6 do referido contrato-tipo, o fiador continua obrigado em derrogação do referido artigo 1957.º «mesmo que o banco não tenha proposto qualquer acção contra o devedor e os co-devedores eventuais nem tenha prosseguido essa acção», continuando assim solidariamente obrigado «até à extinção total do débito, sem limites de tempo, nem cumprimento de condições»;
- no ponto 7, n.º 1, a obrigação assumida pelo fiador de «pagar imediatamente ao banco, por simples pedido escrito, também no caso de oposição do devedor à dívida em capital, juros, despesas, impostos, taxas e outras dívidas acessórias»;
- no ponto 7, n.º 3, a declaração de que, «para determinação da dívida garantida, faz fé, em relação ao fiador, seus herdeiros, sucessores e beneficiários, os registos

contabilísticos do banco, não sendo este, no entanto, obrigado a comunicar ao fiador por sua própria iniciativa informações gerais sobre a situação das contas e, de modo geral, sobre as suas relações com o devedor»;

— no ponto 7, n.º 5, a derrogação prevista no artigo 1939.º do código civil, nos termos da qual «a fiança não é válida se não for válida a obrigação principal, salvo se se tratar de uma obrigação contraída por um incapaz», com a consequência de que «a obrigação mantém todos os seus efeitos, mesmo que a obrigação principal seja por qualquer motivo inválida, considerando-se o fiador, para o caso de ser declarada a nulidade ou a anulação da obrigação principal, obrigado como se a obrigação tivesse sido assumida por ele próprio».

12 Quanto ao conjunto destas cláusulas, o órgão jurisdicional de reenvio considera ser pertinente uma decisão do Tribunal de Justiça quanto aos montantes que a BPN e a Carige consideram serem-lhe devidas a título de contratos de abertura de contas correntes celebrados por C. Bagnasco e da fiança desses montantes assumida pelos outros demandantes no processo principal. Decidiu, portanto, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as quatro questões prejudiciais seguintes:

«1) Se as normas bancárias uniformes impostas pela ABI aos seus associados, relativamente ao contrato para a abertura de crédito em conta corrente, enquanto impostas e aplicadas de modo uniforme e vinculativo por parte dos bancos associados na ABI, são compatíveis, na parte em que submetem a abertura do crédito a um regime não previamente determinado da taxa de juro, nem determinável pelo cliente, com o disposto no artigo 85.º do Tratado, na medida em que são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros e têm por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum?

2) Quais os efeitos que pode produzir o eventual reconhecimento da incompatibilidade referida na primeira questão sobre as correspondentes cláusulas dos

contratos de abertura de crédito em conta corrente, estipulados “a jusante” pelos bancos associados com os clientes privados, dado que o conjunto dos bancos associados na ABI pode ser considerado, nos termos e para efeitos do artigo 86.º, como detentor de uma posição dominante colectiva no mercado nacional do crédito, cuja aplicação concreta da legislação em análise (relativamente à determinação da taxa de juro devedora) se configura como exploração abusiva?

- 3) Se as normas bancárias uniformes impostas pela ABI aos seus associados relativamente ao contrato de fiança “omnibus” para garantia da abertura de crédito — na medida em que impostas e aplicadas de modo uniforme e vinculativo por parte dos bancos associados — são compatíveis, em relação às cláusulas aludidas na fundamentação do presente despacho e no seu conjunto, com o disposto no artigo 85.º do Tratado, na medida em que são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros e têm por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum?

- 4) Quais os efeitos que pode produzir o eventual reconhecimento da incompatibilidade referida na terceira questão sobre as cláusulas correspondentes dos contratos de fiança “omnibus” e sobre os próprios contratos “a jusante”, celebrados pelos bancos, uma vez que o conjunto dos bancos associados na ABI pode ser considerado, nos termos e para efeitos do artigo 86.º do Tratado, como detentor de uma posição dominante colectiva no mercado nacional do crédito, cuja aplicação concreta das normas em análise se configura como exploração abusiva?»

- 13 É conveniente, antes de mais, precisar que, posteriormente à celebração dos contratos em causa no processo principal, a regulamentação italiana aplicável à abertura de crédito em conta corrente e à fiança geral foi alterada. Com efeito, a Lei n.º 154/92 alterou o regime da fiança geral, impondo aos bancos a obrigação de determinarem antecipadamente o montante máximo garantido.

- 14 Além disso, por nota datada de 22 de Fevereiro de 1993, a ABI decidiu notificar as suas condições bancárias uniformes à Comissão para esta as examinar à luz do artigo 85.º do Tratado. Os mesmo documentos foram comunicados à Banca d'Italia (a seguir «Banco de Itália»), na qualidade de autoridade nacional competente para a aplicação da regulamentação em matéria de protecção da concorrência e do mercado no sector do crédito.
- 15 Por carta de 7 de Julho de 1993, a Comissão informou o Banco de Itália de que tinha decidido examinar apenas 3 dos 26 acordos notificados. Sem tomar posição sobre a questão da existência de uma eventual restrição da concorrência, a Comissão fez saber que a maior parte dos acordos, entre os quais os relativos à abertura de crédito em conta corrente e à fiança geral, não pareciam ser susceptíveis de afectar, totalmente ou de modo sensível, o comércio entre os Estados-Membros. A Comissão precisou, nesta matéria, que, por um lado, os serviços bancários em questão estão limitados ao território nacional e dizem respeito a actividades económicas que, por estipulação contratual ou por sua própria natureza, só devem ser exercidas no território italiano e têm uma influência muito reduzida nas trocas entre os Estados-Membros e que, por outro, a participação das filiais ou sucursais de estabelecimentos financeiros não italianos é limitada. Declarou, por conseguinte, não querer proceder a outros actos de instrução relativamente a estes acordos, entendendo que o artigo 85.º do Tratado não lhes era aplicável.
- 16 Os únicos acordos que a Comissão considerou entrarem no âmbito da sua competência própria dizem respeito às condições relativas às contas correntes com abertura de crédito em divisas estrangeiras e às condições que regem os serviços de cobrança ou aceite de letras, documentos ou cartas de crédito sobre a Itália ou sobre o estrangeiro.
- 17 Em 23 de Novembro de 1993, o Banco de Itália iniciou um processo nos termos da Lei n.º 287/90, cujo artigo 2.º, n.º 2, reproduz as disposições do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, para exame dos 23 acordos excluídos do inquérito da Comissão. O processo foi encerrado pela Decisão n.º 12, de 3 de Dezembro de 1994 (*Bolletino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* de 19 de Dezembro de 1994, ano IV, n.º 48, p. 75), na qual o Banco de Itália declarou que tanto as NBU relativas

às fianças para garantia de abertura de um crédito como as relativas à abertura de um crédito utilizável em conta corrente são susceptíveis de afectar o jogo da concorrência. A referida decisão convidou a ABI a modificar os acordos e a comunicar essas modificações aos seus membros. A ABI era igualmente convidada a precisar a estes que as referidas NBU constituem uma simples orientação, destituída de qualquer valor vinculativo, e que também não têm valor de recomendação e que, portanto, qualquer membro tem a faculdade de a invocar ou não, bem como de lhe introduzir todas as alterações que considerar oportunas.

- 18 Na sequência desta decisão, a ABI alterou as NBU no sentido exigido pelo Banco de Itália. Estas alterações não têm, todavia qualquer efeito retroactivo quanto aos contratos já celebrados.

Quanto à admissibilidade do reenvio prejudicial

- 19 A BPN observa, em primeiro lugar, que as questões submetidas ao Tribunal de Justiça não são relevantes para a solução do litígio no processo principal. Segundo ela, resulta à evidência das provas documentais contratuais e do despacho de injunção de pagamento que, no que diz respeito aos contratos de abertura de crédito, as cláusulas e, portanto, as medidas impostas pela ABI não incidem sobre taxas de juro variáveis ou sujeitas à influência das condições do mercado, mas, pelo contrário, sobre taxas acordadas de modo fixo *a priori* e que, no que diz respeito à fiança, se trata de um contrato em que toda e qualquer cláusula susceptível de constituir um caso de violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado está desprovida de qualquer interesse.
- 20 Segundo uma jurisprudência constante, compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais, que têm que decidir um litígio e devem assumir a responsabilidade da decisão judicial a proferir, apreciar, à luz das particularidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para estarem em condições de proferirem a sua decisão como a pertinência das questões que submetem ao Tribunal de Justiça (v. acórdãos de 7 de Dezembro de 1995, Spano e o., C-472/93, Colect.,

p. I-4321, n.º 15, e de 10 de Julho de 1997, Maso e o., C-373/95, Colect., p. I-4051, n.º 26). É apenas quando se verifique de modo manifesto que a interpretação ou a apreciação da validade de uma norma comunitária, solicitadas pelo órgão jurisdicional nacional, não têm qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal que o pedido pode ser declarado inadmissível (v., nomeadamente, acórdãos Spano e o., já referido, n.º 15, e de 15 de Dezembro de 1995, Bosman, C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61).

- 21 No caso presente, basta verificar que os contratos celebrados entre as partes no contrato principal contêm cláusulas relacionadas com as NBU acerca das quais o órgão jurisdicional de reenvio considerou necessário pedir ao Tribunal os elementos de interpretação do direito comunitário, a fim de apreciar a sua compatibilidade com os artigos 85.º e 86.º do Tratado.
- 22 Nestas condições, as objecções suscitadas pela BPN quanto à admissibilidade das questões prejudiciais não podem ser acolhidas e há que dar resposta àquelas.

Quanto à primeira questão

- 23 Na sua primeira questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta essencialmente se as NBU, na medida em que permitem aos bancos, nos contratos relativos à abertura de um crédito em conta corrente, alterar a qualquer momento a taxa de juro devido a mudanças ocorridas no mercado monetário, e isto através de uma comunicação fixada nas suas instalações ou do modo que considerarem mais adequado, têm por objecto ou por efeito restringir a concorrência e são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 24 Os demandantes no processo principal alegam que existe na Itália um acordo para a fixação das taxas de juro praticadas pelos bancos em relação aos seus devedores e que existem mesmo acordos e/ou práticas concertadas relativos às condições gerais dos contratos, elaborados no seio da ABI através das NBU, que os bancos inserem sistematicamente nos contratos-tipo que apresentam à sua clientela. Em virtude destas cláusulas, a posição do devedor principal e do fiador, qualquer que seja a sua nacionalidade, perante um banco italiano é enfraquecida em relação à de qualquer outro devedor e/ou fiador que negocie com um banco de um outro Estado-Membro.
- 25 Mesmo a taxa de base não é fruto de uma livre negociação entre partes, pois os bancos inscritos na ABI são obrigados a respeitar as decisões do cartel; o cliente não pode, portanto, encontrar diferenças significativas entre as taxas praticadas pelos diversos estabelecimentos de crédito.
- 26 Segundo os demandantes no processo principal, os bancos dispõem, além disso, da faculdade de modificarem unilateralmente as taxas, os preços e as outras condições. A única protecção do cliente consiste na rescisão do contrato. Esta possibilidade é, no entanto, puramente teórica, pois o cliente dificilmente encontrará um estabelecimento de crédito que aplique taxas de juro diferentes, precisamente devido à existência do cartel entre os bancos. O cliente que tenha de recorrer à abertura de um crédito em conta corrente está, por conseguinte, numa situação de sujeição absoluta em relação aos bancos filiados na ABI.
- 27 A BPN alega que a hipótese de os contratos serem o resultado de restrições e obrigações impostas pela ABI, tal como na situação descrita no despacho de reenvio, é puramente fictícia e inconcebível. Além disso, a análise do mercado relevante — tanto do ponto de vista da comercialização como no plano geográfico — demonstra que a actividade bancária não deixa margem suficientemente ampla para permitir aplicar uma «política» bancária uniforme, susceptível de impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência.

- 28 A Carige salienta que o regime aplicável em matéria de taxas de juro não inteiramente determinadas nem determináveis não é incompatível com o artigo 85.º do Tratado, por não ser o resultado de acordos entre empresas susceptíveis de afectar de modo sensível a concorrência no mercado das prestações relativas às transferências de capitais.
- 29 O Governo italiano observa que, por nota de 22 de Fevereiro de 1993, a ABI notificou à Comissão as circulares enviadas aos seus membros, contendo as NBU, a fim de que esta as examine à luz do artigo 85.º do Tratado. Os mesmos documentos foram comunicados ao Banco de Itália, na sua qualidade de autoridade nacional competente para a aplicação da regulamentação em matéria de protecção da concorrência e do mercado no sector do crédito.
- 30 O Governo italiano salienta que os únicos acordos que a Comissão considerou estarem dentro da sua competência própria se referiam às condições relativas às contas correntes com abertura de crédito em numerário, às condições relativas às contas correntes com abertura de crédito em divisas estrangeiras e às condições que regem os serviços de cobrança ou de aceite de letras, documentos ou cartas de crédito sobre a Itália ou sobre o estrangeiro. Estes acordos são alheios à presente causa.
- 31 Segundo a Comissão, embora não se exclua que as cláusulas em questão tenham efeitos restritivos na concorrência por provocarem uma limitação da liberdade contratual dos bancos membros da ABI, estas cláusulas não são, todavia, incompatíveis com o artigo 85.º do Tratado, por não haver afectação sensível do comércio entre os Estados-Membros.
- 32 Há que recordar que, nos termos do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associação de empresas e todas as práticas concertadas que tenham por efeito ou por objecto impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum.

- 33 Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para apreciar se um acordo deve ser considerado como proibido devido às alterações do jogo da concorrência que provoca, é necessário examinar o jogo da concorrência no quadro real em que ele se produziria na falta do acordo em litígio (v., em último lugar, acórdãos de 28 de Maio de 1998, *Deere/Comissão*, C-7/95 P, *Colect.*, p. I-3111, n.º 76, e *New Holland Ford/Comissão*, C-8/95 P, *Colect.*, p. I-3175, n.º 90).
- 34 Ora, embora o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado não limite essa apreciação apenas aos efeitos actuais, devendo igualmente ter em conta os efeitos potenciais do acordo na concorrência no mercado comum, o acordo escapa, todavia, à proibição do artigo 85.º quando só afectar o mercado de um modo insignificante (acórdãos já referidos, *Deere/Comissão*, n.º 77, e *New Holland Ford/Comissão*, n.º 91).
- 35 A este respeito, deve dizer-se que a abertura de um crédito em conta corrente constitui uma operação bancária que, pela sua natureza, está ligada à faculdade de o banco modificar a taxa de juro acordada em função de elementos de referência como, nomeadamente, as condições de refinanciamento do crédito pelos bancos. Se esta faculdade implica para o cliente do banco o risco de aumento dos juros no decurso do contrato, oferece-lhe também a oportunidade de uma diminuição destes. Uma vez que, como no caso em apreço, a variação da taxa de juro depende de elementos objectivos, tais como as alterações ocorridas no mercado monetário, um acordo que exclui a faculdade de escolher uma taxa de juro fixa não pode ter uma influência restritiva sensível no jogo da concorrência.
- 36 No que diz respeito à cláusula segundo a qual os bancos comunicam as alterações da taxa de juro através de afixação nas suas instalações ou do modo que considerarem mais adequado, basta dizer que esta cláusula não proíbe os bancos de preverem uma comunicação mais adequada aos seus clientes.

- 37 Deve, por conseguinte, responder-se à primeira questão que as NBU, que permitem aos bancos, nos contratos relativos à abertura de um crédito em conta corrente, alterarem a qualquer momento a taxa de juro em razão de mudanças ocorridas no mercado monetário, e isto através de uma comunicação afixada nas suas instalações ou do modo que considerarem mais adequado, não têm por objecto nem por efeito restringir a concorrência na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

Quanto à terceira questão

- 38 Na sua terceira questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta essencialmente se as NBU relativas à fiança geral que deve garantir a abertura de um crédito em conta corrente, tais como descritas no n.º 11 do presente acórdão, têm, no seu conjunto, por objectivo ou por efeito restringir a concorrência ou são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 39 Os demandantes no processo principal salientam que o fiador junto de um banco que opera na Itália é obrigado, em virtude da jurisprudência italiana, a pagar todos os montantes reclamados pelo banco a título de operações bancárias realizadas pelo banco a favor do devedor principal, quer estas sejam usuais, acessórias ou ocasionais, actuais ou futuras, mesmo quando essas operações impliquem, devido ao poder discricionário do banco, um aumento imprevisível da dívida total do cliente para com esse banco no decurso da execução da relação bancária.
- 40 Em apoio desta argumentação, os recorrentes no processo principal remetem para o ponto 7, n.º 5, do contrato de fiança, segundo o qual o compromisso mantém todos os efeitos mesmo que a obrigação principal seja inválida por qualquer razão, sendo o fiador considerado, em caso de declaração de nulidade da obrigação principal ou da anulação desta, obrigado como se tivesse agido por sua própria conta.

- 41 A Carige observa, em contrapartida, que as NBU impostas pela ABI relativamente ao contrato de fiança geral celebrado a título de garantia de uma abertura de crédito são compatíveis com o artigo 85.º do Tratado por não serem susceptíveis de afectar sensivelmente a concorrência no mercado devido à natureza dos serviços prestados.
- 42 A Comissão sublinha que, no estado actual dos seus conhecimentos relativos aos fluxos transfronteiriços da oferta e da procura de serviços bancários de abertura de crédito em conta corrente e de fiança geral, os serviços em questão não parecem revestir-se de uma importância determinante para a entrada no mercado financeiro italiano de bancos provenientes de outros Estados-Membros. Remetendo para a sua argumentação contida na carta de 7 de Julho de 1993, a Comissão sustenta que as NBU, com base nas quais foram celebrados os dois contratos em causa no processo principal, não preenchem uma das condições necessárias à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, ou seja, serem susceptíveis de afectar de modo sensível o comércio entre Estados-Membros.
- 43 Convém recordar, a título liminar, que a fiança constitui uma forma clássica de garantia através da qual pode, nomeadamente, ser garantido o saldo devedor de uma conta corrente. Em direito italiano, a fiança é objecto de uma regulamentação específica no código civil, que pode ser derogada em certas condições.
- 44 Na medida em que as NBU fixam «regras relativas à fiança que garante as operações bancárias», derogando a regulamentação do código civil, destinam-se a garantir os créditos dos bancos do modo mais eficaz.
- 45 Em contrapartida, sendo estas regras, segundo as conclusões do órgão jurisdicional de reenvio, obrigatórias para os membros da ABI, limitam a liberdade contratual dos bancos, impedindo-os de oferecerem aos seus clientes, que solicitam uma abertura de crédito, condições mais favoráveis para o contrato conexo de fiança. Este só existe, no entanto, acessoriamente a um contrato principal, de que é, na prática, e

frequentemente, uma condição prévia (v. acórdão de 17 de Março de 1998, Dietzinger, C-45/96, Colect., p. I-1199, n.º 18).

46 Nestas condições, em vez de examinar desde já a questão de saber se esta limitação da liberdade contratual provoca efeitos sensíveis na concorrência, é em primeiro lugar conveniente analisar a questão relativa aos efeitos eventuais no comércio entre Estados-Membros de cláusulas como as contidas nos contratos de fiança geral em causa no processo principal.

47 A este respeito, resulta de uma jurisprudência constante que um acordo entre empresas, para ser susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros, deve, com base num conjunto objectivo de elementos de direito ou de facto, permitir encarar, com um grau de probabilidade bastante, que ele possa exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, nos contratos de trocas comerciais entre os Estados-Membros, num sentido que possa prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre Estados (v. acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, n.º 22). Deste modo, a afectação das trocas intercomunitárias resulta, em geral, da reunião de diversos factores que, tomados isoladamente, não são necessariamente determinantes (v. acórdão de 15 de Dezembro de 1994, DLG, C-250/92, Colect., p. I-5641, n.º 54).

48 É igualmente jurisprudência constante que, embora o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado não exija que os acordos visados por esta disposição tenham afectado sensivelmente as trocas intracomunitárias, exige que seja provado que esses acordos são susceptíveis de ter esse efeito (v. acórdão de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão, C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.º 19).

49 No caso em apreço, relativamente aos efeitos do regime da fiança geral no comércio intracomunitário, é concebível que as filiais ou sucursais de bancos de outros Estados-Membros, que estejam estabelecidas na Itália, se vejam obrigadas, para beneficiarem das vantagens de pertencerem à ABI, a aplicar as NBU e a renunciar, assim, à aplicação de condições mais favoráveis. Do mesmo modo, tendo em conta

o facto de a grande maioria dos bancos italianos serem membros da ABI, os clientes, que desejem celebrar um contrato de abertura de crédito em conta corrente, podem ver as suas possibilidades de escolha de um banco reduzidas quando a celebração desse contrato dependa da constituição de uma fiança sujeita às referidas NBU, e que, no essencial, não podem ser interrogadas.

- 50 É certo que, em princípio, a resposta à questão de saber se as condições de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado se encontram ou não reunidas depende de apreciações económicas complexas que cabe ao órgão jurisdicional nacional efectuar, eventualmente, segundo critérios fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. No entanto, em certas situações, e dadas as indicações fornecidas pelo Tribunal de Justiça, essa análise não se mostra necessária (v. acórdão DLG, já referido, n.º 55). Assim sucede no caso presente.
- 51 A este respeito, há que ter em conta o facto de a Comissão, a quem a ABI colocou a questão da compatibilidade das cláusulas relativas à fiança geral em relação ao artigo 85.º do Tratado, ter declarado que o serviço bancário em questão diz respeito a actividades económicas que têm uma influência muito reduzida nas trocas entre Estados-Membros e que a participação de filiais ou sucursais de estabelecimentos financeiros não italianos é limitada (v. n.º 14 do presente acórdão). Além disso, a Comissão precisou, em resposta a uma pergunta do Tribunal, que a possível utilização de contratos de abertura de crédito e de fiança geral por parte da clientela principal dos bancos estrangeiros, quer dizer, das grandes empresas e dos operadores estrangeiros, não tem uma grande importância e, em todo o caso, não tem uma importância decisiva na escolha feita pelos bancos estrangeiros de se estabelecerem ou não em Itália, na medida em que os contratos como os que estão em causa nos processos principais só são raramente utilizados por este tipo de clientela. Estas declarações da Comissão não foram infirmadas no âmbito do presente processo.
- 52 Nenhum outro elemento dos autos permite, de resto, pensar com um grau de probabilidade bastante que a reticência dos clientes, que desejem celebrar um contrato de abertura de crédito em conta corrente, na escolha de um banco devido a existência de NBU relativas à fiança geral, seja susceptível de provocar um efeito sensível no comércio intracomunitário.

- 53 Deve, por conseguinte, responder-se à terceira questão que as NBU relativas à fiança geral destinadas a garantir a abertura de um crédito em conta corrente e que derrogam o direito comum da fiança, tais como as dos processos principais, não são susceptíveis, no seu conjunto, de afectar o comércio entre Estados-Membros na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

Quanto às segunda e quarta questões

- 54 Com as segunda e quarta questões, o órgão jurisdicional de reenvio procura, em primeiro lugar, saber se a aplicação das referidas NBU constitui, na acepção do artigo 86.º do Tratado, uma exploração abusiva de uma posição dominante colectiva pelos bancos associados na ABI. Interroga-se, seguidamente, sobre os efeitos que uma eventual incompatibilidade das referidas NBU com os artigos 85.º e 86.º do Tratado possa ter nas cláusulas correspondentes dos contratos que os bancos celebraram com os seus clientes.
- 55 A BPN não vê como é que as cláusulas em questão constituem a expressão de uma posição dominante, dado que a autolimitação que resulta do limite máximo de descoberto e das cláusulas que atribuem à fiança direitos específicos de rescisão, de informação, etc., contradiz a hipótese de aplicação, através de cláusulas de conteúdo uniforme ou de «prática concertada», de uma vontade contratual que visa limitar ou restringir a livre concorrência e proveniente de sujeitos estranhos à relação contratual directa considerada.
- 56 A Comissão sublinha, em primeiro lugar, remetendo para a jurisprudência do Tribunal de Justiça (v. acórdão de 17 de Outubro de 1995, DIP e o., C-140/94 a C-142/94, Colect., p. I-3257, n.ºs 26 e 27), que o simples facto de a ABI agrupar a quase totalidade dos bancos italianos não parece suficiente para concluir que os seus membros detêm em conjunto uma posição dominante colectiva.

- 57 Segundo a Comissão, também não parece possível afirmar que, mesmo admitindo que os bancos membros da ABI detêm em conjunto uma posição dominante colectiva, que os comportamentos descritos pelo órgão jurisdicional nacional constituam um abuso dessa posição.
- 58 A este respeito, deve recordar-se que, nos termos do artigo 86.º do Tratado, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que o comércio entre Estados-Membros seja susceptível de por ele ser afectado, o facto de uma ou várias empresas explorarem de modo abusivo uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.
- 59 Sem que seja necessário examinar se os bancos associados na ABI ocupam uma posição dominante colectiva na acepção do artigo 86.º do Tratado, basta declarar que, uma vez que, tal como resulta do exame da primeira questão, a modificação da taxa de juro de um crédito em conta corrente depende de elementos objectivos, tais como mudanças ocorridas no mercado monetário, este comportamento não pode, em caso algum, constituir uma exploração abusiva de uma posição dominante na acepção do artigo 86.º do Tratado.
- 60 Quanto às NBU relativas à fiança geral que devem garantir a abertura de um crédito em conta corrente, resulta do exame da terceira questão que, no seu conjunto, a sua aplicação não é susceptível de afectar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.
- 61 Nestas condições, deve responder-se às segunda e quarta questões que a aplicação das referidas NBU não constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante na acepção do artigo 86.º do Tratado.

- 62 Tendo em conta as respostas dadas às questões precedentes, não há que responder à questão sobre os efeitos que uma eventual incompatibilidade das referidas NBU com os artigos 85.º e 86.º do Tratado poderia ter nas cláusulas correspondentes dos contratos que os bancos celebraram com os seus clientes.

Quanto às despesas

- 63 As despesas efectuadas pelo Governo italiano e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Tribunale di Genova, por despachos de 15 de Maio de 1996, declara:

- 1) **Condições bancárias uniformes, que permitem aos bancos, nos contratos relativos à abertura de um crédito em conta corrente, alterarem, a qualquer momento a taxa de juro em razão de mudanças ocorridas no mercado monetário, e isto através de uma comunicação afixada nas suas instalações ou do modo que considerarem mais adequado, não têm por objecto nem por**

efeito restringir a concorrência na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE.

- 2) Condições bancárias uniformes relativas à fiança geral destinadas a garantir a abertura de um crédito em conta corrente e que derrogam o direito comum da fiança, tais como as dos processos principais, não são susceptíveis, no seu conjunto, de afectar o comércio entre Estados-Membros na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 3) A aplicação das referidas condições bancárias uniformes não constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante na acepção do artigo 86.º do Tratado CE.

Hirsch

Mancini

Murray

Ragnemalm

Ioannou

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 21 de Janeiro de 1999.

O secretário

O presidente da Sexta Secção

R. Grass

P. J. G. Kapteyn