UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

AS NOVAS FRONTEIRAS DO CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Tânia Luísa Farinha e Faria

Sob a orientação do Professor Doutor Fernando Araújo

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutora em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Económicas

2021

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

AS NOVAS FRONTEIRAS DO CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Tânia Luísa Farinha e Faria

Sob a orientação do Professor Doutor Fernando Araújo

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutora em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Económicas

Júri:

Presidente: Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático

Vogais: Doutora Sofia Oliveira Pais, Professora Associada

Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;

Doutor João Nuno Cruz Matos Calvão da Silva, Professor Auxiliar

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, arguente;

Doutor Eduardo Manuel Hintze da Paz Ferreira, Professor Catedrático

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Fernando José Borges Correia de Araújo, Professor Catedrático

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Miguel José Pinto Tavares Moura e Silva, Professor Associado

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente;

Doutor Nuno Filipe Abrantes Leal Cunha Rodrigues, Professor Associado

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2021

RESUMO

Este trabalho procurará empreender uma delimitação jurídica do conceito de práticas concertadas, recorrentemente utilizado na aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, em alternativa ou de forma cumulativa com o conceito de acordo, tendo em conta a necessidade de assegurar a coerência na interpretação destas disposições. Esta delimitação passará pelo enquadramento no regime direito sancionatório público dos intercâmbios direitos ou indiretos de informação, da partilha unilateral de informação, pública ou privada, tendo como pano de fundo o conflito entre economistas e juristas pela liderança na evolução do direito da concorrência e o sistema jurídico no qual as referidas disposições legais estão integradas. Por fim, importará, ainda, determinar se o conceito de práticas concertadas está preparado para desafios futuros, no que concerne o alargamento da difusão de informação, em particular no contexto da economia digital.

ABSTRACT

This work will undertake a legal delimitation of the concept of concerted practices, frequently used in the enforcement of Article 101 of TFEU and of Article 9 of the Portuguese Competition Act, in alternative or together with the concept of agreement, considering the need to ensure the coherence in the interpretation of these provisions. This delimitation will include the analysis of direct or indirect exchanges of information, of unilateral sharing of information, whether public or private, having as background the conflict for the control of the drivers' seat in the evolution of the competition law, and the need to articulate the interpretation of the concept with the legal system in which the referred provisions are integrated. Finally, we will ascertain if the concept of concerted practices is prepared for the future challenges brought by the increase in the diffusion of information, especially within the context of the digital economy.

PALAVRAS CHAVE: Práticas Concertadas; Restrições da Concorrência; Intercâmbios de Informação; Anúncios de Preços; Cartéis *Hub and Spoke*; Princípio da Legalidade; Regime Geral das Contraordenações

KEYWORDS: Concerted Practices, Competition Restrictions, Information Exchanges, Price Signalling, Hub and Spoke Cartels; Legality Principle, Misdemeanours Legal Framework

AGRADECIMENTOS

Os meus agradecimentos ao Professor Doutor Fernando Araújo pela inspiração e motivação na orientação deste trabalho, e, sobretudo, pelo apoio na concretização da aspiração de fazer parte do corpo docente na Faculdade que me formou.

A minha gratidão aos docentes do grupo de Ciências Jurídico-Económicas, com quem tenho a honra de trabalhar, nos últimos anos, pelo incentivo e conselhos, em particular aos Professores Doutores Paula Vaz Freire, Rute Saraiva e Miguel Patrício.

Uma palavra de apreço, também, para o escritório de advogados com o qual colaborei durante a preparação da tese, Uría Menéndez – Proença de Carvalho, dirigida ao Antonio Villacampa Serrano, ao Bernardo Ayala, ao Jaime Folguera Crespo e, em especial, ao Joaquim Caimoto Duarte, pela compreensão demonstrada, de forma a garantir as condições para a conclusão deste trabalho.

Obrigada aos meus amigos pela crença, descrença, apelos e críticas e a todos os que, inquirindo repetidamente sobre o andamento do trabalho, lhe foram acrescentando a necessária urgência.

A minha gratidão à minha família alargada, de avó, tios e primos, pela paciência e pelo carinho, e, em particular, aos meus pais, Luísa e Ernesto, por, "*naquela terra distante, toda coberta pelo mar*"[1], terem semeado todos os sonhos do mundo, à minha irmã Carolina por os ter enchido de gargalhadas, ao meu marido e paciente revisor deste trabalho, Manuel, por ter sido sempre o refúgio das coisas simples.

Agradeço ainda à certeza não provada "*da divindade de tudo em que se crê*"[2].

Dedico este trabalho ao meu avô Luís, um homem bom.

Lisboa, 13 de maio de 2019

[1] Referência ao poema da canção "Pomba Branca", do meu conterrâneo Max.

[2] Referência ao poema "Esta Velha Angústia", de Álvaro de Campos.

"*A little hope, even hopeless hope, never hurt anybody*."

John Steinbeck, The Winter of Our Discontent, 1961

"*Le talent est une longue patience.*"

Gustave Flaubert, *in* Guy de Monpaussant, Le Roman, 1888

"*Pois o que é tudo senão o que pensamos de tudo?"*

Álvaro de Campos, Esta Velha Angústia, 1934

ABREVIATURAS

AG	Advogado-Geral
CC	Conselho da Concorrência
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CE	Comissão Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CRP	Constituição da República Portuguesa
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DGCC	Direção-Geral do Comércio e Concorrência
DOJ	*Department of Justice* (Estados Unidos da América)
EEE	Espaço Económico Europeu
EM	Estado Membro da União Europeia
EUA	Estados Unidos da América
EURATOM	Comunidade Europeia da Energia Atómica
FTC	*Federal Trade Comission* (Estados Unidos da América)
GWB	*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung* (primeira lei da concorrência alemã)
ICN	*International Competition Network*
I&D	Investigação e Desenvolvimento
JOCE	Jornal Oficial da Comunidade Europeia
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia

Lei da Concorrência	Lei n.º 19/2012, de 8 de maio
MFN	*Most Favoured Nation* (Nação Mais Favorecida / Cláusula de Paridade)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
RGCO	Regime Geral das Contra-Ordenações, Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro
RPM	*Resale Price Maintenance* (Manutenção de Preços de Revenda)
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TCEE	Tratado da Comunidade Económica Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal da Primeira Instância das Comunidades Europeias
TCL	Tribunal de Comércio de Lisboa
TCRS	Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	União Europeia

ÍNDICE

INTRODUÇÃO 21

O Objeto 21

A Metodologia 22

PARTE I – A PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA – GÉNESE E ASPETOS ESSENCIAIS 25

1. A GÉNESE E OS ASPETOS ESSENCIAIS DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NOS EUA **26**

2. A GÉNESE E O ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA DO PONTO DE VISTA NORMATIVO NA UE **36**

2.1 A Proibição de Acordos e Práticas Restritivas da Concorrência dos Tratados das Comunidades Económicas Europeias 42

2.1.1 A Proibição de Acordos e Práticas Restritivas da Concorrência no Tratado CECA .. *42*

2.1.2 A Proibição de Acordos e Práticas Concertadas no TCEE *51*

2.2 O Enquadramento Normativo de Implementação da Proibição de Acordos e Práticas Concertadas Restritivas da Concorrência no Plano da UE 59

2.2.1 O Regulamento n.º 17/62 – Procedimento de Notificação, Sanções e Isenções por Categoria *60*

2.2.2 O Regulamento n.º 1/2003 – Descentralização e Modernização Institucional e Procedimental *67*

3. A PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA DO PONTO DE VISTA NORMATIVO EM PORTUGAL 76

4. A PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA DO PONTO DE VISTA SUBSTANTIVO 85

4.1 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL E DINÂMICA DOS REQUISITOS DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA 87

4.1.1 O Conceito de Empresa 88

4.1.2 A Existência de um Acordo ou Prática Concertada 94

4.1.3 A Existência de uma Restrição Sensível da Concorrência 101

4.1.4 A Afetação Sensível do Comércio dos EM ou no Todo ou em Parte do Mercado Nacional 111

4.1.5 Os Requisitos do Balanço Económico Positivo 115

4.2 DESVALOR JURÍDICO, CONSEQUÊNCIAS SANCIONATÓRIAS E INDEMINIZATÓRIAS 117

4.3 A NATUREZA DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA 121

4.4 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA PROIBIÇÃO – O SUBSTRATO ECONÓMICO DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA 130

5. CONCLUSÃO PRELIMINAR 143

PARTE II – AS NOVAS FRONTEIRAS DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA 147

1. A EVOLUÇÃO DA CONSTRUÇÃO POR PARTE DOS APLICADORES DO CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS NA UE 147

1.1 A Construção Jurisprudencial do Conceito de Práticas Concertadas 148

1.1.1 O Conceito Inicial de Práticas Concertadas 148

1.1.2 A Introdução da Presunção de Causalidade e a Suficiência do Comportamento Passivo 153

1.1.3 A Jurisprudência Mais Recente quanto aos Requisitos das Práticas Concertadas ... 157

1.2 A Confusão de Planos entre os Requisitos de Práticas Concertadas e a Apreciação da Restrição da Concorrência 164

1.2.1 Os Intercâmbios de Informação como Práticas Concertadas e Restrições da Concorrência 166

1.2.2 Práticas Concertadas, Elemento Comportamental e Infrações de Concorrência por Objetivo e por Efeito 186

1.3 Novas Formas de Práticas Concertadas Potencialmente Restritivas da Concorrência 189

1.3.1 Práticas Concertadas com base em Condutas Unilaterais Públicas – Comunicações / Anúncios de Preços 189

1.3.2 Práticas Concertadas com base em Contactos Indiretos com Concorrentes – "Middlemen" e "Hub and Spoke" 196

1.3.3 Práticas Concertadas, Plataformas Digitais e Software Utilizando Algoritmos 208

2. PRÁTICAS CONCERTADAS, *CONSPIRACY* E *CONCERTED ACTIONS* NO DIREITO NORTE-AMERICANO 215

2.1 Enquadramento Comparativo 216

2.2 Anúncios de Preços e Convites à Colusão (*Invitations to Collude*) no Direito da Concorrência Norte-Americano 218

2.3 *Infrações "Hub and Spoke" no Direito da Concorrência Norte-Americano* 221

2.4 Plataformas Digitais *e Software* Utilizando Algoritmos no Direito da Concorrência Norte-Americano 224

3. A APLICAÇÃO UTILITARISTA E AS INCONSISTÊNCIAS DA PROIBIÇÃO DE PRÁTICAS CONCENTRADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA . 226

3.1 Critérios Imprecisos e Dificuldades Probatórias 227

3.2 A Descontextualização dos Princípios Jurisprudenciais 231

3.3 As Distorções Introduzidas pelo Regime de Clemência e pelas Formas de Cessação Convencional das Investigações de Práticas Restritivas 235

3.4 Princípios Económicos Gerais vs. Princípios Aplicáveis ao Direito Sancionatório Público 242

3.4.1 Teoria dos Jogos e Práticas Concertadas *244*

3.4.2 O Impacto do Acréscimo de Transparência / Redução de Incerteza no Mercado *248*

3.4.3 Os Princípios da Legalidade, da Culpa e da Ofensividade *256*

4. CONCLUSÃO PRELIMINAR **273**

PARTE III – CONTRIBUTO PARA UM CONCEITO COERENTE E SISTEMATICAMENTE INTEGRADO DE PRÁTICAS CONCERTADAS **278**

1. A AFIRMAÇÃO DA CENTRALIDADE DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR **278**

2. A DELIMITAÇÃO AUTÓNOMA DA EXISTÊNCIA DE UMA PRÁTICA CONCERTADA E DA EXISTÊNCIA DE UMA RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA **288**

2.1 *Proposta de Clarificação do Requisito das Práticas Concertadas para Efeitos de Aplicação do Direito da Concorrência* 289

2.1.1 A Redução Consciente da Incerteza do Comportamento do Mercado como Critério da Concertação *291*

2.1.2 O Paralelismo Comportamental Decorrente da Concertação *295*

2.2 *A Capacidade de Reduzir a Eficiência Alocativa como Critério Mínimo da Restrição da Concorrência* 299

2.2.1 A Necessidade de Contextualização Jurídico-Económica *300*

2.2.2 Infrações de Perigo e Infrações de Dano *304*

2.2.3 A Eficiência Produtiva e Dinâmica como Causa de Exclusão da Ilicitude 308

3. O CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS COMO UM CONCEITO COERENTE E CAPAZ DE ENFRENTAR OS DESAFIOS FUTUROS 310

3.1 Condutas Meramente Unilaterais Não Correspondem a Práticas Concertadas 310

3.2 Práticas Concertadas Envolvendo Contactos Indiretos 314

3.2.1 O Regime da Autoria e da Cumplicidade Aplicável a Tipos Sancionatórios..... 315

3.2.2 Intermediários Não Ativos nos Mercados Relevantes ou Relacionados (Midllemen) 319

3.2.3 Condutas Hub and Spoke 321

3.3 As Plataformas *Online* e *Software* com base em Algoritmos..... 324

4. CONCLUSÕES PRELIMINARES 328

SINTESE E CONCLUSÕES..... 331

JURISPRUDÊNCIA UE..... 340

BIBLIOGRAFIA..... 344

INTRODUÇÃO

"*There's no sense asking if the air is good if there's nothing else to breathe.*"

Henry II, Lion in Winter[3]

O Objeto

O objeto do nosso trabalho será apreciar os requisitos da aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, as disposições centrais do Direito da Concorrência, no plano da UE e no plano nacional, destinadas a desmantelar formas de colusão entre operadores no mercado, em particular entre concorrentes.

De entre os vários requisitos de aplicação destas normas, iremos examinar, em particular, o requisito da existência de uma prática concertada, tão somente pela razão que, em nosso entender, deverá presidir a todas as investigações de natureza científica no plano do direito: o alumiar de uma aparente obscuridade normativa, ou, inclusivamente, interpretativa, com consequências relevantes na compressão de direitos dos particulares.

A necessidade de esclarecimento de uma situação de dúvida de natureza jurídica é tanto mais relevante quanto mais significativas forem as consequências da fragilidade na construção do conceito, neste caso no que diz respeito à sobreaplicação do Direito da Concorrência, com as respetivas consequências perniciosas em termos de perturbação da atividade económica.

Da nossa experiência, profissional e académica, o conceito de práticas concertadas, não raramente omnipresente na aplicação das disposições referidas, carece de aprofundamento e concretização, especialmente se tivermos em conta os desenvolvimentos no plano da partilha e divulgação da informação, num cenário em que estão, por fim, reunidas as condições, sobretudo técnicas, para o desenvolvimento dos mercados digitais, que, como veremos, se caracterizam por condições de transparência reforçadas.

Acresce que o substrato económico da proibição de condutas anticoncorrenciais multilaterais, com impacto em todos os requisitos de aplicação desta proibição, não ficará, provavelmente, imune à luta entre economistas e juristas pelo "*driver's seat*" da conceptualização do Direito da Concorrência.

[3] James Goldman, *Lion in Winter*, 1966.

Não raramente, a nossa busca por orientação no enquadramento normativo aplicável, bem como na prática decisória e na jurisprudência relativa à aplicação de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, esbarrou numa miscelânea de considerações que temos dificuldade em interpretar de forma coerente.

O objetivo deste trabalho passa por determinar, para utilizar a analogia, pelo menos curiosa, de BURGER-SMIDT, se as práticas concertadas são, de facto, um "*ogre disfarçado de príncipe*" ou se as referências metafóricas a ogres e príncipes não têm qualquer pertinência neste contexto[4].

Em todo o caso, a delimitação do conceito de práticas concertadas também se fará através do afastamento dos critérios que não pertencem a esta esfera, pelo que cabe igualmente, na reflexão empreendida neste trabalho, "colocar cada coisa no seu devido lugar", incluindo práticas concertadas, acordos, colusão tácita, comportamentos conscientemente paralelos, intercâmbios de informação lícitos, intercâmbios de informação ilícitos, restrições da concorrência, restrições da concorrência por objetivo e por efeito, restrições da concorrência mercê de efeitos potenciais, desembocando, desejavelmente, e na medida do necessário, em critérios preparados para o presente e para o futuro.

A Metodologia

Este trabalho parte de um método dedutivo, cujas premissas são explanadas na Parte I e na Parte II, *infra*.

Por um lado, na Parte I, começaremos por contextualizar o requisito das práticas concertadas na proibição do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como o desenvolvimento da aplicação destas disposições ao longo das últimas décadas.

Por outro, a Parte II centra-se numa análise em concreto das inflexões interpretativas do conceito de práticas concertadas, bem como na delimitação das suas fronteiras, desembocando, se pertinente, nas perplexidades jurídicas que o conceito de práticas concertadas poderá, eventualmente, despertar.

[4] *Vide* BURGER-SMIDT, 2017.

A Parte III, por seu turno, corresponderá, na medida do necessário, a uma proposta de clarificação quanto à delimitação deste requisito, tendo em particular consideração a digitalização crescente dos mercados.

No presente texto, as referências são feitas à numeração dos Tratados introduzida pelo Tratado de Lisboa, substituindo, quando relevante, a numeração dos enquadramentos normativos originais.

O Tratado de Lisboa alterou a designação do Tribunal de Primeira Instância para Tribunal Geral, sendo esta última a nomenclatura preferencialmente utilizada, mesmo quando nos referirmos ao período anterior a esta alteração.

Empreenderemos, sempre que se justificar, análises de direito comparado, mantendo a denominação original das autoridades e tribunais.

As citações de textos estrangeiros são feitas na língua original.

Utilizaremos realces e sublinhados nas transcrições na medida em que tal se revele pertinente para destacar partes do texto transcrito.

A jurisprudência encontra-se citada ao longo do documento, bem como, de forma consolidada, no final, e todas as decisões, estudos e comunicados estão e em rodapé, ao longo do documento, disponibilizando-se, sempre que possível, o *weblink* para o texto respetivo.

Lisboa, 13 de maio de 2019

* * * * * * *

PARTE I – A PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA – GÉNESE E ASPETOS ESSENCIAIS

Na primeira parte do nosso trabalho, cumpre caracterizar a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, em todos os seus elementos, contextualizada no quadro que presidiu a sua génese, bem como a aplicação desta proibição ao longo das últimas décadas na UE e em Portugal.

Na verdade, a proibição de acordos, práticas restritivas e decisões de associações de empresas restritivas da concorrência corresponde, atualmente, aos Artigos 101.º, n.º 1 do TFUE e 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, disposições que apresentam um texto muito próximo e cuja aplicação assenta na verificação de um conjunto de pressupostos, que iremos delimitar de forma mais detida *infra*.

A proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência é um dos elementos centrais do Direito de Concorrência da UE, tendo-se propagado aos ordenamentos jurídicos dos EMs, a generalidade dos quais, como veremos, sem tradição nesta matéria, como é o caso do ordenamento jurídico português, que esboçou, como melhor detalharemos infra, o seu primeiro verdadeiro enquadramento normativo da concorrência em 1983, na iminência da adesão de Portugal na então CEE[5].

Ademais, o texto da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência, incluindo o requisito da restrição da concorrência, manteve-se inalterado desde a sua inclusão no TCEE, sendo que a disposição equivalente da lei nacional também registou, consequentemente, pese embora algumas nuances, grande estabilidade.

Todavia, importará perceber, no decurso da Parte I deste trabalho, se essa estabilidade, em termos literais, corresponde a uma pacificação interpretativa destas disposições e respetivos requisitos ou se poderá sinalizar, precisamente, o inverso.

[5] O primeiro regime legal efetivo de defesa da concorrência em Portugal foi, como veremos mais detidamente infra, o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro. Para mais desenvolvimentos quanto à génese das normas de concorrência em Portugal, *vide* MOURA E SILVA, 2008: 41 e ss. e XAVIER 1970; 87 e PATEIRA FERREIRA, 2018: 291 e ss.

1. A GÉNESE E OS ASPETOS ESSENCIAIS DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NOS EUA

A proibição de coordenação anticoncorrencial por parte de operadores económicos foi introduzida, pela primeira vez, ainda no século XIX, no ordenamento norte-americano, que corresponde, a final, ao Direito da Concorrência mais antigo do mundo e constitui, presentemente, como iremos reforçar, ao longo deste trabalho, o único paradigma de Direito da Concorrência comparável ao da UE e respetivos EMs[6].

Na verdade, num contexto de proliferação de monopólios, foram aprovados nos EUA, primeiro no plano estadual e, posteriormente, no plano federal, os enquadramentos normativos que ainda hoje constituem a base do Direito da Concorrência norte-americano, incluindo a proibição de acordos restritivos da concorrência[7].

Conforme refere KELLER, "*Nowhere did large enterprise take root so readily of flourish so luxuriantly as in the turn-of-the century United States. And in no other country was there so strong a political, legal and regulatory response.* ***The land of the trust was also the land of antitrust***"[8].

Desde os seus inícios coloniais até ao século XIX, a economia norte-americana foi caraterizada pela existência de um conjunto de pequenas empresas fortemente competitivas, cenário que se viria a alterar nas últimas décadas daquele século, em que a economia norte-americana passou a apresentar-se particularmente concentrada.

---

[6] Não obstante os desenvolvimentos, nos últimos anos, na China, na Índia e na América Latina, o Direito da Concorrência, nestas jurisdições luta ainda por conseguir autonomizar-se dos demais mecanismos de pendor político e, inclusivamente, protecionista. Para mais desenvolvimentos, *vide* NG, 2018 e BURNIER DA SILVEIRA, 2017.

[7] Embora, ironicamente, a primeira legislação anticoncorrencial de nível nacional pareça ter surgido no Canadá – o *Act for the Prevention and Supression of Combinations in Restraint of Trade*, que visava proteger a indústria nacional canadiana em relação à vigorosa economia norte-americana –, foi nos EUA que surgiram as preocupações com o abuso da liberdade de empresa, sendo que, no início da década de 1880, existia já legislação antitrust em cinco estados norte-americanos: Maryland (1867), Tennesse (1870), Arkansas (1876), Texas (1876) e Georgia (1877). Cfr. LOW & HALLADAY, 2011: 77-104 e NOGUEIRA SERENS, 2007.

[8] *Cfr*. BAKER, 2005: 494, citando KELLER, 1981.

Este acréscimo de concentração pode explicar-se em virtude de diversos fatores, incluindo o surgimento de inovações tecnológicas, a redução dos custos de transporte e de produção, a emergência de mercados nacionais para produtos manufaturados, o substancial incremento da população urbana e o desenvolvimento das comunicações e das ligações ferroviárias[9].

Além disso, é também interessante notar que esta mudança de paradigma surge após a guerra da secessão norte-americana, em que se digladiaram o norte industrializado e o sul agrário, num cenário de volatilidade económica, marcado por situações de sobreprodução e estratégias negociais pouco escrupulosas, o que terá tornado a estabilidade propiciada pela cooperação entre operadores económicos particularmente atrativa para a oferta[10].

A acumulação de poder de mercado nos EUA teve lugar, precisamente, através das condutas que constituem o cerne do nosso estudo, *i.e.*, de entendimentos entre concorrentes e, subsequentemente, na década de 1880, de forma mais institucionalizada e duradoura, através da constituição de *trusts*, que controlavam totalmente determinados sectores da economia, como os setores do transporte ferroviário, do aço, do petróleo, do açúcar e do algodão.

Os *trusts*, que foram, afinal os primeiros visados pelas normas de concorrência, correspondiam a uma instituição tradicional da *common law*, através da qual os detentores de ações de várias empresas transferiam os respetivos direitos de voto para entidades comuns (*trusts*). Deste modo, no âmbito destas entidades, os administradores de empresas concorrentes decidiam, em conjunto, preços e políticas comerciais, o que equivalia, na prática, à criação de mecanismos de cooperação por parte de empresas independentes, suscetíveis de serem aproximados de cartéis[11].

Neste cenário, os consumidores e as pequenas empresas viram-se gravemente prejudicados pela concentração de poder de mercado, sendo que a crescente hostilidade pública em relação aos *trusts* reclamou medidas por parte do congresso norte-americano[12].

Para fazer face à concentração de poder de mercado por parte dos *trusts*, foram adotados, na

[9] *Cfr*. FOX & SULLIVAN, 1991: 3.

[10] *Cfr*. DJELIC, 2002: 240.

[11] *Cfr*. AMATO, 1997:8.

[12] *Cfr*. MILTON, 1988: 1219.

essência, dois tipos de medidas. A primeira foi a criação de comissões interestaduais para controlar os preços nos setores mais relevantes, nas quais se inclui *Interstate Commerce Commission*, em 1887, e a entrada em vigor, em 1890, de normas de concorrência no plano federal, na sequência de uma iniciativa do Senador John Sherman, o conhecido *Sherman Act*[13].

A *Section 1* do *Sherman Act*, a mais relevante para efeitos da presente investigação, proibia os acordos e outras concertações anti concorrenciais ao dispôr que: "***Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy****, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such* ***combination or conspiracy****, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court*" [14].

O texto desta disposição permanece em vigor essencialmente inalterado, tendo registado apenas algumas precisões quanto à classificação da infração, que passou de delito leve, *misdemeanor*, a delito grave, *felony*, e às sanções máximas, que foram agravadas[15].

Apesar de o debate relativo à necessidade de normas de concorrência nos EUA ter coincidido, em grande medida, em termos temporais, com os desenvolvimentos microeconómicos neoclássicos, a que faremos referência infra, o debate público neste território estava ainda marcado por uma miscelânea de teoria económica clássica, darwinismo, puritanismo e proteção da liberdade económica[16].

---

[13] 15 U.S. Code § 1-7. SHEPHERD, 1990, p. 458.

[14] A *Section 2* proíbe a conduta unilateral monopolizante ou tentativas de monopolização: "*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony (punishable by fine and/or imprisonment in the discretion of the court).*"

[15] O texto atual é o seguinte; "*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony (punishable by fine and/or imprisonment in the discretion of the court)*". As sanções criminais atualmente aplicáveis estão previstas no *Antitrust Procedures and Penalties Act*, de 1974.

[16] Para mais desenvolvimentos *vide* THORELLI, 1954. As correntes neoclássicas, surgidas no fim do século XIX, integram diversas correntes do pensamento económico que estudam a formação dos preços, a produção e a distribuição do rendimento, através do mecanismo de oferta e da procura nos mercados, com autores como Menger, Jevons e Walras. O termo "neo-classical" (neoclássico) foi introduzido por Veblen, na viragem do século. Voltaremos mais detidamente a esta matéria, *infra*, no ponto 4.5 da Parte I do nosso trabalho.

Na verdade, as disposições do *Sherman Act* na sua encarnação original parecem refletir, essencialmente, os princípios decorrentes da *common law* anglo-americana, tal como desenvolvidos pela jurisprudência, reconhecendo aos operadores económicos a liberdade de estabelecer relações comerciais sem limitações[17].

Com efeito, importa não perder de vista que as disposições do *Sherman Act*, *supra* referidas, não incluem o recurso à palavra "*competition*" (concorrência), mas a "*restraint of trade*" (restrição do comércio), um conceito que, ademais, foi deixado em aberto, necessitando, por isso, tal como a generalidade dos conceitos incluídos na *Section 1*, de subsequente densificação por parte dos aplicadores da norma.

LANDE, numa constatação, cujo paralelo teremos de aferir, no decurso deste estudo, no que concerne a normas nacionais e da UE em matéria de proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, considera que "*the antitrust laws are among the* ***least precise statutes*** *enacted by the Congress*", não obstante estarmos perante um sistema jurídico que dá espaço e autoridade à hermenêutica judicial das normas[18].

O esforço de densificação das normas, por parte dos tribunais, procurou precisar, numa fase inicial, o próprio escopo de aplicação do *Sherman Act*. Neste período, o *Supreme Court* poderá ter pecado, simultaneamente, por excesso e por defeito. Por um lado, recusou-se, numa fase inicial, a aplicar o regime da concorrência a concentrações e, por outro, começou por considerar ilegais, sem mais, todos os acordos de fixação de preços e de repartição territorial, uma vez que a *Section 1* proibia todas as restrições do comércio[19].

Na verdade, perante a falta de clareza incial quanto ao escopo da norma, os *trusts* evoluíram para uma estrutura de *holdings*, de forma a contornar as proibições do *Sherman Act* e, quando os tribunais acabaram por concluir que as proibições deste enquadramento normativo também se aplicavam a *holdings*, as empresas seguiram o caminho das fusões e aquisições, dando lugar

[17] BELLAMY, 2017: 31 e ss. Esta liberdade foi, por exemplo, responsável, na Inglaterra do século XVI, pela destruição do poder das guildas medievais, e pode ter tido, em certa medida, impacto na revolução industrial.

[18] LANDE, 1982: 81.

[19] O *Supreme Court* recusou aplicar o *Sherman Act* à aquisição, por um trust, das acções de quatro refinarías, ainda que esta se traduzisse num cenário de monopólio *United States v E.C. Knight Co.* 156 US 1 (1895). Para mais desenvolvimentos, *vide* VAN ROMPUY, 2012: 76 e ss.

a concentrações que podiam resultar em monopólios[20].

Tendo em conta esta evolução, em face das alegadas lacunas do *Sherman Act*, foram aprovados, em 1914, o *Clayton Act*[21] e o *Federal Trade Commission's Act* ("**FTCA**")[22]. O *Clayton Act* veio esclarecer as dúvidas quanto à aplicabilidade do direito da concorrência norte-americano a condutas de discriminação de preços, contratos de exclusividade, concentrações de empresas e à existência de *interlocking directorates* (*i.e.*, a existência de administradores comuns entre empresas concorrentes). Estas disposições podiam ser aplicadas pelo DoJ, bem como através de ações privadas em termos similares ao que tinha lugar relativamente ao *Sherman Act*.

Apesar da relevância central da atividade dos tribunais neste âmbito, o FTCA, a que voltaremos, profusamente ao longo deste trabalho, desenvolveu o "braço administrativo" do sistema, sob a forma de uma agência federal, a FTC. Esta entidade administrativa, com conhecimento especializado e com continuidade na sua prática, poderia ter uma função orientadora e estabilizadora, num ambiente ainda marcado pelas decisões esporádicas e imprevisíveis dos tribunais[23].

Apesar de não ter jurisdição relativamente ao *Sherman Act*, a FTC tem as competências atribuídas pelas disposições paralelas do FTCA, não obstante as diferenças em termos de abrangência, consequências e *standard* de prova. Veja-se, por exemplo, a *Section 5* do FTCA, a que voltaremos no decurso deste trabalho, que proíbe "*unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce*"[24].

Assim, a FTC passou a ser responsável pela aplicação dos referidos enquadramentos normativos, o *Clayton Act* e o FTCA, de um ponto de vista cível, tarefa que conserva na atualidade, em cooperação com a *Antitrust Division*, do DoJ, com os reguladores setoriais, bem como com as agências dos estados federados.

Em segundo lugar, registaram-se dificuldades em estabelecer a natureza das restrições

[20] VAN ROMPUY, 2012: 76.

[21] 15 USC § 12 – 27.

[22] 15 USC § 41 – 58.

[23] GELHORN *et al*, 2004: 37-38.

[24] 15 USC, § 45(a). Dispõe ainda de alguns poderes relevantes, em particular o que diz respeito a *cease and desist* e *injunctive relief* nos termos do *Clayton Act*, cfr, *Clayton Act* §11(b), §7A(g)(2) e §11(l).

relevantes para a aplicação da *Section 1*.

Esta disposição procura abranger qualquer tipo de concertação entre pessoas singulares ou coletivas, através de "*contracts*", "*combinations*" ou, de forma ainda mais abrangente, "*conspiracies*", *i.e.*, toda a coordenação que traduza "*a unity of purpose, a common design and understanding, or a meeting of the minds*"[25]. Todavia, foi apenas a partir de desenvolvimentos judiciais, em particular no acórdão *Standard Oil of New Jersey*, que se estabeleceu que *a Section 1* não tinha aplicação a toda e qualquer restrição do comércio, mas apenas a restrições consideradas desrazoáveis ("*unreasonable restraints on trade*")[26].

Na verdade, dentro do enquadramento normativo abrangente a que nos temos vindo a referir, a construção jurisprudencial norte-americana em torno da aplicação da *Section 1* do *Sherman Act*, de forma a distinguir cooperação proibida de cooperação comercialmente legítima, baseou-se em duas categorias essenciais a que voltaremos mais detidamente *infra*, elaboradas, no último século, pelo *Supreme Court* norte-americano: as restrições ilegais *per se* e as restrições que têm de ser sujeitas a uma apreciação designada *rule of reason*[27].

De forma muito simplificada, e sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, sempre que pertinente, ao longo deste trabalho, a abordagem *per se* tem aplicação às restrições cuja probabilidade de impacto negativo na concorrência e ausência de vantagens próconcorrenciais não justifica os custos associados a uma apreciação particular dos seus efeitos[28]. Já uma apreciação nos termos da *rule of reason* implica uma averiguação das circunstâncias relevantes, em particular "*the facts peculiar to the business, the history of the restraint, and the reasons why it was imposed*."[29]. O *standard* da *rule of reason* varia em função da natureza da conduta e das circunstâncias do mercado, não correspondendo, por isso, a uma diretiva definida *ex*

[25] *Am. Tobacco Co. contra EUA*, 328 U.S. 781, 809–10 (1946), 810.

[26] *Standard Oil co. Of New Jersey contra United States*, 221 US (1911).

[27] FTC & DOJ, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* § 1.2, 3-4, 2000, disponível em https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[28] Nesse sentido, *EUA contra Realty Multi-List, Inc*., 629 F.2d 1351, 1362-63 (5th Cir. 1980), ao referir que "*The per se rule is the trump card of antitrust law. When an antitrust plaintiff successfully plays it, he need only tally his score*". Conforme referido no acórdão *EUA contra Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 609 n.10 (1972), para além da fixação horizontal de preços e repartição de mercados, a generalidade das demandas de concorrência inclui, nos termos da *rule of reason* "*rambl[ing] through the wilds of economic theory*".

[29] Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs contra EUA, 435 U.S. 679, 692 (1978).

ante[30]. Em simultâneo, tem-se discutido, de forma relutante e algo vaga, ao longos das últimas décadas, a existência de uma análise *rule of reason* abreviada ou truncada, em que o demandante não teria de provar todos os elementos que seriam requeridos no âmbito da *rule of reason* propriamente dita[31].

O conjunto de restrições incluídas em cada categoria tem sofrido alterações ao longo do tempo, alterações essas a que não foram alheias, inicialmente, motivações sociopolíticas e, nas décadas mais recentes, a mudança dos paradigmas de análise económica, a que voltaremos de forma mais detida *infra*, e que culminaram em teses de alargamento da *rule of reason*[32].

Em terceiro lugar, importa referir que foi também hesitante a fundamentação adotada para a aplicação desta disposição. Com efeito, até aos anos 1970, as autoridades norte-americanas, em particular o *Supreme Court*, pareceram promover a aplicação do Direito da Concorrência, e, em particular, da proibição da coordenação restritiva do comércio entre empresas, com objetivos de proteção das pequenas empresas em face das grandes empresas, de tutela da liberdade económica e de dispersão do poder económico[33].

Na verdade, depdois de se ter munido de instrumentos normativos e institucionais originais, até ao fim da Segunda Guerra Mundial o Direito da Concorrência, nos EUA, viu-se engolido por sucessivas vagas de crises económicas e políticas e afigurava-se, nas palavras de HOFSTADTER, "*a faded passion*", tendo ressurgido, após este período, de forma algo populista, com objetivos de controlo de poder económico, muito marcado pelo intervencionismo da Escola de Harvard e por um objetivo de "*workable competition*", em alternativa ao modelo da concorrência perfeita[34].

É somente a partir da década de 1970 que surge a formulação económica baseada na teoria dos preços neoclássica, a que já aludimos brevemente e a que voltaremos, tipicamente associada ao Direito da Concorrência norte-americano da concorrência, com a Escola de Chicago, que notou

[30] *Collaboration Guidelines*, § 1.2, 4. Para mais desenvolvimentos vide CUNNINGHAM, 2007.

[31] Habitualmente, um demandante demonstrará que uma restrição é inerentemente restritiva porque quase sempre prejudica a concorrência, sem ter de provar que a conduta do demandado causou ou é provável que venha a causar dano. Para mais desenvolvimentos, *vide* OLIVER, 2010: 40 e ss.

[32] Para mais desenvolvimentos, *vide* HOVENKAMP, 2018: 81 e ss.

[33] SULLIVAN & HOVENKAMP, 2014: 2-3.

[34] HOFSTADTER, 1965: 188.

a falta de coerência do sistema anterior, que "*confused competition with small business protection* ***and was probably worse than no antitrust policy at all***"[35].

Não vamos neste ponto detalhar o contributo da Escola de Chicago, nem a influência efetiva desta na aplicação do Direito da Concorrência, mas é importante realçar que aperspetiva do direito da concorrência como promotor da eficiência, em particular da eficiência alocativa, marcou uma viragem importante não só no debate relativo ao direito da concorrência dos EUA, mas também nos parâmetros da aplicação por parte dos tribunais e das demais entidades relevantes.

A Escola de Chicago, a que nos referiremos com maior detalhe ao longo do nosso estudo, não é o fim da história no que diz respeito à aplicação do direito da concorrência norte-americano, mas, independentemente das precisões subsequentes, nas últimas décadas, deixou um legado permanente no direito da concorrência desta jurisdição e, veremos em que medida, também no direito europeu, em termos de posicionamento da eficiência económica e de critérios de bem-estar no centro da aplicação do Direito da Concorrência, em particular no que diz respeito à proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.

Por fim, é particularmente relevante que, desde a sua entrada em vigor, a *Section 1* do *Sherman Act* fizesse referência a sanções de natureza criminal, ao declarar a infração desta disposição suscetível de ser sancionada com multas, ou, no caso de pessoas singulares, com penas privativas da liberdade, cuja aplicação estava reservada aos tribunais, sem que existissem particulares orientações na norma quanto à medida dessas sanções (uma vez que esta disposição remetia para a margem de apreciação dos tribunais "*punishable by fine and/or imprisonment* ***in the discretion of the court***").

Apesar de o *Sherman Act* ser, desde a sua origem, um enquadramento normativo de natureza penal, até meados dos anos 1970 - momento em que as sanções aplicáveis foram significativamente agravadas - a aplicação de sanções penais foi muito limitada, mantendo-se ainda bastante circunscrita, sobretudo se comparada com a aplicação privada destas disposições (que corresponde ainda a cerca de 90% dos casos de aplicação de Direito da Concorrência, nesta

[35] HOVENKAMP, 2005: 2.

jurisdição)[36].

A tradição judicialista norte-americana, bem como a parcimónia da intervenção do Estado, em particular das autoridades federais, que não dispunham sequer, originalmente, de recursos que lhes permitissem intervir neste área, transformou o Direito da Concorrência norte-americano, incluindo a *Section 1* do *Sherman Act*, num regime de aplicação essencialmente privada, cujas eventuais consequências, em termos de densificação dos requisitos normativos, por comparação como o regime nacional e da UE, voltaremos a abordar *infra*.

A aplicação privada desta disposição, trave mestra deste sistema, é uma opção declarada do próprio enquadramento normativo em vigor, que confere aos lesados, por comportamentos proibidos pelas disposições de concorrência, o direito a intentar uma ação judicial para recuperar "*threefold damages*" e ainda "*the cost of suit, including a reasonable attorney's fee*", nos termos da *Section 4* do *Clayton Act*, que substituiu a *Section 7* do *Sherman Act*[37].

Na verdade, a possibilidade de triplicar o valor do prejuízo sofrido ("*treble damages*"), prevista na lei, tem objetivos que ultrapassam, manifestamente, a mera compensação dos danos sofridos pelos lesados, visando tambémdissuadir as condutas anticoncorrenciais, pelo que funciona como um substituto da aplicação da *Section 1* (e da *Section 2*) do *Sherman Act* por parte das autoridades públicas, pelo menos no que concerne a um conjunto de condutas percebidas como menos graves para o mercado[38].

Em face do *supra* exposto, a génese e o substrato doutrinal do Direito da Concorrência norte-americano são marcados pelo contexto histórico que lhe deu lugar e por uma abordagem que , inicialmente, se afigurava mais ligada à liberdade económica e à coesão social do que a ideias muito precisas de eficiência e bem-estar, ideias essas que ganharam fôlego neste âmbito, apenas num momento subsequente.

---

[36] KERNS, 1982: 988. Quanto à percentagem de casos que correponde à aplicação privada de direito da concorrência, por favor *vide* WILS, 2017: 14.

[37] § 4 Clayton Act, 15 U.S.C. § 15.

[38] BAKER, 2004: 382. A ideia de *treble damages* parece ter origem no *English Statute of Monopolies of 1623*, 21 Jac. I, c. 3 (1623). Existem ainda outros exemplos de compensação superior aos danos sofridos na Europa, incluindo no Direito Romano. Todos estes exemplos parecem corresponder situações em que a intervenção das autoridades públicas era débil ou inexistente.

Como realça PATEIRA FERREIRA, as escolas da análise económica da concorrência têm encontrado terreno fértil nos EUA, em que a interligação entre a FTC, o DOJ e a litigância privada, de que decorre a importância da jurisprudência, incrementam a recetividade às alterações das correntes de pensamento económico[39].

A própria proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, abrangendo "*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce*", foi progressivamente tomando forma, ao longo das últimas décadas, em resultado do labor jurisprudencial, como é típico dos sistemas de *common law*. Ainda que, desde o início da sua vigência, a violação da *Section 1* do *Sherman Act* fosse objeto de sanções de natureza criminal, foram sendo previstos mecanismos que visavam dar prevalência à aplicação privada destas disposições.

O papel da FTC, em particular na aplicação da *Section 5* do *FTCA*, tem sido utilizado a título complementar em relação às disposições penais do *Sherman Act*, aplicadas pelo DoJ, no sentido de fazer cessar ou alterar algumas práticas com risco anticoncorrencial através de *consent orders*, centrando, ademais, a maior parte dos seus recursos em segmentos da economia em que o investimento dos consumidores é elevado, caso dos setores da saúde, farmacêutico, alimentação, energia, tecnologia informática e serviços de Internet.

Para além das *consent orders*, a FTC pode desenvolver um processo administrativo, procurar obter uma injunção junto dos tribunais federais e obter compensações civis pelas infrações em causa[40]. Na verdade, como veremos em mais detalhe infra, a *FTC* tem utilizado a *Section 5* para pôr em causa condutas que não recaem no *Sherman Act*, como convites à colusão, "*invitations to colude*", e determinadas partilhas de informação que facilitem práticas concertadas em estruturas de duopólio ou oligopólio[41].

Na Europa, que havia de evoluir para a UE, o Direito da Concorrência, incluindo a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, teve um surgimento mais tardio. Vejamos em que termos.

---

[39] PATEIRA FERREIRA, 2018: 62.

[40] Para mais desenvolvimento *vide* KOVACIC & WINERMAN, 2010: 1001 e ss.

[41] *Vide*, nesse sentido, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ftcs-section-5-hearings-new-standards-unilateral-conduct/090325abaspring.pdf [consultado em 11 de maio de 2019].

2. A GÉNESE E O ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA DO PONTO DE VISTA NORMATIVO NA UE

Várias décadas após ter surgido nos EUA, o Direito da Concorrência emergiu na Europa e, em particular, nas comunidades económicas europeias, predecessoras da UE, num momento histórico particular, o pós-Segunda Guerra Mundial.

Este período histórico foi marcado por iniciativas inéditas de institucionalização das relações económicas internacionais e de liberalização do comércio, sem que o caminho para a concretização desses objetivos tenha sido isento de hesitações, que se estenderam, naturalmente, às questões de concorrência[42].

A iniciativa mais significativa, no plano internacional, no sentido da institucionalização da liberalização do comércio internacional, correspondeu, provavelmente, à Carta de Havana, relativa à criação da Organização Internacional do Comércio, que, em última análise, constituiu a base para o *General Agreement on Tarrifs and Trade* ("**GATT**") de 1947.

A Carta de Havana continha um capítulo completo, o Capítulo V, respeitante a práticas restritivas da concorrência no plano do comércio internacional, que se revelou tão inovador quanto inconsequente[43]. Apesar de esta iniciativa não ter tido implementação, devido, principalmente, à oposição do congresso norte-americano, não deixa de atestar a emergência, neste momento histórico, do debate relativo à necessidade de normas internacionais de concorrência[44].

No que se refere especificamente, ao espaço europeu, a reconstrução económica na Europa no pós-guerra foi marcada por objetivos de reorganização das estruturas da economia, de incremento da regulação económica e, numa conjugação de objetivos económicos e políticos,

[42] A emergência definitiva do liberalismo económico fica a dever-se à influência norte-americana e à rejeição do protecionismo vigente no período histórico anterior. Os veículos determinantes para o aprofundamento das relações económicas internacionais foram, para além do GATT já referido, o Fundo Monetário Internacional e o Plano Marshall.

[43] O texto original da Carta de Havana está disponível em https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/SEC/53-41.PDF [consultado em 11 de maio de 2019].

[44] Para mais desenvolvimentos quanto a esta matéria TOYE, 2003: 282 e ss.

pelo surgimento de soluções inéditas de integração económica, a que nos referiremos mais detidamente *infra*, que passaram pela criação da CECA e da CEE, cujos tratados constitutivos incluíam, como veremos, disposições de concorrência e, em particular, para o que este estudo releva, a proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência.

A emergência do Direito da Concorrência na Europa do pós-guerra, e a relevância conferida às disposições de concorrência no período fundacional das comunidades económicas europeias, é particularmente surpreendente, se contrastada com a total incipiência do Direito da Concorrência na Europa no período histórico anterior.

Na verdade, nas décadas anteriores, na Europa, as condutas anti concorrenciais, em particular os cartéis, foram objeto de um tratamento benevolente, sendo inclusivamente considerados um fenómeno positivo e estabilizador na vida económica. Ademais, importa não perder de vista que a intervenção do Estado no mercado, antes de 1914, era particularmente limitada.

Com efeito, nenhum dos dois principais protagonistas europeus da integração económica do pós-Segunda Guerra Mundial, a França e a Alemanha, tinha particular histórico de aplicação de legislação de concorrência, em especial no que concerne a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência[45].

Na Alemanha, os primeiros casos apreciados pelos tribunais, relacionados com a coordenação entre concorrentes, diziam respeito a conflitos entre cartéis e antigos membros, analisados no âmbito do exercício da liberdade de contratar e da liberdade de comércio. Nesse sentido, o conhecido acórdão de 1897 do Supremo Tribunal do *Reich* alemão, relativo ao cartel de pasta de papel da Saxónia (*Sächsisches Holzstoffkartell*), considerou que este tipo de entendimentos entre concorrentes não punha em causa a liberdade de comércio das partes, reconhecendo-lhes objetivos meritórios de proteção contra a concorrência excessiva, de limitação da sobreprodução e de garantia de preços "adequados" [46]. Apesar de ter sido introduzida uma

[45] Para mais desenvolvimentos reativos a esta matéria, *vide*, entre outros, GERBER, 2001 e WESSELING, 2000.

[46] Ironicamente os fenómenos de colusão surgem, em particular nos estados alemães, como uma reação à consagração, no século XIX, da liberdade de exercício de atividades industriais e comerciais. Com efeito, a afirmação da liberdade empresarial conduziu, de modo quase instantâneo, ao surgimento de fenómenos de associação, sobretudo de cartéis, que os empresários alemães rapidamente implementaram, de modo a controlar as imprevisibilidades próprias de um mercado concorrencial. Esta abordagem corporativa aprofundou-se para fazer face às sucessivas crises económicas e políticas que marcaram a viragem do século XIX para o século XX. O cartel surge, neste quadro, como um instrumento de controlo da instabilidade, assumindo o papel do ordenador do

proibição de "abuso de cartéis", no início da década de 1940, a economia alemã continuava, no pós-Segunda Guerra Mundial, organizada de forma cartelizada[47].

Em França, não existiam, igualmente, normas de concorrência em sentido próprio, apesar de a formação de coligações para fixação de preços ser proibida e estar sujeita ao Artigo 419.º do Código Penal, não por motivos relacionados com a manutenção de uma estrutura de mercado economicamente eficiente, mas de forma a acautelar a necessidade de evitar problemas no abastecimento alimentar, suscetíveis de causar problemas políticos, um cenário familiarmente traumático no território francês.

O surgimento do Direito da Concorrência na Europa, no contexto das comunidades económicas europeias, é imputado, por um conjunto significativo de autores, à influência do ordoliberalismo alemão. Para autores como GERBER "os alemães", - o primeiro presidente da CE, Walter Hallstein, o comissário da concorrência van der Grobben e o secretário de Estado para os assuntos europeus Alfred Müller-Armack -, construíram a matriz do Direito da Concorrência das comunidades económicas europeias, de acordo com o ordoliberalismo alemão da Escola de Friburgo. Estes autores atribuem, ainda, ao ordoliberalismo um papel determinante no substrato valorativo específico do Direito da Concorrência nas comunidades económicas europeias[48].

O ordoliberalismo - de inspiração cristã, surgido no final dos anos 1930 e redescoberto após a Segunda Guerra Mundial - parte de uma base económica liberal, mostrando-se, porém, crítico da acumulação de poder económico, que se poderia traduzir em poder político. Nesse sentido, o ordoliberalismo preconiza, em traços largos, que o Estado terá de criar o ambiente jurídico apropriado para a manutenção de um nível adequado de concorrência, a "ordem económica", em lugar de uma intervenção mais direta no processo económico, sendo o Direito da Concorrência uma ferramenta central na prossecução desse objetivo[49].

---

mercado, de modo a reduzir os efeitos da sobreprodução, do subemprego e da queda acentuada dos preços. Para mais desenvolvimentos, *vide* NOGUEIRA SERENS & COUCEIRO, 2007.

[47] MESTMÄCKER, 2010, p. 34.

[48] Neste sentido, entre outros, GERBER, 2001, p. 354 e VAN ROMPUY, 2012, p. 129. A origem ordoliberal do direito da concorrência da UE é também reconhecida pela doutrina portuguesa, caso de VAZ FREIRE, 2008, pp. 1791-1804. A designação ordoliberalismo deriva do latim *ordo*, ordem internamente imposta, por oposição à *ordinatio*, ordem externamente imposta, conforme refere GROSSKETTLER, 1989, p. 43.

[49] Esta abordagem pode ser interpretada como um contraponto à centralização de poder da organização nazi, contrapondo-se igualmente à instabilidade institucional e política da República de Weimar, distinguindo-se

Na verdade, segundo os autores ordoliberais, os verdadeiros benefícios sociais do sistema económico derivariam da estabilidade de longo prazo proporcionada pela dispersão de poder económico e, consequentemente, político, em mercados concorrenciais[50]. Este reconhecimento de uma dimensão social associada à promoção da concorrência transparece, de forma particularmente clara, nos escritos de um dos autores mais destacados do ordoliberalismo, BÖHM, que refere que "*[t]he real motives behind the enactment of antitrust law were (…) not economic efficiency and the effectiveness of economic control,* ***but social justice and civil liberties which were held to be threatened by monopolies***"[51].

A influência ordoliberal teria, então, seguindo esta corrente de pensamento, determinado a introdução de disposições de Direito da Concorrência, no âmbito das então comunidades europeias, visando, essencialmente, dois objetivos. Em primeiro lugar, a integração dos mercados da comunidade e, em segundo lugar, a proteção da liberdade económica dos operadores no mercado[52].

O ordoliberalismo como substrato doutrinal específico do Direito da Concorrência da UE tem sido posto em causa, por diversos autores. Para além de posições mais moderadas, que apontam as limitações desta abordagem[53], encontramos, em autores como AKMAN e QUACK, o entendimento de que a influência dos ordoliberais alemães na política de concorrência da UE é, na realidade, um mito[54].

Com efeito, os autores que fazem valer a tese ordoliberal inferem-na, essencialmente, do contexto histórico e da ideologia de parte dos negociadores dos tratados das comunidades europeias, não obstante, como observa KARIAGIANNIS a análise dos *travaux préparatoires*, a

também do Keynesianismo e do Socialismo. Para mais desenvolvimentos relativamente ao pensamento ordoliberal, por favor *vide* SCHNYDER & SIEMS, 2012.

[50] Nesse sentido, RITTERSHAUSEN, 2007, p. 9 e ss.

[51] BÖHM, 1961, p. 28. Para além das questões relativas ao direito da concorrência, o ordoliberalismo preconiza uma política monetária da responsabilidade de um banco central comprometido com a estabilidade monetéria e reduzida inflação, independente da pressão política. Os ordoliberais defendem também uma tributação progressiva a privatização dos serviços públicos e de empresas públicas e medidas de redistribuição de riqueza.

[52] Vários outros autores também aderiram à explicação do ordoliberalismo, entre outros, MCGOWAN, 2010, SEIDEL, 2008.

[53] Nesse sentido SAUTER, 1997 e BUCH-HANSEN & WIGGER, 2011.

[54] AKMAN, & KASSIM, 2009: 267-303 e QUACK & DJELIC, 2015: 255-281.

que voltaremos mais detidamente no ponto seguinte, parecer não revelar particulares marcas da influência ordoliberal na preparação das disposições de concorrência dos tratados[55].

A tese favorável ao ordoliberalismo pode também encontrar alguns obstáculos se atentarmos na ausência inicial no TCEE de normas relativas a controlo de concentrações, bem como na abordagem de sobremaneira favorável que mereceram estas concentrações nos primeiros anos de vigência dos tratados. Também a previsão da proibição de abuso de posição dominante (que atualmente corresponde ao Artigo 102.º do TFUE, uma norma com paralelo no Artigo 11.º da Lei da Concorrência, presente desde os tratados originais) não se afigura construída como uma disposição ordoliberal, uma vez que não impede a acumulação do poder de mercado, mas apenas o abuso desse poder.

A abordagem alternativa mais relevante, em termos de inspiração principal para o Direito da Concorrência da UE, coloca as ideias jurídico-económicas norte-americanas no centro do desenvolvimento deste Direito nas comunidades europeias. LEUCHT e MARQUIS consideram que a receção do Direito da Concorrência dos EUA na Europa decorre não só da circunstância de ser pioneiro, mas também da hegemonia económica dos EUA no pós-Segunda Guerra Mundial, e da existência de diversos fóruns de diálogo transatlântico nesta época, desde logo no âmbito da administração do Plano Marshall[56].

O próprio sucesso da economia norte-americana, mais livre e menos regulada, terá tido relevância neste âmbito, por contraposição às economias europeias, menos expostas à rivalidade económica entre operadores no mercado[57].

Aqui chegados, importa concluir, quanto a este ponto, que é inegável que a génese do Direito da Concorrência na Europa é marcada pelo processo de integração económica que teve lugar no pós-Segunda Guerra Mundial. É também manifesto que o pensamento ordoliberal assumiu grande relevância num determinado contexto histórico, o mesmo contexto em que o

[55] Neste sentido, VON GROEBEN, 1987.

[56] LEUCHT & MARQUIS, 2013:125 e ss. Neste sentido, realce para a Organização para a Cooperação Económica Europeia, criada em 1948, inicialmente para alocar os fundos deste plano, a que sucedeu a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, na década de 1960.

[57] GOYDER, 2009:28.

posicionamento económico dos EUA, que incluía já a aplicação do Direito da Concorrência, foi percebido como "vencedor".

Deste modo, é provável que a génese e substrato do Direito da Concorrência na Europa, através das comunidades económicas europeias, congreguem um conjunto de influências relevantes a que se juntaram ao longo do tempo, como veremos, mais adiante, neste trabalho, ideias económicas que ganharam dimensão nas décadas que se seguiram, como o Keynesianismo[58] e o neoliberalismo da Escola de Chicago[59].

Podemos extrair, deste capítulo, que a entrada do Direito da Concorrência na atual UE, foi bastante mais tardia, se comparada com os EUA, tendo sido marcada pela sobreposição de objetivos económicos e políticos, típica do período histórico em causa, e, por que situada no plano supranacional, teve por base a necessidade de obter consensos mais alargados.

É destas constatações que partimos para um breve percurso pela inclusão da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência nos tratados das comunidades económicas europeias, de forma a podermos lançar luz sobre a delimitação do conceito de práticas concertadas que ora nos ocupa[60].

[58] A escola Keynesiana ou Keynesianismo é a teoria económica consolidada pelo economista inglês John Maynard Keynes no seu livro *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* (*General theory of employment, interest and money*), de 1936, e que procura demonstrar que ciclo económico não é autoregulado como entendiam os neoclássicos, e as causas do desemprego não se explicam, como defendiam os autores neoclássicos, através do estudo mercado do fator trabalho, mas sim no plano macroeconómico, pelo desfasamento entre oferta e procura agregada. Deste modo, o Estado deve intervir na economia de forma a ajustar as flutuações da procura agregada, de forma a atingir o pleno emprego. Para mais desenvolvimentos, *vide* KEYNES, 1949.

[59] A Escola de Chicago, que surge, ainda nos anos 1960, nos EUA, tem uma abordagem restritiva em relação à intervenção do direito da concorrência, entendendo que algumas condutas vistas como anticoncorrenciais poderiam até promover a concorrência, focando-se no critério do bem-estar do consumidor. Autores como Posner e Bork entendem, fundamentalmente, que só deveriam ser proibidas pelas normas de direito da concorrência as condutas que prejudicam claramente os consumidores, em particular os cartéis de fixação de preços e repartição de mercados e a criação de monopólios e preços predatórios por parte de empresas em posição dominante. Para mais desenvolvimentos, *vide* BORK, 1978.

[60] Para mais desenvolvimentos PATEIRA FERREIRA, 2018: 68 e ss.

2.1 A Proibição de Acordos e Práticas Restritivas da Concorrência dos Tratados das Comunidades Económicas Europeias

Como vimos, a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, atualmente incluída no Artigo 101.º do TFUE, corresponde, como já referimos, quase na íntegra, à letra original do TCEE, pelo que relevará empreender uma investigação quanto ao sentido desta norma no contexto da sua adoção.

Todavia, antes das negociações do TCEE, os caminhos nunca dantes navegados da integração económica e, em grande medida, da proibição de acordos e de práticas concertadas restritivas da concorrência no plano transnacional começaram a ser trilhados pelo seu predecessor, o Tratado, celebrado em abril de 1951, em Paris, entre França, Itália, República Federal da Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo (com entrada em vigor em 1952), que instituiu a CECA[61].

Assim, começaremos por caracterizar, sumariamente, tendo em conta o propósito específico deste trabalho, os aspetos mais relevantes do Tratado CECA no que concerne a proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência e procederemos, igualmente, a um exercício semelhante relativamente ao TCEE, de forma a recolhermos elementos determinantes para a melhor compreensão da teleologia destas disposições.

2.1.1 A Proibição de Acordos e Práticas Restritivas da Concorrência no Tratado CECA

O Tratado CECA era um documento com cerca de uma centena de cláusulas, três anexos e vários protocolos, cujas disposições centrais colocavam a produção de carvão e de aço na esfera de uma instituição supranacional, formalmente independente dos governos dos estados membros, a Alta Autoridade.

A Alta Autoridade da CECA foi configurada para exercer, por um lado, competências muito relevantes em termos de política industrial, e, por outro, um papel que apresentava grandes semelhanças com aquele que viria a ser desempenhado pela CE nos futuros tratados, no sentido

[61] CHALMERS, DAVIES & MONTI, 2010: 10. O texto português do Tratado CECA está disponível em https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_4528.pdf [consultado em 11 de maio de 2019]. Portugal e Espanha aderiram ao Tratado em 1985.

da salvaguarda do jogo normal da concorrência. Todavia, o objetivo de criar, pela integração destas indústrias, no plano europeu, uma base comum para a expansão industrial e para a integração económica levou ao estabelecimento de uma *pool* de produção de carvão e de aço, o que explica por que é que o Tratado conferia à Alta Autoridade da CECA poderes no campo da racionalização da produção, investimento e preços, que não teriam correspondência no Tratado CEE[62].

Com efeito, a integração económica europeia, tendo como núcleo inicial os setores da produção e comercialização do carvão e do aço, decorria já da Declaração de Robert Schuman, em 9 de maio de 1950, e tinha por base processos de construção de matriz neofuncionalista, em virtude dos quais, partindo de um núcleo inicial, impulsionado por instituições supranacionais, se potenciavam efeitos de *spillover*, conducentes à integração de novos atores e setores da economia[63].

A escolha da produção e comercialização do carvão e do aço como uma espécie de "cavalo de Tróia" do projeto de integração comunitária decorre da relevância destes setores para a imediata reconstrução da Europa e para o ressurgimento económico desta, a que acresce um objetivo de disciplina da instabilidade política, tendo em conta o receio de que a Alemanha pudesse vir a repetir a forte reconstrução industrial, com impacto militar, que teve lugar no período anterior, entre as duas guerras mundiais[64].

Não é de estranhar, por isso, que a Declaração Schuman estivesse povoada de referências à necessidade de assegurar relações pacíficas entre os povos, em especial no que dizia respeito

---

[62] Por exemplo, é referido que as instituições desta comunidade devem, no âmbito das respetivas atribuições e no interesse comum "*velar pelo estabelecimento dos mais baixos preços, em condições tais que não conduzam a qualquer aumento correlativo dos preços praticados pelas mesmas empresas noutras transacções nem do nível geral dos preços noutro período, permitindo, ao mesmo tempo, as necessárias amortizações e proporcionando aos capitais investidos possibilidades normais de remuneração*", "*velar pela manutenção de condições que incentivem as empresas a desenvolver e a melhorar os seus potenciais de produção e a promover uma política de exploração racional dos recursos naturais, de forma a evitar o seu esgotamento imponderado*" e "*promover a expansão regular e a modernização da produção, bem como a melhoria da qualidade, de modo a excluir quaisquer medidas de protecção relativamente a indústrias concorrentes que se não justifiquem por uma acção ilegítima levada a cabo por elas ou em seu favor*". *Vide* SPAAKT & JAEGER, 1961: 487.

[63] O texto da Declaração Schuman está disponível em http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm [consultado em 11 de maio de 2019]. Naturalmente que, nem Robert Schuman nem Jean Monnet eram então considerados neofuncionalistas, apesar do processo de construção das comunidades ter esta matriz, uma vez que este conceito foi posteriormente desenvolvido, já no fim da década de 1950, por Ernst Haas. Para mais desenvolvimentos *vide* HAAS, 1958.

[64] POIDEVIN-SPIERENBURG, 1992: 223.

ao eixo franco-alemão, realçando os efeitos positivos neste âmbito da "*solidariedade de produção*" de carvão e de aço, sem que existisse qualquer referência explícita a normas de concorrência, ou à necessidade de regular práticas de cartelização nestes setores.

Não obstante, a declaração esclarecia que "*a comunitarização das produções de carvão e de aço*" não tem qualquer paralelo com um cartel internacional, repartindo os mercados e restringindo a produção, mas que tem, ao invés, objetivos de "*fusão dos mercados"* e de *"expansão da produção*".

É no período subsequente a esta declaração que o Direito da Concorrência parece ganhar relevância nas discussões respeitantes ao Tratado CECA, não obstante os antecedentes dessa emergência poderem ser traçados num período temporal mais recuado[65]. Com efeito, o papel do direito da concorrência como ferramenta de desconcentração da indústria alemã, foi reconhecido, em 1947, pela *American Military Administration*, que determinou a proibição da cooperação entre operadores económicos num território que haveria de ser integrado na República Federal Alemã[66].

A "pista norte-americana" na definição das traves mestras do Tratado CECA resulta também das memórias de Jean Monnet, que atestam as relações de proximidade com o representante norte-americano na Alemanha, John McCloy[67] e da visita aos EUA, em junho de 1950, de uma delegação alemã liderada por Franz Böhm, que incluiu interfaces com representantes do *Federal Trade Council*, da *Antitrust Division* e da *Securities and Exchange Commission*[68].

Existem ainda outros dados convincentes quanto à influência (ou exigência) norte-americana na inclusão de disposições de concorrência nas negociações do Tratado CECA, em particular da cooperação entre concorrentes[69]. Walter Hallstein, à época chefe da delegação alemã nas

[65] PACE, 2005: 52. Nas palavras de F.D. Roosevelt, em 1944: "*Unfortunately, a number of foreign countries, particularly in continental Europe, do not possess such a tradition against cartels. On the contrary, cartels have received encouragement from some of these Governments. Especially is this true with respect to Germany. Moreover, cartels were utilized by the Nazis as governmental instrumentalities to achieve political ends. The history of the use of the I. G. Farben trust by the Nazis reads like a detective story. The defeat of the Nazi armies will have to be followed by the eradication of these weapons of economic warfare. But more than the elimination of the political activities of German cartels will be required*".

[66] *Cfr*. TAYLOR, 1979; 23 e ss.

[67] *Cfr*. MONNET, 1976.

[68] Para mais desenvolvimentos *vide* QUACK, & DJELIC, 2005: 255 e ss.

[69] *Cfr*. PACE, & SEIDEL, 2013: 58.

referidas negociações, declarou que "***Monnet's ideas are probably influenced by the American desire that all cartels-like institutions be rejected*** *– A desire that gains special weigh due to the fact that it is supported by the funds that Americans are to provide at a later stage*"[70]. De forma ainda mais clara, Ludwig Ehard, ministro da economia e, posteriormente, chanceler alemão, declarou que a posição da Alemanha relativamente ao Tratado CECA tinha sido "*influenced by the American negotiating partners in a fashion which* ***amounted almost to an ultimatum***"[71].

Por fim, existem elementos no sentido de que a influência norte-americana incluiu a concreta redação dos projetos de disposições de concorrência, sujeita a uma metodologia "semiprivada", com a colaboração de juristas americanos, em concreto Robert Bowie, professor de Harvard, integrado no Alto Comissariado dos EUA na Alemanha, e George Ball, um advogado e diplomata norte-americano que, à época, colaborava com o Governo Francês no âmbito do Plano Marshall[72].

Na verdade, o Professor Bowie traçou, inclusivamente, uma linha de continuidade entre as disposições implementadas pelos norte-americanos na Alemanha ocupada e o Tratado CECA, em particular no que diz respeito às normas de concorrência[73].

Assim, apesar de poder ser redutor explicar determinados processos normativos com base numa única influência, afigura-se manifesta a relevância do impulso norte-americano para a inclusão no Tratado de Paris de disposições de Direito da Concorrência, em particular se notarmos que estas disposições não tinham, à época, verdadeiros precedentes na Europa, não obstante as teses ordoloberais, que reconheciam também vantagens à promoção da concorrência, poderem ter facilitado a aceitação de disposições deste tipo[74].

---

[70] Citado por BERGHAHN, 1989: 140.

[71] Conforme refere BERGHAHN, 1989: 153.

[72] Nesse sentido LYNCH, 1988: 117-130 e BALL, , 1982.

[73] DUCHÈNE, 1987: 76 e 77.

[74] O Tratado CECA caducou, tal como previsto, após 50 anos de vigência, em 23 de julho de 2002. Durante a sua vigência, foi alterado várias vezes pelos seguintes tratados: Tratado de Fusão (Bruxelas 1965), tratados que alteram determinadas disposições financeiras (1970 e 1975), Tratado sobre a Gronelândia (1984), Tratado da União Europeia (TUE, Maastricht, 1992), Acto Único Europeu (1986), Tratado de Amesterdão (1997), Tratado de Nice (2001) e tratados de adesão (1972, 1979, 1985 e 1994). No início da década de 90, na sequência de um vasto debate, a sua caducidade foi considerada a solução mais pertinente e preferível à renovação do Tratado ou a uma

Assim, encontramos logo no Artigo 4.º do Tratado CECA a proibição de práticas incompatíveis com o mercado comum, entre as quais a imposição de taxas aplicáveis às importações e exportações (e medidas equivalentes), a imposição de restrições quantitativas, medidas que interferissem com a liberdade do comprador de escolher um fornecedor, bem como a concessão de subsídios ou de auxílios estatais e práticas de repartição de mercados.

O Artigo 5.º do Tratado CECA, por seu turno, referia já, de formabastante clara, que a CECA deveria garantir o estabelecimento, a manutenção e a observância de condições normais de concorrência. As instituições a quem estava acometida esta responsabilidade incluíam o corpo executivo a que já nos referimos, a Alta Autoridade, bem como a Assembleia, o Conselho de Ministros e, muito relevantemente, o Tribunal de Justiça, que se viria a tornar o tribunal comum às três comunidades europeias, e que assegurava a implementação e interpretação deste Tratado.

As disposições de concorrência mais detalhadas correspondiam aos Artigos 65.º e 66.º do Tratado CECA, que incluíam, por um lado, uma proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, que analisaremos mais detidamente na seção seguinte, e, por outro, regimes inovadores de controlo prévio de concentrações e de proibição de abuso de posição dominante[75].

No entanto, apesar da consagração clara de inovadoras disposições de concorrência, outras normas do Tratado CECA, como o Artigo 61.º, atestavam que, nesta fase, a promoção da concorrência, em concreto no plano global, não era um dogma, uma vez que previa, ainda que em circunstâncias excecionais, poderes de determinação de preços máximos ou mínimos, de

solução de compromisso. Por conseguinte, a CE propôs a transição gradual destes dois sectores para o TCE, cujas regras passaram a ser aplicáveis ao comércio do carvão e do aço desde o termo da vigência do Tratado CECA.

[75] Na verdade, o Tratado CECA era particularmente ambicioso, prevendo um regime de controlo prévio de concentrações de empresas, no Artigo 66.º, que incluía, inclusivamente, a possibilidade de aplicação de coimas. O Artigo 66.º, n.º 7 do Tratado CECA representava também uma inovação particularmente relevante, ao proibir o abuso de posição dominante com fins contrários aos objetivos do Tratado. Neste caso, a Alta Autoridade podia fazer recomendações que, se não fossem seguidas, dariam lugar a decisões, em consulta com o EM em causa, impondo condições de comercialização. Em caso de infração das referidas decisões podiam ser aplicadas coimas- O Artigo 67.º do Tratado CECA dizia respeito à questão do apoio estatal a empresas ativas nas indústrias do Carvão e do Aço se a aprovação da Alta Autoridade. Na verdade, de forma semelhante ao que viria a suceder nos Artigos 87.º a 89.º do TCEE, a Alta Autoridade podia permitir aos Estados conceder auxílios a empresas, mas nas condições e pelo período previamente definido.

definição de quotas de produção por países ou empresas, bem como um mecanismo de alinhamento de preços em relação a empresas exteriores à comunidade[76].

Assim, apesar de o Tratado CECA introduzir, pela primeira vez, normas de concorrência vinculativas num tratado internacional, cuja aplicação era entregue a entidades supranacionais como a Alta Autoridade e o Tribunal de Justiça, a estrutura deste Tratado retinha ainda, como vimos, certos mecanismos de intervenção direta no mercado, que entrariam em funcionamento sempre que existisse desequilíbrio entre a oferta nos setores em causa.

Tendo em conta este enquadramento, vejamos a formulação que mereceu, em particular, no Tratado CECA, a proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência. Esta análise é, como é bom de ver, particularmente relevante, tendo em conta os paralelos que existem entre estas disposições e as disposições do Tratado de Roma, sendo que autores como DJELIC referem, ainda, que terá existido uma transferência das disposições do Tratado CECA para o Tratado CEE[77].

No que se refere especificamente à proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência, o Tratado CECA dispunha, no seu Artigo 65.º que "*São proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas* ***e todas as práticas concertadas*** *que, no mercado comum,* ***tendam directa ou indirectamente*** *a impedir, restringir ou falsear o funcionamento normal da concorrência (...)*".

Esta disposição incluía ainda uma enumeração algo vaga, mas ao mesmo tempo circunscrita, de acordos proibidos, incluindo acordos de fixação de preços, acordos de controlo de produção, desenvolvimento técnico e investimentos, bem como acordos de repartição de mercados, produtos, clientes ou fontes de abastecimento, tendo em conta que os exemplos em causa diziam

[76] "*1. A Alta Autoridade, com base em estudos feitos em colaboração com as empresas e associações de empresas, nos termos do primeiro parágrafo do artigo 46.º e do terceiro parágrafo do artigo 48.º, após consulta do Comité Consultivo e do Conselho, que sobre a oportunidade das medidas a seguir, que sobre o nível de preços que elas determinam, pode fixar, para um ou vários produtos submetidos à sua jurisdição: (a) Preços máximos no mercado comum (...); b) Preços mínimos no mercado comum (...); c) Preços mínimos ou máximos à exportação (...)*".

[77] DJELIC, 2002: 245.

respeito apenas a condutas tipicamente horizontais e particularmente gravosas, sendo, naturalmente, menos concreta no que respeita às referências a práticas concertadas[78].

Assim, apesar de constar da proibição referida, importa considerar a opacidade e pouca atenção dedicada à ideia de práticas concertadas, por oposição à configuração de acordo.

Existia a possibilidade de, nos termos do Artigo 65.º, n.º 2 do Tratado CECA, a Alta Autoridade autorizar, acordos de especialização ou acordos de compra ou de venda comum, em virtude do contributo para a melhoria da distribuição dos procutos, sujeita a um princípio de proporcionalidade[79].

O desvalor jurídico previsto, nos termos do Artigo 65.º, n.º 4 do Tratado CECA, para a coordenação entre operadores económicos contrária ao funcionamento normal da concorrência era a nulidade, pertencendo à Alta Autoridade, sem prejuízo de eventuais recursos judiciais, a competência exclusiva para se pronunciar sobre a conformidade dos referidos acordos com o Tratado CECA[80].

Estava ainda prevista nesta disposição a possibilidade de aplicação de "*multas e adstrições*" às empresas que tenham concluído, aplicado ou tentado aplicar um acordo nulo, tenham obtido o benefício de uma autorização por meio de informações conscientemente falsas ou deturpadas ou que se tenham dedicado a práticas contrárias à proibição do Artigo 65.º, n.º 1 do Tratado CECA[81].

---

[78] O Artigo 65.º, n.º 1 do Tratado CECA, enunciava condutas que "*(...) em especial, tendem a: a) Fixar ou determinar os preços; b) Restringir ou controlar a produção, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados, os produtos, os clientes ou as fontes de abastecimento*".

[79] As condições eram as seguintes: "*a) Que esta especialização ou estas compras e vendas em comum contribuem para uma melhoria considerável da produção ou da distribuição dos referidos produtos; b) Que o acordo em causa é essencial para obter esses efeitos sem que a sua natureza seja mais restritiva do que o necessário para atingir esse fim; e c) Que o acordo não é suscetível de dar às empresas interessadas o poder de determinar os preços, controlar ou limitar a produção ou distribuição de uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum, nem de os subtrair a uma concorrência efetiva de outras empresas no mercado comum*".

[80] Nos termos do Artigo 65.º, n.º 4 do Tratado CECA, "*Os acordos ou decisões proibidos pelo n.º 1 do presente artigo são nulos, não podendo ser invocados perante qualquer órgão jurisdicional dos Estados-membros. Sem prejuízo do direito de recorrer ao Tribunal, a Alta Autoridade tem competência exclusiva para se pronunciar sobre a conformidade dos referidos acordos ou decisões com as disposições do presente artigo.*"

[81] Nos termos do Artigo 65.º, n.º 5 do Tratado CECA, as "*multas e adstrições*" não podiam exceder "*o dobro do volume de negócios realizado com os produtos que constituíram o objeto do acordo, da decisão ou da prática contrários às disposições do presente artigo*". Esta sanção era agravada no caso de estarem em causa condutas que, no âmbito do Tratado CECA, eram consideradas particularmente graves, *i.e.*, as condutas em que "*o objetivo do acordo, da decisão ou da práticas*" consistia "*em restringir a produção, o desenvolvimento técnico ou os*

Do supra exposto, decorre, em primeiro lugar, que a proibição do n.º 1 do Artigo 65.º do Tratado CECA se encontrava formulada de forma abrangente, referindo-se a acordos, em lugar da conceptualização juridicamente mais precisa de contratos, e incluindo ainda a proibição de "práticas concertadas" restritivas da concorrência, cuja delimitação permanecia totalmente em aberto.

Esta configuração ampla tem sido imputada à iniciativa francesa, tendo em conta que a proposta francesa sugeria proibir quaisquer práticas, em particular negociações comerciais e quaisquer acordos que tivessem como objetivo ou resultado, direto ou indireto, impossibilitar, limitar ou alterar a livre concorrência[82].

Todavia, autores como GOYDER consideram que esta abordagem foi, ao invés, importada da da legislação *antitrust* dos EUA[83]. Nesse sentido, na já referida legislação aprovada em 1947 pelas forças norte-americanas na Alemanha, no sentido de proibir a excessiva concentração, interditavam-se, no Artigo 1, n, º 2, da versão inglesa, "*Cartels, combines, syndicates, trusts, associations* ***or any other form of understanding or concerted undertaking*** *between persons (...)"*[84].

Ademais, a *Section 1* do *Sherman Act*, a que nos referimos no capítulo anterior, que por esta altura estava já em vigor há mais de meio século, adotava a fórmula abrangente de "*contract, combination* ***or conspiracy***".

Desta influência haverá, em nosso entender, neste momento, que reter a ideia de concertação, de entendimento, como afastando condutas meramente unilaterais.

Também no que se refere ao escopo da restrição de concorrência, o Artigo 65.º do Tratado CECA proíbe restrições "*diretas e indiretas*". Uma vez mais, parece perpassar neste trecho da

investimentos", caso em que o montante máximo das "multas" corresponderia a 10% do volume de negócios anual das empresas em causa.

[82] SCHULZE &HOEREN, 1966: 29.

[83] GOYDER: 88.

[84] SCHWARTZ, 1957: 395.

referida disposição uma abordagem de abrangência, excluindo, todavia, condutas cuja restritividade para a concorrência não fosse aparente[85].

O critério adotado pelo Artigo 65.º, n.º 1 do Tratado CECA, o normal funcionamento da concorrência, não surge em qualquer destas disposições. Na verdade, a referência expressa ao funcionamento normal da concorrência contrasta com a ausência, no texto da proibição do Tratado CECA, da exigência de restrição do comércio entre os EM. É provável, contudo, que, mercê da concentração da maioria das indústrias pesadas do carvão e do aço nas zonas do Rühr, da Lorena, do norte de França e da Bélgica, a menção à restrição do comércio entre os EMs podia revelar-se, não só necessária, como também redundante.

Não obstante ter sido prevista uma proibição geral, congruente com a tradição norte-americana, a que fizemos referência no capítulo anterior, foi acrescentada, numa solução de compromisso - a que não terá sido alheia a necessidade de chegar a um equilíbrio entre os diferentes EM, sem tradição de disposições deste tipo - a possibilidade de a Alta Autoridade autorizar alguns acordos com impacto positivo na concorrência, tal como resulta do Artigo 65.º, n.º 2 do Tratado CECA[86]. Esta exceção era, todavia, formulada em temos relativamente restritivos, uma vez que dizia respeito apenas a acordos de especialização, de aquisição ou de comercialização.

Apesar da ambição e novidade da proibição de acordos e práticas concertadas incluída no Tratado CECA, a implementação desta disposição foi marcadamente tímida. Na verdade, a Alta Autoridade da CECA acabou por autorizar a maioria dos entendimentos entre concorrentes, bem como as concentrações sujeitas à sua apreciação, circunstância a que não terá sido alheia a pressão dos EM.

Conforme assinala WARLOUZET, no âmbito do Tratado CECA a distância entre o Direito da Concorrência nos "livros" e a "concorrência em ação" podia caracterizar-se como abissal. Esta discrepância pode explicar-se, de sobremaneira, pela prevalência dos EM no âmbito da CECA,

[85] O texto da proposta era, essencialmente o seguinte: "*Aucune entreprise . . . ne peut agir de concert avec une autre entreprise, conclure aucun accord, dont le but ou le résultat direct ou indirect serait dans le marché commun: a) d'empêcher; restreindre ou altérer de quelque manière que ce soit le jeu normal de la concurrence et notamment de fixer le prix; b) de restreindre ou contrôler la production de quelque manière que ce soit; c) de répartir les marchés, produits, clients ou sources d'approvisionnement*". Para mais desenvolvimentos *vide* CHIRITA, 2014: 295.

[86] QUACK & DJELIC, 2015: 261

em detrimento da Alta Autoridade[87]. Com efeito, a dificuldade central no que diz respeito à implementação do Direito da Concorrência era a falta de independência das instituições do Tratado CECA em relação aos estados membros, que procuravam interferir constantemente nas decisões da Alta Autoridade[88].

Não obstante, a experiência inicial do Tratado CECA deixou um legado relevante no que concerne a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência na Europa, iniciando um processo de desconcentração e abertura do mercado, bem como a construção de um enquadramento institucional formal neste âmbito[89].

2.1.2 A Proibição de Acordos e Práticas Concertadas no TCEE

O caminho da integração económica desbravado pelo Tratado CECA foi subsequentemente aprofundado, na Europa, ao longo da década de 1950[90]. Com efeito, a ideia de alargamento da integração económica a outros setores de atividade surge no Memorando do Benelux enviado por Spaak, político belga e figura destacada da CECA, em nome dos Estados do Benelux, aos demais estados membros da CECA, em 1955, e que desembocou na publicação do Relatório Spaak, no ano seguinte[91].

O Relatório Spaak debruça-se sobre os desafios colocados pela maior produtividade das empresas norte-americanas e pela menor dimensão dos mercados europeus, reforçando a necessidade de criação de condições para o surgimento de economias de escala no plano

[87] *Cfr.* WARLOUZET, 2010: 7-8.

[88] Com efeito, não obstante a independência desta instituição estar claramente sublinhada no Tratado CECA (no Artigo 9.º), foram-se multiplicando os indícios de que os EM faziam valer a sua vontade neste âmbito. Um caso paradigmático neste âmbito é o pedido de apoio do ministro da economia da Alemanha, Ludwig Erhard, junto do seu homólogo francês, Jean-Marcel Jeaney, para influenciar os membros franceses da Alta Autoridade no sentido de aprovarem uma concentração no setor do aço. *Cfr.* WARLOUZET, 2010: 7-8.

[89] Na verdade, o próprio TJUE reconheceu o legado do Tratado CECA em termos de normas de concorrência acórdão *Geitling contra Alta Autoridade*, em que faz referência a uma inspiração comum nos dois tratados. *La CECA, 1952-1962, Le dix premières annés d'une intégration partielle*, disponível em http://aei.pitt.edu/40581/1/A5060.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[90] Após o progresso no plano económico conseguido no Tratado CECA, os seis Estados Membros procuraram estabelecer uma Comunidade Europeia de Defesa. Este projeto foi abandonado após ter sido rejeitado pela Assembleia Nacional Francesa em 1954.

[91] Desencadeado pelas iniciativas de Monnet, bem como de Beyen, Ministro dos Negócios Estrangeiros dos Países Baixos. O texto do relatório está disponível na publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, *60 Anos de Europa: Os Grandes Textos da Construção Europeia*, Lisboa, 2008, pp. 37 e ss.

europeu, bem como a importância da adoção de regras de concorrência, ao incluir uma secção relativa aos monopólios e práticas monopolísticas de natureza unilateral e bilateral[92].

Esta referência é, do nosso ponto de vista, significativa, tendo em conta, como vimos, a relativa inoperância das disposições de concorrência no Tratado CECA e as hesitações, no plano nacional, no que respeita, em particular, aos polos principais das negociações para a criação da CEE.

Com efeito, a preparação do enquadramento jurídico da concorrência que iria vigorar na República Federal da Alemanha, coincidiu, temporalmente, com a preparação do TCEE, pelo que o debate interno neste âmbito pode ter "contaminado" as negociações com vista ao TCEE. Em França, foi introduzida legislação em matéria de concorrência, em 1953, todavia, essas medidas foram relacionadas, pelo executivo francês, com a necessidade de reduzir a inflação no país, tendo incluído um conjunto de exceções à proibição geral, motivo pelo qual se tem entendido que estas disposições não seriam normas de concorrência comparáveis ao paradigma do *Sherman Act*[93].

Deste modo, nas negociações do TCEE a pressão dos EUA não foi tão evidente, tendo em conta que os EM originários consideravam já o Direito da Concorrência necessário, sendo que, de acordo com a documentação disponível, a preocupação principal na redação do Artigo 85.º do TCEE terá sido, uma vez mais, assegurar uma transição suave no que concerne o desmantelamento da indústria de guerra alemã, em particular no que diz respeito aos cartéis públicos que estavam no cerne desta organização económica[94].

Os Artigos 1.º e 2.º do TCEE proclamavam o estabelecimento de uma comunidade económica europeia, bem como objetivos de aproximação progressiva das políticas económicas no espaço

---

[92] KÄSEBERG & VAN LAER, 2013;169. MAIER-RIGAUD, 2012:151 e WARLOUZET, 2010: 2.

[93] Décret n°53-704 du 9 août 1953, *Dit Decret Anti-Trust Reglementant Les Ententes Professionnelles Et Retablissant La Libre Concurrence*. O délit de coalition estava, como resulta do texto do Artigo 59 bis, subordinado a um objetivo de impedir os incremento artificiais de preços «*Sont prohibées, sous réserve des dispositions de l'article 59 ter, **toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit**, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix.*». Para mais desenvolvimentos, CHATRIOT, 2008: 7 e ss.

[94] As memórias de Jean Monnet as entrevistas com figuras relevantes à época estão disponíveis nos arquivos históricos da EUI em Florença http://www.eui.eu/Research/HistoricalArchivesOfEU/Index.aspx (consultado em 11 de maio de 2019).

comunitário[95]. O Artigo 3.º do TCEE, por seu turno, enunciava as políticas necessárias para implementar estes objetivos, incluindo a criação de um sistema assegurando que a concorrência no mercado comum não era distorcida, enquanto o Artigo 4.º fazia referência às instituições encarregadas de implementar os objetivos da CEE e que correspondiam à Assembleia (subsequentemente transformada em Parlamento Europeu), ao Conselho, à CE e ao Tribunal de Justiça. Também os EMs, nos termos do Artigo 5.º do TCEE, deveriam assegurar que a concorrência no mercado comum não era distorcida.

Para além destas disposições gerais, existia um capítulo dedicado às disposições específicas de Direito da Concorrência, que compreendia os Artigos 85.º a 94.º do TCEE. O Artigo 85.º do TCEE incluía a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, que analisaremos de forma mais detida *infra*, o Artigo 86.º do TCEE previa uma proibição de abusos de posição dominante, o Artigo 90.º dizia respeito às empresas às quaistinham sido atribuídos direitos especiais, enquanto os Artigos 92.º a 94.º se referiam a questões de auxílios estatais (que, apesar da proximidade em termos sistemáticos, tecnicamente, não são questões de concorrência, mas aspetos puramente de mercado interno)[96].

Ausentes deste elenco estavam disposições de controlo de concentrações, bem como disposições que previssem consequências sancionatórias ou a regulamentação da aplicação das referidas disposições, em contraste com o que sucedia, como vimos, no Tratado CECA.

Apesar de se ter ressalvado a aplicabilidade destas disposições, desde a entrada em vigor do TCEE, o próprio tratado previa a necessidade de regulamentos e diretivas que implementassem os Artigos 85.º e 86.º do TCEE, desde logo no que concerne a previsão de coimas para o caso de infração das disposições de Direito da Concorrência[97].

---

[95] *Vide* a versão original do TCEE, em português, disponível em https://infoeuropa.eurocid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000037605&line_number=0001&func_code=WEB-FULL&service_type=MEDIA (consultado em 11 de maio de 2019).

[96] Cfr. COLLIE, 2000: 867 e ss.

[97] O Artigo 87.º, n.º 1, do TCEE dispunha que "*No prazo de três anos a contar da data da entrada em vigor do presente Tratado, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta da Assembleia, adoptará todos os regulamentos ou directivas adequadas, conducentes à aplicação dos* ***princípios*** *enunciados nos artigos 85.º e 86.º. Se tais disposições não forem adoptadas dentro do prazo mencionado, serão estabelecidas pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, e após consulta da Assembleia*". As matérias sobre as quais incidiria esta regulamentação de direito derivado incluiam, entre outras "*Garantir o respeito das proibições referidas no n.º 1 do Artigo 85.ºe no Artigo 86.º, pela cominação de multas e adstrições;*" e "*Determinar as modalidade de aplicação do n.º 3 do Artigo 85.º, tendo em conta a necessidade,*

Parece, por isso, resultar do supra exposto, sobretudo em comparação com as disposições do Tratado CECA, um aparente retrocesso em termos de completude e abrangência das disposições de concorrência, retrocesso esse que, paradoxalmente, se pode explicar pelo objetivo de criar condições de maior efetividade destas normas.

A proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, incluída no Artigo 85.º do TCEE, começava por traduzir-se, no n.º 1, numa proibição geral, na medida em que eram incompatíveis com o mercado comum, e, por isso, proibidos, "*todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas* ***e todas as práticas concertadas*** *que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por* ***objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno***" (versão portuguesa do texto originariamente redigido em francês, alemão, italiano e neerlandês).

Esta proibição geral desembocava num conjunto de exemplos, mais amplo do que a enunciação incluída no Artigo 65.º do Tratado CECA, exemplos esses que correspondiam a situações de fixação, de forma direta ou indireta, dos preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação, limitação ou controlo da produção, distribuição, desenvolvimento técnico ou investimentos, repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento, aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes ou subordinação da celebração de contratos à aceitação de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

O n.º 2 desta disposição, por seu turno, cominava a nulidade para os acordos e decisões proibidos pela disposição anterior, sem qualquer menção, justificadamente, como veremos, a práticas concertadas.

Por fim, o n.º 3 do Artigo 85 do TCEE, comummente designado "balanço económico positivo", previa a possibilidade de "inaplicabilidade" da proibição do n.º 1, a condutas "*que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não*

por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz, e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo;".

sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa."

Deste modo, esta disposição caracteriza-se, desde a sua origem, pela estrutura dualista, que inclui, por um lado, uma proibição geral, com base nos requisitos referidos no Capítulo 1, *supra*, e, por outro, a possibilidade de esta proibição ser considerada inaplicável em virtude do cumprimento de certas condições.

Todavia, a primeira versão da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência nas negociações conducentes ao TCEE, durante o ano de 1956, é ainda monista e próxima do Relatório Spaak que, como realça GYSELEN, se referia apenas à necessidade de impedir a divisão dos mercados, a limitação da produção ou do progresso técnico, em virtude de acordos entre empresas, sem deixar, contudo, espaço para uma derrogação[98]. Com efeito, a redação original desta proibição correspondia a uma proibição abrangente e sem margem de inaplicabilidade *"Les* ***situations ou pratiques de monopoles*** *résultant soit d'une position dominante sur le marche, soit d'une* ***entente entre entreprises, ne peuvent mettre en échec les objectifs fondamentaux du marche commun*** *(…). Sont notamment interdits: toute répartition des marchés* ***par entente entre les entreprises****;* ***tout accord ayant our object de limiter la production ou de freiner le progress technique****; l'absorption ou la domination du marché d'un produit par un seule entreprise*"[99].

Esta primeira proposta afigurava-se subordinada a uma ideia de proibição da repartição do mercado comum, sendo, surpreendentemente, muito menos abrangente do que o texto equivalente incluído no Tratado CECA, em que a referência expressa às condições de concorrência contrastava com a relativa ausência de referências ao mercado comum.

No entanto, posteriormente, a delegação francesa propôs ampliar o escopo da proibição, incluindo todos os entendimentos ou acordos expressos ou tácitos, bem como acrescentando um segundo parágrafo, em que se previa a possibilidade de derrogação desta proibição, introduzindo na discussão um modelo dualista. A derrogação incluída nesta proposta

[98] GYSELEN, 2017: 125.

[99] MAE 131 f/56, Artigo 24.

compreendia duas das condições que acabariam por ser consagradas no Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Por um lado, as eficiências na forma de melhoria da produção, distribuição ou progresso técnico e, por outro, a necessidade de que uma parte dessas eficiências beneficiasse os "consumidores"[100].

A posição alemã quanto a este ponto afigurava-se, por seu turno, pouco clara, tendo conta que, durante a negociação do Tratado CEE, não tinha ainda, como referimos anteriormente, sido encontrado o texto definitivo do regime da concorrência que havia de vigorar na República Federal Alemã. A representação alemã parecia, todavia, procurar introduzir um sistema em que as derrogações à proibição geral tivessem de sujeitar-se à autorização prévia de uma entidade administrativa à qual o acordo seria notificado[101].

Tem-se atribuído a von der Groeben, que se havia de tornar o primeiro comissário da concorrência da CEE, a solução para o alegado impasse negocial relativo à estrutura da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, tendo-se apresentado uma estrutura que contemplava a possibilidade de exceção à proibição geral, com base em requisitos que teriam de ser cumpridos antes de a proibição poder ser declarada inaplicável, enquanto a a decisão controversa quanto à forma de aplicação desta exceção foi adiada para um momento posterior, nos termos do Artigo 87.º do Tratado CEE (o que acabou por desembocar num mecanismo de autorização administrativa prévia, como melhor veremos infra, próximo da abordagem alemã)[102].

Aqui chegados, importa sublinhar que a existência e os contornos do debate relativo à influência francesa e alemã na definição dos contornos da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência no TCEE, em particular no que concerne a adoção de uma estrutura dualista, são, em nosso entender, surpreendentes, tendo em conta que, na verdade, o Artigo 85.º do TCEE acabou por seguir a estrutura básica do Artigo 65.º do Tratado CECA[103].

---

[100] "*Peuvent être relevées des dispositions precedentes, les situations ou pratiques dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'elles contribuent effectivement à l'amélioration de la prodution ou des débouchés, ou au développement du progrès technique et économique. Ils devront également justifier que le consommateur obtient une part légitime dans le profit qui découle ces mesures*". MAE 233 f/56, Artigo X+2.

[101] GOYDER, 2009: 35.

[102] PACE & SEIDEL, 2013: 63

[103] JOLIET, 1970: 225.

Com efeito, à semelhança do que entende GOYDER, afigura-se clara a influência do Artigo 65.º do Tratado CECA no então Artigo 85.º do TCEE, e o paralelismo existente entre estas disposições, sem prejuízo das diferenças em termos de âmbito de aplicação e do acréscimo de "realismo" que o TCEE pareceu pretender consagrar[104].

A própria proibição geral de acordos e práticas restritivas da concorrência incluída no Artigo 85.º é, em nosso entender, reminiscente do Artigo 65.º do Tratado CECA e da influência norte-americana e francesa que nele pudemos identificar,tendo sido acrescentado ainda o requisito do impacto necessário da restrição da concorrência no comércio comunitário de forma a justificar o tratamento destas questões no plano supranacional, traçando uma linha divisória em termos jurisdicionais entre a CE e as autoridades dos EMs.

Esta proibição, parte da verificação de um conjunto de requisitos com base em conceitos indeterminados, aproximando-se mais de uma afirmação de princípios gerais do que de um enquadramento normativo nos termos dos sistemas jurídicos continentais.

A percepção do Artigo 85.º, n.º 1, como um princípio geral, carecido de concretização normativa e jurisprudencial, é corroborada pelo Artigo 87.º, n.º 1, do TCEE, já referido, que dispunha que os órgãos da CEE deveriam adotar, no prazo de três anos após a entrada em vigor do TCEE, os instrumentos de direito derivado "*conducentes à aplicação dos* ***princípios*** *enunciados nos artigos 85.º e 86.º.*".

Esta disposição não inclui uma tipificação das condutas proibidas, mas apenas uma enunciação aberta, em termos semelhantes ao Artigo 65.º do Tratado CECA, não obstante a enunciação do TCEE ser mais ampla, tendo em conta que o primeiro se limitava, como vimos, a condutas que envolvessem a fixação de preços, a repartição de mercados, produtos, consumidores e fontes de fornecimento, ou a restrição de produção, de desenvolvimento técnico ou investimento, enquanto que o segundo abrangia (e ainda abrange), para além de restrições particularmente graves, mormente entre concorrentes, a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes ou subordinação da celebração de

[104] GOYDER: 31. Como vimos, o Artigo 65.º do Tratado CECA tinha já adotado uma abordagem dualista, com uma proibição geral e a possibilidade de isenção de certas condutas, cuja aplicação foi, ab initio, entregue à Alta Autoridade da CECA, à semelhança do que viria a suceder, apesar das hesitações, e apenas num momento subsequente à entrada em vigor do TCEE, com a CE em relação ao balanço económico positivo.

contratos à aceitação de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

O Artigo 85.º, n.º 1 do TCEE proibia "*tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises* ***et toutes pratiques concertées****, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour* ***objet ou pour effet*** *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun (…)*", o que corresponde a uma abordagem que se transformaria, como veremos ao longo deste trabalho, numa das questões mais controvertidas do Direito da Concorrência, em particular no que concerne a interpretação e o cumprimento de cada um destes requisitos.

Assim, a contextualização histórica desta disposição, em face dos enquadramentos normativos anteriormente vigentes na Europa, parece apontar para uma interpretação no sentido de serem abrangidas todas as condutas, incluindo acordos, decisões e "concertações" com propósito, ou com consequências anticoncorrenciais, enquanto mecanismos linguísticos para capturar todos os comportamentos que podem ter impacto na concorrência. Esta ideia de abrangência, de forma de capturar todos os possíveis padrões fácticos que põem em causa o interesse público protegido pela concorrência, é também aventada, por exemplo, nos trabalhos de BAÑO FOS[105].

Ademais, como veremos de forma mais detida no decurso deste trabalho, e como já indiciámos supra, neste momento histórico, ao contrário do que sucede na atualidade, os cartéis não eram necessariamente secretos, mas faziam parte de um sistema de concentração económica de natureza não raramente pública e os mecanismos de prova, sobretudo de prova indireta, não estavam ainda assentes[106].

É também provável que existisse ainda, neste período, como lembra SCHWEITZER, alguma esperança, por parte dos EM, de que a CE poderia ser politicamente influenciada, à semelhança do que tinha sucedido com a Alta Autoridade[107].

A ausência de sanções para condutas anticoncorrenciais, no Tratado CEE, poderá, igualmente, justificar a adoção de uma formulação relativamente aberta, tendo em conta que o Artigo 85.º

[105] BAÑO FOS, 2015.

[106] HALEY,2001.

[107] SCHWEITZER, 2007, p. 13-14.

do TCEE, atual Artigo 101º do TFUE, tinha, como veremos, como consequência inicial apenas a nulidade nos termos do Direito Civil e a adoção de medidas para restabelecer a legalidade, não estando previstas sanções, o que exigiria requisitos normativos menos precisos do que, como veremos, o Direito Público Sancionatório.

Deste modo, o Artigo 85.º do TCEE não permitia, nem permite, por si só, determinar quais seriam, em concreto, as condutas proibidas, em particular no que concerne o conceito, relativamente novo, de práticas concertadas e a relação deste com a restritividade das condutas. Como reconhecido pelo próprio Tratado, as disposições de concorrência teriam de ser complementadas por um enquadramento normativo subsequente, cujo contributo para o objeto deste estudo veremos no ponto seguinte.

2.2 O Enquadramento Normativo de Implementação da Proibição de Acordos e Práticas Concertadas Restritivas da Concorrência no Plano da UE

Conforme resulta do ponto anterior, a amplitude da proibição constante do Artigo 85.º exigia a aprovação subsequente de normas de direito derivado com vista à implementação das disposições de concorrência do Tratado, tal como resultava do Artigo 87.º do TCEE, deixando ainda margem para a concretização daquela disposição por parte da prática decisória da CE e da jurisprudência do TJUE.

A preparação do enquadramento institucional para a implementação das normas de concorrência dominou os trabalhos da CE durante vários anos, num contexto de divergências entre EM e entre estes e a CE quanto à aplicabilidade direta do Artigo 85.º do Tratado CEE[108].

Este debate desembocou na aprovação do *Regulamento n.º 17 - Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE)*, de 21 de fevereiro de 1962 ("**Regulamento n.º 17/62**"), destinado a dotar as disposições do Tratado em

[108] PACE & SEIDEL 2013: 67. Os Países Baixos, por exemplo, entendiam que as disposições eram meramente programáticas, enquanto a Alemanha considerava que estas, enquanto parte da "constituição económica" das comunidades, teriam de ser aplicadas diretamente. A CE, por seu turno, considerou que as disposições de concorrência do Tratado CEE eram verdadeiras normas, com caráter vinculativo, com exceção do Artigo 85.º, n.º 3, que necessitava de concretização, tendo este entendimento estado na base da preparação, por parte da CE, de propostas no sentido da emissão de um regulamento relativo a esta matéria.

matéria de Direito da Concorrência de um procedimento de aplicação, e, em particular, a tornar operativo o balanço económico positivo previsto no Artigo 85.º, n.º 3 do TCEE[109].

Este enquadramento normativo, cujos aspetos principais iremos traçar, nos pontos seguintes, presidiu às primeiras décadas da aplicação do Direito da Concorrência, em particular da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência, no plano nacional e supranacional, tendo sido substituído, já no século XXI, pelo Regulamento (CE) n.° 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.° e 82.° do Tratado ("**Regulamento n.º 1/2003**")[110].

2.2.1 O Regulamento n.º 17/62 – Procedimento de Notificação, Sanções e Isenções por Categoria

O Regulamento n.º 17/62, no que releva para os propósitos deste trabalho, instituiu os mecanismos, que veremos *infra*, com maior detalhe, que marcaram, de sobremaneira, a aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência prevista no TCEE[111].

Em primeiro lugar, o Regulamento criou um sistema de aplicação da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência centrado na CE, em detrimento dos sistemas jurídicos nacionais. Esta decisão de centralização de competência na CE, em virtude do Regulamento, é particularmente digna de nota quando, como vimos, não resultava das disposições do TCEE. Na verdade, antes da entrada em vigor do Regulamento n.º 17/62, *i.e.*, antes de se ter procedido à clarificação da repartição de competências, as autoridades nacionais tinham já, nos termos do referido Artigo 88.º do TCEE, aplicado as disposições de concorrência do Tratado[112].

Esta centralidade do papel atribuído à CE pelo Regulamento n.º 17/62, sujeito apenas ao controlo judicial dos tribunais da UE, traduzia-se em várias vertentes.

[109] JOCE n.º 204/62, de 21/02/1962, p. 204 - 211.

[110] JOCE L 1/1, 04/01/2003, p. 1 – 25.

[111] Para maiores desenvolvimentos quanto a este enquadramento normativo, PATEIRA FERREIRA, 2018: 84 e ss.

[112] Como nota KELLEHER, 1967:1221.

Por um lado, foi atribuída à CE competência exclusiva para conceder isenções nos termos do Artigo 85.º, n.º 3 do TCEE, através de um sistema de notificação prévia[113]. Com efeito, os Artigos 4.º e 5.º do Regulamento n.º 17/62 estabeleciam o enquadramento para a notificação das condutas existentes, bem como das condutas que viessem a ter lugar após a entrada em vigor do Regulamento. No que respeita aos novos acordos, decisões e práticas concertadas, estes deveriam ser notificados à CE, de forma a ser proferida uma decisão nos termos do Artigo 85.º, n.º 3 do TCEE, com exceção das condutas que, pela sua natureza, seriam menos suscetíveis de afetar a concorrência e o comércio entre EM, elencadas no Artigo 4.º, n.º 2, e que se relacionavam, fundamentalmente, com condutas limitadas a um único EM, com o exercício de direitos de propriedade intelectual e com cooperação no sentido da sandardização e investigação e desenvolvimento[114].

Nos termos destas disposições, a isenção deveria operar a partir de uma data específica que não poderia ser anterior à data de notificação, com exceção das referidas condutas menos gravosas, nos termos do Artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento, cuja isenção poderia ser retroativa à data da ocorrência destas. Não existia um período máximo de isenção definido neste enquadramento normativo, apesar de, normalmente, não serem concedidas isenções por períodos superiores a dez anos[115].

---

[113] Este sistema, de autorização prévia - que não era obrigatório em relação a todas as condutas, mas teria de existir se as empresas quisessem beneficiar de uma isenção nos termos do atual Artigo 101.º n.º 3 do TFUE - aproximava-se do sistema do Tratado CECA, apesar da reduzida efetividade deste, bem como da abordagem alemã à aplicação destas disposições, e abrangia, não só os acordos, decisões e práticas concertadas vigentes após a implementação do regulamento, mas também as condutas preexistentes (que deveriam ser notificadas, em duas fases, até fevereiro de 1963).

[114] A versão portuguesa desta disposição era a seguinte: "*O disposto no n.o 1 não é aplicável aos acordos, decisões e práticas concertadas quando: 1) Neles participem apenas empresas de um único Estado-membro e tais acordos, decisões ou práticas não digam respeito à importação nem à exportação entre Estados-membros. 2) Neles participem apenas duas empresas e tais acordos tenham somente por efeito: a) Restringir a liberdade de formação dos preços ou condições de transacção de uma das partes contratantes aquando da revenda de mercadorias que adquira à outra parte contratante, ou b) Impor restrições ao exercício de direitos de propriedade industrial ao adquirente ou ao utilizador - nomeadamente patentes, modelos de utilidade, desenhos e modelos ou marcas - ou ao beneficiário de contratos relativos à cessão ou concessão do direito de usar processos de fabrico ou conhecimentos relacionados com a utilização e a aplicação de técnicas industriais; 3) Tenham apenas por objecto: a) A elaboração ou a aplicação uniforme de normas ou de tipos; b) A investigação em comum de melhoramentos técnicos, se o resultado for acessível a todos os participantes e qualquer um deles o puder explorar. Estes acordos, decisões e práticas podem ser notificados à Comissão*."

[115] Importa notar, todavia, que estas isenções foram concedidas por prazos muito díspares, incluindo, 5, 10 anos e, inclusivamente, 30 anos.

No que diz respeito à aplicação da proibição geral dos acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, o Artigo 9.º do Regulamento n.º 17/62 previa que os EM mantinham a competência neste particular, a menos que a CE iniciasse procedimentos contra as empresas em causa.

Para além desta competência exclusiva para a aplicação do Artigo 85.º, n.º 3, e da prevalência na aplicação do Artigo 85.º, n.º 1, o Regulamento n.º 17/62 previa ainda mecanismos de reforço da atuação da CE em sede de investigação neste âmbito, conferindo-lhe poderes relevantes para proceder às necessárias investigações no âmbito de processos de práticas restritivas, incluindo a apreensão de cópias de documentos e registos, bem como a inspeção das instalações e veículos da empresa, sendo que, o Artigo 11.º colocava uma ênfase particular na obrigação dos EM e das respetivas autoridades em cooperar com a CE.

Assim, com base neste regulamento, as investigações da CE podiam traduzir-se em três tipos de decisões. Uma decisão no sentido de que o Artigo 85.º, n.º 1 do TCEE não se aplicava ao caso em apreciação, uma decisão no sentido de que esta proibição seria em abstrato aplicável, mas estavam cumpridos os pressupostos do Artigo 85, n.º 3, e, finalmente, uma decisão de infração, que reconhecia a infração da proibição geral e o caráter injustificado da mesma.

Conforme já indiciado, o reforço do papel da CE, nesta fase, poderá ter resultado do facto de os EM terem, precipitadamente, subestimado o papel que as normas de concorrência desempenhariam nas comunidades europeias, perspetivando que viessem a desempenhar o papel residual que, à data, estava reservado ao Direito da Concorrência nos EMs, sendo que foi precisamente o impulso da CE, com base nas competências que lhe foram atribuídas pelo Regulamento, que propiciou o avanço do Direito da Concorrência no plano supranacional, evitando os receios de países como a Alemanha e os Países Baixos de que as normas de concorrência fossem aplicadas de forma mais estrita no seu próprio país do que em outros EMs [116].

Todavia, o sistema de notificação prévia revelou-se bastante inoperacional, tendo em conta, a amplitude da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência incluída no Tratado, o facto de se ter procurado rever também acordos já em vigor, bem como a falta de experiência

[116] *Cfr.* GERBER, 1998: 105-106 e 386-387 e PACE & SEIDEL, 2013: 71.

na aplicação de Direito da Concorrência no espaço das então comunidades económicas europeias, o que gerou um enorme afluxo de notificações, na sua maioria inócuas, e que, no início de 1963 ascendiam já a várias dezenas de milhares, um acumulado do qual a CE não iria conseguir recuperar.

Na verdade, os procedimentos eram particularmente morosos, até porque o Regulamento não previa um prazo para a emissão de uma decisão por parte da CE e, na prática, as notificantes aceitavam, na generalidade dos casos, uma *confort letter* informal, não vinculativa, que significava que *prima facie*, a conduta em causa não recaía no âmbito do Artigo 85.º, n.º 1 ou não cumpria as condições do balanço económico positivo. Para além da falta de vinculatividade, esta prática não beneficiava das garantias procedimentais de um procedimento formal, desde logo o requisito de publicação da decisão no Jornal Oficial[117].

Muitas vezes, a resposta por parte da CE só chegava em situações em que, tipicamente, o acordo estava já a ser posto em causa perante um tribunal nacional, pelo que, na prática, considerando que a decisão quanto à legalidade do acordo só era proferida, em muitas ocasiões, após a implementação deste, o sistema de apreciação *ex ante*, por parte da CE, foi, em termos práticos, transformado numa espécie de sistema impropriamente *ex post*, algo errático na sua implementação concreta, desde logo em termos de condições e prazos de isenção[118].

Este sistema era, essencialmente, desenhado para abranger acordos, práticas institucionalizadas e não, propriamente, práticas concertadas, um conceito que não teve, por este motivo, grande desenvolvimento nesta fase.

A opção pela centralidade do papel da CE está também presente na adoção, por parte da CE, de um conjunto de regulamentos de isenção por categoria, que constituem, igualmente, uma consequência das entropias geradas pelo sistema de notificação prévia, uma vez que visavam retirar da esfera da CE condutas cuja notificação individual era frequente, e que passaria a ser desnecessária, cumpridos determinados requisitos definidos pela própria CE[119].

---

[117] Note-se que uma "*comfort letter*" teria apenas de ser mencionada e não integralmente publicada. Apesar das limitações que podermos apontar a esta prática, a sua legalidade confirmada pelo TJUE, no início da década de 1990. Nesse sentido o acórdão C 31/80 – *NV L'Oréal S.A. contra PVBA De Nieuwe AMCK*, 11.12.1980.

[118] MONTAG, 1998: 819 e ss.

[119] Com efeito, o Regulamento n.º 19/65, numa fase inicial, e, posteriormente, outros regulamentos com âmbitos materiais diversos, concederam à CE competência para emitir regulamentos no sentido de excecionar, de forma

O primeiro regulamento de isenção por categoria aprovado pela CE foi o Regulamento n.º 67/67, de 22 de março de 1967, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos de exclusividade[120]. Importa notar, que, uma vez mais, todos estes regulamentos se centravam na ideia de acordos, que correspondiam ao *core* das notificações da CE, deixando, uma vez mais, a delimitação do conceito de prática concertada para segundo plano. Ademais, todos estes enquadramentos normativos tinham dois aspetos principais em comum, apesar de o conteúdo específico das isenções por categoria variar em função da matéria em causa.

Em primeiro lugar, condicionavam, tipicamente, as isenções por categoria à relevância das empresas em causa no mercado, adotando critérios de quota de mercado e de volume de negócios. Além disso, a CE podia, mediante solicitação das partes, ou por sua própria iniciativa, retirar o benefício da isenção por categoria a acordos abrangidos por esta, mas que se revelassem, em concreto, incompatíveis com as condições do Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, à época Artigo 85.º, n.º 3 do TCEE[121].

Em segundo lugar, a materialidade da isenção era especificada através da adoção de categorias formais, as chamadas "*white clauses*" e "*black clauses*". As primeiras correspondiam a condutas que, apesar de recaírem no âmbito do Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, eram excecionadas pelo regulamento, enquanto a presença das segundas, também denominadas restrições graves, ou *hardcore*, impediria, em qualquer caso, a concessão de uma isenção.

Em face do supra exposto, podemos concluir que, no primeiro período de aplicação, por parte da CE, da disposição que atualmente corresponde ao Artigo 101.º do TFUE, as prioridades na

---

global, acordos e práticas concentradas em aplicação do Artigo 85.º, n.º 3, sem necessidade de buscar a aprovação formal do Conselho JOCE L 359, 28.12.1988, p. 46–52. É interessante notar que a Itália pediu a anulação deste regulamento junto do TJUE, argumentando que estaríamos perante um abuso de poder com o objetivo de estender o escopo da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência. Este Estado Membro considerava que o regulamento correspondia a uma presunção de que os acordos não elegíveis para uma isenção por categoria seriam ilegais e que o Artigo 101.º, n.º 1 dizia apenas respeito a relações entre concorrentes e não a relações verticais, às quais podia ser aplicada a disposição relativa a abusos de posição dominante. O TJUE rejeitou esta argumentação no acórdão C-32/65 – *Itália contra CE*. Para uma perspetiva dos regulamentos de isenção por categoria como instrumentos da centralidade da CE, *vide* BELLAMY, 2017: 35

[120] JOUE L 849/67, de 25.03.1967. Subsequentemente, vieram a ser adotadas isenções por categoria abrangendo acordos de distribuição exclusiva aquisição exclusiva, distribuição de veículos motorizados, acordos de franquia, acordos de especialização, e acordos de I&D [120], bem como condutas relativas ao transporte marítimo, ao setor segurador e ao transporte aéreo.

[121] Por exemplo, nesse sentido a decisão da CE IV/31.043-*Tetra Pak I*, JOCE L 272/27, pp. 41-43.

aplicação destas disposições, a interpretação da mesma e a escassez de conceptualização do tipo normativo foram condicionadas pela existência de um sistema de notificação prévia, que despoletou uma abordagem maximalista e fluida da proibição.

Por fim, muito significativo para o que este estudo releva, o Regulamento n.º 17/62 introduziu ainda um conjunto de disposições decimplementação que conferiam um caráter sancionatório à proibição do Tratado, preenchidos, naturalmente, os requisitos desta proibição e tendo em conta, como veremos em maior detalhe *infra*, a possível existência de uma cláusula de exclusão da ilicitude.

Neste particular, cumpre relembrar que não resultava (nem resulta) do TCEE, nem das revisões subsequentes, a necessidade de sancionar administrativamente as violações do Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, prevendo-se apenas, nas disposições deste, como vimos, a nulidade, dirigida a condutas restritivas com forma jurídica, como acordos e decisões de associações deempresas, nos termos do Direito Civil, sendo, à época, patente a inexperiência na aplicação de sanções relacionadas com infrações de Direito da Concorrência no plano da UE, bem como nos EM. Com efeito, em França, a lei de 1953 não tinha motivado a aplicação de sanções e a lei alemã de 1957 não mencionava a aplicação de coimas[122].

Não obstante, o Regulamento n.º 17/62 estabeleceu que a violação do Artigo 85.º, n.º 1 do TCEE correspondia a uma infração de Direito da Concorrência suscetível de ser sancionada, nos termos do Artigo 15.º do referido Regulamento, com sanções pecuniárias, desde que o montante em causa não excedesse "*dez por centro do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infração*".

Esta disposição previa ainda, em termos algo genéricos, que se considerasse, para determinar o montante da coima, a gravidade da infração e a duração da mesma e, apesar de se reconhecer que as infrações a estas disposições poderiam ser cometidas de forma negligente ou dolosa, não dispunha de qualquer previsão estabelecendo, expressamente, que os diferentes graus de culpa deveriam ser sancionados de forma distinta.

A introdução de sanções pecuniárias no Regulamento n.º 17/62 é, uma vez mais, reminiscente do Tratado CECA e da influência norte-americana que detalhámos supra. Terá, todavia, de

[122] RIESENFELD, 1960.

considerar-se que esta disposição veio permitir que se sancionasse com coimas as infrações às disposições do TCEE que o justificassem e não, necessariamente, toda e qualquer violação das mesmas. Esta ideia resulta clara da letra das próprias disposições, que refere que a CE "***pode***, *mediante decisão, aplicar às empresas*" coimas.

A transformação, mercê do Regulamento n.º 17/62, da infração da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência numa infração sujeita a sanções pecuniárias, não foi, contudo, acompanhada de qualquer alteração do tipo normativo que a suportava e que, como vimos anteriormente, se poderia caracterizar como uma cláusula geral.

Com efeito, não foram acrescentados elementos para uma melhor compreensão da conduta que, em concreto, teria de ter lugar para que o Artigo 101.º do TCEE se considerasse infringido, não foram introduzidas precisões adicionais quanto aos factos adequados à infração, nem, consequentemente, quanto ao grau de conhecimento necessário para que se pudesse configurar uma infração dolosa ou negligente.

A ausência de maior concretização destas disposições pode explicar-se pela permanência das dificuldades em alcançar um consenso político, pelo facto de o sistema de autorização criado pelo Regulamento poder mitigar consideravelmente as sanções desnecessárias, e, finalmente, pelo entendimento de que o TJUE tinha jurisdição plena sobre as decisões de aplicação de sanções pecuniárias, pelo que, se necessário, poderia funcionar como mecanismo de correção[123].

Deste modo, o Regulamento n.º 17/62, conjuntamente com as disposições do Tratado, constituiu, com as suas virtudes e insuficiências, o enquadramento normativo essencial da aplicação da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência por parte da CE e do TJUE nas décadas iniciais de vigência desta proibição no plano comunitário, sendo que as

[123] Existiam diversos "alçapões" relevantes para limitar a aplicação de coimas. Desde logo, o Artigo 15, n.º 5 do Regulamento n.º 17/62 previa que, ainda que acordo fosse ilegal, não seriam aplicadas coimas no período entre a notificação e a decisão da CE. Dispunha ainda que os acordos existentes deveriam beneficiar de uma validade temporária até que a CE tomasse uma decisão, independentemente da terem sido notificados. O entendimento geral é o de que o TJUE tem jurisdição ilimitada na determinação da coima, mas não em relação a outros aspetos da decisão da CE. Contudo, se tivermos em consideração o Regulamento n.º 17/62, estes poderes podem ser entendidos de forma distinta. A CE poderia emitir decisões de proibição e decisões aplicando sanções. Com efeito, resulta dos considerandos "*Whereas all decisions taken by the Commission under this Regulation are subject to review by the Court of Justice under the conditions specified in the Treaty; whereas it is moreover desirable to confer upon the Court of Justice, pursuant to Article 172, unlimited jurisdiction in respect of decisions under which the Commission imposes fines or periodic penalty payments*".

opções nele tomadas, do ponto de vista da aplicação, terão, naturalmente, como veremos, reflexos na forma como a proibição foi interpretada do ponto de vista substantivo.

2.2.2 O Regulamento n.º 1/2003 – Descentralização e Modernização Institucional e Procedimental

Quatro décadas volvidas após a aprovação do Regulamento n.º 17/62, tornou-se claro que a missão deste enquadramento normativo tinha chegado ao fim e que haveria que dar lugar a soluções mais adaptadas ao contexto económico atual do que os velhos modelos de aplicação do Direito da Concorrência, marcados, como vimos, pelas disputas da Europa do pós-guerra.

Com efeito, importa notar, em primeiro lugar que, no início do século XXI, os EMs, incluindo Portugal, tinham já, ao contrário do que sucedia no período de formação da UE, normas de concorrência e autoridades de concorrência com experiência na aplicação daquelas, pelo que passou a fazer sentido uma maior partilha do ónus da aplicação do Direito da Concorrência com os tribunais nacionais e com as autoridades de concorrência nacional.

Em segundo lugar, a partir de meados dos anos 1990s, tornou-se claro que a implementação do mercado interno, combinada com a abertura e integração dos mercados numa escala global, tinha transformado a economia e propiciado a celebração de acordos crescentemente complexos, cujo resultado era difícil de prever.

Para além destas insuficiências substantivas, as questões logísticas a que aludimos anteriormente, que geraram um acumulado de vários milhares notificações, levaram a um colapso do sistema, sendo que, nos anos anteriores à cessação da vigência do Regulamento n.º 17/62, na década de 1990 do século XX, a média de notificações anuais tinha decaído radicalmente, o que denota a escassa utilidade atribuída pelas empresas a este sistema.

O substrato económico da conceção de restrição da concorrência tinha experimentado, como já indiciámos anteriormente, e veremos, mais detidamente, *infra*, desenvolvimentos relevantes desde o final da década de 1970, com a emergência de uma nova abordagem económica baseada na teoria microeconómica neoclássica, geralmente associada à Universidade de Chicago, que recolocou no centro da discussão o conceito de eficiência económica. Outras correntes

complementares da teoria económica, como a teoria dos jogos, também contribuíram para a reavaliação do potencial de dano de acordos e outros tipos de coordenação[124].

A época dos cartéis públicos e dos acordos anticoncorrenciais tinha, várias décadas volvidas após a entrada em vigor do Artigo 101.º do TFUE, chegado ao fim, tendo-se assistido ao incremento da sofisticação das condutas anticoncorrenciais e ao crescimento exponencial da aplicação do conceito de práticas concertadas, como veremos mais detidamente infra.

Deste modo, a adoção de um novo regulamento, suscetível de substituir o Regulamento n.º 17/62 na implementação das disposições de concorrência no plano da UE, inseriu-se num movimento de modernização a que faremos referência ao longo deste trabalho e que procurava assegurar um equilíbrio entre aplicação efetiva e simplificação de procedimentos[125].

O Regulamento n.º 1/2003, que entrou em vigor em 2004 e se mantém vigente na atualidade, marcou a reforma procedimental do sistema[126]. Mercê da alteração deste enquadramento normativo, operou-se a transição de um sistema de notificação prévia para um sistema de autoavaliação por parte das empresas no que ao balanço económico positivo diz respeito.

Na verdade, de entre as várias alternativas equacionadas, a CE acabou por adotar um sistema em que as exceções à proibição geral são diretamente aplicáveis, o que levou à transição para um sistema de controlo *ex-post* que abria caminho a uma abordagem mais económica[127].

Importa, por isso, analisar os aspetos mais relevantes para o nosso estudo da transformação institucional e procedimental introduzida pelo Regulamento n.º 1/2003, que podem, em nosso entender, ser divididas em dois pontos fundamentais. Por um lado, a descentralização da aplicação do Artigo 101.º do TFUE e a formalização de soluções de compromisso para a

---

[124] Para mais desenvolvimentos FORRESTER, 1999: 1028 - 1088 e WEITBRECHT 2008: 81 - 88.

[125] *Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado CE*, JOCE C 132 de 12/05/1999, p. 1.

[126] *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*, JOCE L1, 04.01.2003, p. 1.

[127] O Livro Branco analisou duas alternativas: (a) a melhoria do sistema de autorização ou (b)a adoção de um sistema de exceção diretamente aplicável. A primeira opção estava subdividida em quatro alternativas: (a) uma nova interpretação do Artigo 85.º de forma a incluir a análise dos efeitos prejudiciais e benéficos do acordo na apreciação nos termos do Artigo 85.º, n.º 1; (b) a descentralização da aplicação do Artigo 85.º, n.º 3, com a partilha das competências e a alocação de casos entre a CE e as autoridades nacionais com base no seu centro de gravidade; (c) ampliação do âmbito de aplicação do Artigo 4.º, n.º 2 do Regulamento n.º 17/62, alargando as exceções à notificação prévia ou (d) uma simplificação procedimental. Para mais desenvolvimentos *vide* WILS, 2013.

resolução de processos de infração de Direito da Concorrência e, por outro, as modificações, ou falta destas, no que concerne o sistema de aplicação de sanções atualmente vigente.

Conforme referido, a adoção do Regulamento n.º 1/2003 significou a abolição do modelo de notificação prévia anteriormente vigente. O fim do monopólio da CE na aplicação do Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE permitiu a transição para um modelo de competências paralelas, que inlui a CE e as autoridades nacionais.

Com efeito, a perspetiva adotada pelo Artigo 1.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1/2003 passou a ser a de que o Artigo 101.º do TFUE, deveria ser interpretado como uma disposição plenamente dotada de efeito direto, ao dispor que as condutas que recaem na esfera do Artigo 101.º, n.º 1, mas que cumpram as condições do Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, não devem ser proibidas, sem que seja necessária qualquer decisão prévia que o ateste[128].

Apesar da limitação de competências no que ao balanço económico diz respeito, foram conferidas à CE, nos termos do Regulamento n.º 1/2003, competências reforçadas em sede de práticas concertadas restritivas da concorrência.

Os Artigos 7.º, 8.º e 9.º concedem à CE poderes pôr termo à infração, impondo medidas não só comportamentais, mas também estruturais, para adotar decisões de aplicação de sanções, decisões de imposição de medidas provisórias e decisões de aceitação de compromissos.

Por seu turno, os Artigos 5.º e 35.º do Regulamento n.º 1/2003 passaram a conferir às autoridades de concorrência nacionais competência para aplicar o Artigo 101.º a casos individuais, em termos semelhantes ao que sucede no caso da CE (incluindo poderes para aceitarem compromissos em casos nacionais envolvendo a aplicação conjunta do Direito da Concorrência da UE), com exceção da referida decisão de inaplicabilidade prevista no Artigo 10.º do TFUE[129]. Ainda assim, as autoridades nacionais podem decidir que, em face das provas disponíveis, não se justifica a sua intervenção em determinados casos, deixando o caminho livre para intervenções da CE e de outras autoridades de concorrência, se tal for pertinente.

[128] BAILEY, 2009: 116.

[129] Esta perspetiva parece ter sido confirmada pelo TJUE no processo C-375/09 - *Prezes Urzˆdu Ochrony Konkurencji i Konsument´ow contra Tele2 Polska sp. z o.o.*, de 03.05.2011.

De referir, igualmente, que o Artigo 6.º do Regulamento n.º 1/2003 passou a permitir que os tribunais nacionais aplicassem, plenamente, o Artigo 101.º, permitindo aos litigantes arguir o Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE em litígios perante estes tribunais.

O Regulamento n.º 1/2003 passou ainda, nos termos do Capítulo IV, a prever mecanismos de cooperação entre a CE e as autoridades nacionais, desembocando na criação da rede de concorrência no plano da UE, a Rede Europeia da Concorrência (ECN - *European Competition Network*), estando também previstos mecanismos de cooperação com os tribunais nacionais[130].

Por fim, importa referir que os poderes de investigação da CE foram também desenvolvidos, passado a incluir diligências de busca e apreensão em instalações empresariais e domicílios particulares, investigações setoriais e recolha de declarações (Artigos 17.º a 21.º).

Em tese, este sistema descentralizado *ex post* propiciava, o reequilíbrio da análise entre o n.º 1 e o n.º 3 do Artigo 101.º do TFUE, sendo que o alargar da interpretação substantiva no âmbito do Artigo 101.º e do conjunto de entidades capazes de o aplicar na sua plenitude exigia, necessariamente, maior coerência no espaço da UE, que se teria de refletir, necessariamente, na interpretação dos requisitos da proibição, incluindo o requisito particularmente vago da existência de práticas concertadas.

De um ponto de vista prático, o sistema do Regulamento n.º 1/2003 permitiu libertar recursos na esfera da CE para uma aplicação centrada nas práticas mais prejudiciais não de um ponto de vista jurisdicional, mas de um ponto de vista económico, em particular no que concerne práticas suscetíveis de serem qualificadas como de cartel, como veremos mais detidamente, *infra*.

Por outro lado, o novo sistema passou a basear-se no pressuposto de que as empresas seriam capazes de quantificar a forma e os efeitos anticoncorrenciais e pró-concorrenciais das suas condutas, *i.e.*, o cumprimento do Direito da Concorrência transformou-se numa questão de gestão de risco, pressuposto este que poderia considerar-se exageradamente otimista, tendo em conta que a quantificação dos efeitos anticoncorrenciais e próconcorrenciais de uma conduta é particularmente complexa, sobretudo, sob a forma de práticas concertadas.

---

[130] Para mais desenvolvimentos *vide Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência*, Jornal Oficial n.º C 101 de 27/04/2004, p. 43 – 53 e *Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE*, Jornal Oficial n.º C 101 de 27/04/2004, p. 54 – 64.

Esta dificuldade em termos de *self assessment* foi reconhecida pela CE que, como veremos *infra*, emitiu diversas orientações e comunicações visando precisamente facilitar este exercício, não obstante, em alguns casos, ter utilizado como base a prática decisória e jurisprudência anterior no plano da UE.

Esta mudança de paradigma foi acompanhada por um movimento, sem precedentes, de produção de *soft law* por parte da CE, no sentido de contrabalançar a dispersão que poderia resultar do movimento de descentralização e do modelo de autoavaliação por parte das empresas, permitindo também às autoridades nacionais utilizarem um referencial comum na aplicação descentralizada das normas do Tratado e permitiram uma grande produção e divulgação de pensamento económico[131].

Este movimento de reforma forneceu, também, o contexto para a implementação ou revisão de outros procedimentos, que vimos, anteriormente, serem deficitários, entre os quais a revisão das orientações aplicáveis ao cálculo das coimas e o desenvolvimento de procedimentos negociais como a clemência e a transação, de forma a potenciar a investigação e o desmantelamento de cartéis secretos[132]. Apesar de, tecnicamente, as orientações da CE não configurarem normas, nem serem vinculativas para os EMs, existe uma expectativa legítima de que a CE siga as suas próprias orientações, sendo o impacto prático destes documentos muito superior ao seu valor jurídico, em sentido estrito[133].

---

[131] Para além do Regulamento n.º 1/2003, o pacote de modernização incluía o *Regulamento n.º 773/2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.° e 82.° do Tratado CE*; a *Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência*; *Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE*; *Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE*; *Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais*; *Comunicação da Comissão — Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.° e 82.° do Tratado*; e *Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.° 3 do artigo 81.° do Tratado*.

[132] *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, JOUE 2006/C 210/02*; *Regulamento (CE) n.º 622/2008 da CE de 30 de junho de 2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transacção nos processos de cartéis*; e *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Para uma enunciação mais exaustiva dos documentos de *hard* e *soft law* produzidos pela CE *vide* PATEIRA FERREIRA, 2018: 129 e ss.

[133] *Orientações relativas ao Artigo 101.º, n.º 3*, parágrafo 4.

De entre as orientações emitidas pela CE no período após entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, que analisaremos, de forma substantiva, apenas na Parte II do nosso trabalho, relevam, desde logo, as Orientações relativas ao Artigo 81.º, n.º 3 do TCE, atual Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, publicadas em 2004, e que, de forma surpreendente, ainda se mantêm em vigor, uma vez que, considerando o momento em que foram publicadas, tiveram por base, necessariamente, a jurisprudência e a prática decisória anteriores à implementação do movimento de reforma da aplicação do Direito da Concorrência[134].

No que respeita à questão das práticas concertadas as orientações limitam-se a remeter para o acórdão *Anic*, a que voltaremos infra, ao referir que "*os tribunais europeus definiram «acordos», «decisões» e «práticas concertadas» como conceitos de direito comunitário que permitem estabelecer uma distinção* ***entre conduta unilateral de uma empresa no mercado e coordenação de comportamento ou colusão entre empresas***"[135].

Quanto à apreciação conducente à inclusão de uma conduta no n.º 1 do Artigo 101.º do TFUE, estas orientações, cujo objetivo é traçar as condições de aplicação do n.º 3 do mesmo artigo, são bastantes circunscritas, limitando-se a relembrar o quadro analítico de base para a aplicação desta disposição, a que voltaremos, de forma mais detida, *infra*.

Foram também publicadas, pela CE, *Orientações relativas às Restrições Verticais* ("**Orientações Verticais**"), que substituíram as orientações relativas à cooperação entre empresas em diferentes estádios do processo produtivo ou da cadeia de distribuição, emitidas pela CE, em 2000[136]. Estas orientações afiguram-se, pelo menos em termos cronológicos, uma abordagem já mais enquadrada com o cenário pós-modernização, uma vez que entraram em vigor após a revogação do Regulamento n.º 2790/1999 pelo Regulamento n.º 330/2010, que consagra a isenção por categoria atualmente aplicável a relações verticais[137].

Nestas orientações, a CE reconhece que as restrições verticais são, em geral, menos prejudiciais para a concorrência do que as restrições horizontais, podendo proporcionar uma margem

[134] Para mais desenvolvimentos, *vide* PATEIRA FERREIRA, 2018: 237 e ss.

[135] Parágrafo 14.

[136] *Comunicação da Comissão - Orientações relativas às restrições verticais*, JOUE C 291 de 13.10.2000.

[137] *Regulamento CE n.º 330/2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.o 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas,* JOUE L 102, 23.4.2010, p. 1–7.

significativa para ganhos de eficiência, conjugando, igualmente, referências à necessidade de atingir um mercado interno "*integrado*" e com menções aos consumidores, não fazendo referência especificamente à [138].

Por seu turno, as *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal* ("**Orientações Horizontais**"), publicadas em 2011, a que voltaremos detidamente *infra*, não têm, ao contrário das orientações verticais, antecedentes na produção de *soft law* da CE, e parecem adotar uma abordagem mais complexa[139].

A delimitação da existência de práticas concertadas merece uma consideração mais detida, relacionada com a problemática particular dos intercâmbios de informação, a que voltaremos na Parte II do nosso trabalho.

A CE publicou, também, neste período, instrumentos de *soft law* relativos às restrições *de minimis*, uma abordagem que resultava, como veremos, da jurisprudência dos tribunais da UE, em particular do acórdão *Völk*, na medida em que se passou a exigir, à semelhança do que vimos suceder nos EUA, relativamente à *Section 1* do *Sherman Act*, que a restrição de concorrência por objetivo ou por efeito fosse "sensível".

Em 2004, após a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, a CE autonomizou a questão da afetação do comércio comunitário da questão da afetação sensível da concorrência, ao publicar as suas *Orientações relativas à afetação do comércio entre os Estados Membros*, esclarecendo que "*as presentes orientações não abordam a questão de saber o que constitui uma restrição sensível da concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º*"[140]. Esta confusão de planos poderia resultar, não só da jurisprudência do TJUE no acórdão *Völk*, a que também nos referiremos *infra*, mas também da comunicação da CE relativa às restrições *de minimis* de 2001, que incluía uma breve referência à questão da afetação do comércio comunitário[141].

---

[138] Orientações Verticais, parágrafo 6 e 7.

[139] *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, JOUE 2011/C 11/01, de 14.01.2011.

[140] *Comunicação da Comissão — Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.° e 82.° do Tratado*, JOUE n.º C 101 de 27/04/2004, p. 81 – 96, parágrafo 4.

[141] *Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º do Artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia*, JOUE n.º C 368 de 22.12.2001, p. 13-15, parágrafo 3.

Ademais, a CE publicou, também, em complemento à revisão da Comunicação *de minimis*, um conjunto de orientações quanto ao conceito de restrições "*by object*" para efeitos de determinar os acordos que podem beneficiar da Comunicação *de minimis*, sendo que este documento tem suscitado algumas reservas, que nos dispensámos de aprofundar neste ponto[142].

Por fim, no que respeita à questão central do enquadramento sancionatório do Artigo 101.º do TFUE, o Capítulo IV do Regulamento n.º 1/2003 passou a utilizar unicamente como limiar de aplicação de coimas percentagens dos volumes de negócios das empresas infratoras. Nos termos do Artigo 23.º, n.º 2 do Regulamento, a CE pode aplicar coimas a empresas que "deliberadamente ou por negligência" infrinjam o Artigo 101.ºdo TFUE, coima essa que "*não deve exceder 10% do volume de negócios realizado no ano precedente*". Uma vez mais, são apontados como critérios de determinação do montante das coimas "*a gravidade e a duração da infração*".

Na verdade, estranhamente, as disposições relativas à aplicação de sanções não mereceram particular debate, tendo sido introduzidas na preparação do Regulamento n.º 1/2003, após o Comité Económico e Social ter realçado a necessidade de a aplicação de sanções ser regulada simultaneamente à entrada em vigor do Regulamento revogando o sistema de notificação prévia do balanço económico positivo e, existindo, inclusivamente, sugestões no sentido da preparação de um regulamento autónomo nesta matéria[143].

Esta ausência de debate parecia, em grande medida, derivar de um certo subestimar da complexidade das condutas às quais esta disposição podia ser aplicada, bem como dos princípios associados às decisões sancionatórias. Com efeito, a este propósito, o Diretor-Geral da Concorrência à época assinalou que: *"Some commentators on the White Paper argue that the Commission's reform proposal increases the risk of unforeseeable fines due to a lack of predictability in the new system. It should first be noted that it is a long-standing practice of the Commission to impose fines* ***only in cases where it has been clearly established, either in***

[142] *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice,* disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[143] *Vide* este relatório disponível em http://archives.eui.eu/en/files/inventories/15313?d=inline (consultado em 11 de maio de 2019).

horizontal instruments or in prior case law or administrative practice, that certain behavior constitutes an infringement of the antitrust rules *(…) this policy will not change*"[144].

HAWK, por exemplo, parecia alinhar pelo mesmo diapasão, ao considerar que existia "certeza legal" relativamente às condutas que resultariam em coimas, reconhecendo, contudo uma "*significant uncertainty about the amount of fines that will be imposed in a particular case*"[145].

Esta perspetiva otimista estava, em grande medida, incluída no Livro Branco, e, conjugada com as dificuldades negociais desta matéria, provavelmente explica por que é que o Regulamento n.º 1/2003 não foi elaborado de forma a desenvolver, em maior detalhe, a proibição presentemente incluída no Artigo 101.º do TFEU.

Na verdade, apesar dos desenvolvimentos registados nas quatro décadas de aplicação do Regulamento n.º 17/62, a experiência da CE era, à data da publicação do Regulamento n.º 1/2003, muito limitada, em particular em termos sancionatórios[146].

Assim, a preparação deste enquadramento normativo não parece ter sido especialmente sensível às observações de autores como FORRESTER, que chamavam a atenção para a necessidade de compatibilizar o sistema de sanções no plano da UE com a CEDH, com anterioridade a qualquer revisão do Regulamento n.º 17/62[147].

Em face do *supra* exposto, os enquadramentos normativos de implementação da proibição do Artigo 101.º do TFUE não contrariaram o caráter geral desta, sendo que teremos de ponderar, ao longo deste trabalho se não terão, ademais, em conjugação com a atuação da CE neste campo, adicionado elementos de complexidade e de incerteza à aplicação desta disposição.

[144] SCHAUB, 2001.

[145] HAWK, 2001: 129-145.

[146] SIRAGUSA, 1999.

[147] FORRESTER, I, 1999: 1075.

3. A PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA DO PONTO DE VISTA NORMATIVO EM PORTUGAL

A génese do Direito da Concorrência em Portugal, e, em particular, da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, é, conforme demonstraemos *infra*, amplamente tributária dos desenvolvimentos no plano da UE.

Podemos, todavia, à semelhança de autores como MOURA E SILVA, tentar encontrar os antepassados longínquos das disposições de concorrência em Portugal na proibição de práticas de açambarcamento (*i.e.*, a aquisição desproporcionada de bens de primeira necessidade numa situação de notória escassez ou com prejuízo do regular abastecimento do mercado), bem como nos Artigos 276.º e 278.º do Código Penal de 1852, que tipificavam, respetivamente, o crime de monopólio como correspondendo ao uso de meios fraudulentos para conseguir alterar os preços que resultariam da natural e livre concorrência (e que incluia a monopolização em coligação com outros) e o crime de conluio e violências em arrematações[148]. Todavia, estas disposições eram motivadas por objetivos de manutenção do abastecimento do mercado e de ordem pública, como vimos existir noutras jurisdições europeias, e parecem ter conhecido pouca ou nenhuma implementação prática.

O cenário no século XX, pelo menos até meados dos anos 1980, permaneceu inalterado, apesar de ALBERTO XAVIER encontrar na Constituição de 1933, em particular no n.º 7 do Artigo 8.º, que consagrava a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria e comércio, a consagração implícita do princípio da livre concorrência. No entanto, a orientação corporativa do sistema político era, na verdade, avessa à lógica liberal da concorrência. Nesse sentido, o Artigo 34.º da referida Constituição fazia menção à prevenção da concorrência desregrada, com o aparente objetivo de evitar uma fragmentação excessiva das unidades económicas, uma ideia que seria desenvolvida, por exemplo, através das medidas de condicionamento industrial que tiveram o seu apogeu, na década de 40[149].

[148] MOURA E SILVA, 2008:41 e ss.

[149] XAVIER, 1970.

Neste contexto, a primeira lei sobre as coligações económicas, de 1936, estava ao serviço de objetivos de monitorização do mercado e não de promoção da concorrência entre operadores e refletia a tendência, observada por GERBER noutros estados europeus, de privilegiar a via administrativa de aplicação do Direito da Concorrência, prevendo-se a dissolução, por parte do Estado, das coligações entre empresas, mas repudiando-se a intervenção judicial e a aplicação de sanções neste âmbito[150].

A segunda iniciativa legislativa neste domínio, o Decreto-lei n.º 44016, de novembro de 1961, cujo objetivo era promover a "*integração económica no espaço português*", bem como a terceira, a Lei n.º 1/72, tiveram igual sorte, no que respeita à absoluta falta de aplicação prática, por ausência de regulamentação[151]. Não obstante, esta última tentativa de enquadramento normativo em matéria de concorrência merece uma menção particular, por procurar estabelecer alguns pontos de contacto com o direito comunitário então vigente, *v.g.*, na enumeração de condutas suscetíveis de serem consideradas anticoncorrenciais, bem como na consagração da possibilidade de justificar algumas dessas práticas por razões de interesse geral.

Após um período de conflito, em Portugal, entre o modelo de economia de mercado e o modelo de economia planificada, passou a incluir-se, no plano constitucional, após a revisão constitucional de 1982, em grande medida devido à opção pela integração europeia, uma alínea adicional no Artigo 81.º da CRP (a alínea f), consagrando, como atribuição do Estado, a promoção da concorrência entre empresas[152].

---

[150] Neste sentido, GERBER, 1998. A lei de 1936 considerava ilegais os "*acordos, combinações e coligações*", que tivessem por objetivo "*restringir abusivamente a produção, o transporte ou o comércio dos bens de consumo*", conforme referido na Base IV, ou "*elevar ou baixar exageradamente os preços dos bens de consumo comum, ou diminuir fraudulentamente a sua qualidade*", nos termos da Base V. A Base III contemplava a possibilidade de ordenar a dissolução de "*coligações económicas cuja atividade fosse contrária aos objetivos da economia acional corporativa*", sendo, nos termos da Base VI, estes comportamentos proibidos eram classificados como ilícitos criminais e punidos com pena de multa ou de prisão. Estando a eficácia desta lei estava condicionada à existência de regulamentação para o efeito, que nunca entrou em vigor, uma vez que não foi empreendido qualquer esforço nesse sentido. Para mais desenvolvimentos, NOGUEIRA LEITE, 1996.

[151] Este diploma censurava apenas os comportamentos individuais ou coletivos que tivessem por objetivo prejudicar as condições normais de concorrência entre os diversos territórios nacionais, considerando-os como crimes públicos. A repartição geográfica de mercados, os preços discriminatórios e os preços predatórios eram, nos termos do diploma, "especialmente considerados", sem que, ao contrário da lei de 1936, se limitasse o seu âmbito material de aplicação aos bens de consumo.

[152] Na sua redação atual o artigo 81.º, alínea f), estabelece que compete ao Estado *"assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*". O artigo 99.º estabelece que, entre os objetivos da política comercial, incluem-se "a concorrência salutar

Foi já no quadro constitucional revisto que passou a vigorar, pela primeira vez, em Portugal, uma lei da concorrência em moldes semelhantes aos vigentes na Europa então comunitária, o Decreto-lei n.º 422/83, aprovado na iminência da entrada em Portugal na CEE[153].

Este enquadramento legal, apesar de excluir, de forma pouco ortodoxa, do seu âmbito de aplicação alguns setores fundamentais da economia, marca o momento de viragem em termos de aplicação do Direito da Concorrência em Portugal, com base em disposições nacionais muito próximas das normas comunitárias nesta matéria.

Este enquadramento normativo abrangia não só verdadeiras práticas anticoncorrenciais, incluindo disposições equivalentes aos então Artigos 85.º e 86.º do TCE, que correspondem aos atuais Artigos 101.º e 102.º do TFUE, - prevendo, respetivamente, a proibição de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas e abusos de posição dominante -, mas também, por influência francesa, um certo número de impropriamente designadas "práticas individuais restritivas da concorrência" (*v.g.*, a imposição de preços mínimos, a aplicação de preços ou condições de venda discriminatórias e a recusa de venda, nos termos do Artigo 3.º)[154].

Relativamente à proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência, o Artigo 13.º do Decreto-lei n.º 422/83 incluía uma formulação próxima do então Artigo 85.º do TCEE, com exceção, naturalmente, do requisito da suscetibilidade de afetar o comércio entre os EM, substituído internamente pela verificação de uma restrição da concorrência "*no todo ou em parte, do mercado nacional de bens e serviços*". Existia ainda na letra da disposição nacional a menção, algo redundante, aquando da referência a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas proibidas, à irrelevância da forma ("*qualquer que seja a forma que revistam*").

dos agentes mercantis" e o "*combate às atividades especulativas e às práticas comerciais restritivas*". Foi também neste período, ainda que no quadro constitucional pré-revisão constitucional de 1982, foi criada, pelo Decreto-lei n.º 293/82, de 27 de julho, a DGCP, integrada no Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas e por isso desprovida de independência e autonomia.

[153] *Cfr*. CRUZ VILAÇA & CARAMELO GOMES, 2013.

[154] MOURA E SILVA, 2008: 42 e ss. Estas disposições fazem, atualmente, parte de um regime jurídico autónomo, o regime das práticas individuais restritivas do comércio, previsto no Decreto-Lei n.º 166/2013. de 27 de dezembro

No que diz respeito, especificamente, ao requisito da restrição da concorrência, o Artigo 13.º do Decreto-lei n.º 422/83, devido a um aparente erro de tradução, referia-se a "objeto restritivo da concorrência" em lugar de "objetivo restritivo da concorrência", conforme consta da versão portuguesa atual do Artigo 101.º do TFUE, uma dissonância terminológica que permaneceu nos enquadramentos normativos subsequentes e persiste na atual Lei da Concorrência, e a que voltaremos, necessariamente, *infra*[155].

Tal como vimos suceder no TCEE, foram incluídos na disposição nacional exemplos-padrão de condutas proibidas. Estes exemplos fornecidos no corpo do artigo correspondiam, essencialmente, às alíneas que constavam da disposição comunitária e que se mantêm inalterados no TFUE, com exceção do exemplo relativo à recusa injustificada de compra ou venda de bens e da prestação de serviços, que constava apenas do enquadramento normativo nacional.

No que se refere ao balanço económico positivo, o Artigo 15.º do Decreto-lei n.º 422/83 tinha a particularidade de prever a aplicação do balanço económico positivo, por inspiração francesa, a condutas bilaterais e unilaterais.

Esta disposição previa ainda a necessidade de regulamentar os critérios de aplicação desta disposição, bem como o estabelecimento de um sistema de notificação prévia com vista à obtenção de uma decisão de inaplicabilidade do Artigo 13.º.

Os processos relativos a práticas restritivas seguiam a tramitação dos processos de contraordenações, prevista, em termos gerais, no RGCO, o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, sendo previstas coimas no montante de 50 mil contos (cerca de 250 mil euros) para as infrações mais graves. Apesar de o sistema de sanções ter sido alterado, como veremos infra, o enquadramento contraordenacional dos processos de práticas restritivas da concorrência haveria de manter-se inalterado até à atual Lei da Concorrência.

A competência para a aplicação da primeira legislação da concorrência vigente em Portugal foi entregue a um conjunto de organismos com limitações em termos de independência do poder político, recursos disponíveis e no plano da especialização técnica[156].

[155] MENDES PEREIRA, 2009: 102.

[156] Por um lado, à DGCP competia propor à tutela as medidas adequadas ao restabelecimento da concorrência, bem como identificar práticas restritivas e instruir os respetivos processos e, por outro, a decisão destes processos

Este enquadramento normativo, bem como a Lei n.º 428/88, de 19 de novembro, que instituiu - *a posteriori*, no plano nacional, à semelhança do que havia sucedido no plano da UE - um regime de controlo de concentrações, foi substituído, em 1993, em matéria de concorrência, pelo Decreto-lei n.º 371/93, de 29 de outubro[157].

Este regime, embora de forma mais circunscrita, continuou a não ser aplicável a todos os setores da economia, mantendo-se a não sujeição das empresas concessionárias de serviços públicos às disposições internas de concorrência.

A proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, agora incluída no Artigo 2.º, era idêntica à disposição correspondente da legislação revogada, o mesmo sucedendo com o Artigo 5.º, que previa a implementação de um procedimento de avaliação prévia da verificação do balanço económico positivo, por parte do CC, mas que deixou de se aplicar ao abuso de posição dominante.

O quadro institucional de aplicação do Direito da Concorrência, que conjugava a DGCP e o CC, permanecia frágil, não obstante, o montante máximo das coimas foi incrementado para 200 mil contos (cerca de 1 milhão de euros).

O reconhecimento progressivo das insuficiências da legislação de 1993, a que se somaram as modificações antecipadas pela reforma do sistema comunitário, ocasionou o surgimento de iniciativas com vista à preparação de um novo enquadramento normativo em matéria de Direito da Concorrência[158].

Embora a legislação, fosse considerada, de uma forma geral, correta, existiam várias críticas do ponto de vista adjetivo, mormente no que concerne a operacionalização das entidades de aplicação, aos recursos judiciais e à inexistência de sanções suficientemente desincentivadoras das práticas[159].

---

competia ao CC, composto por um magistrado, que presidia ao Conselho, e por quatro vogais. O CC dispunha ainda de poderes consultivos perante o ministro responsável pelo comércio e turismo, bem como o poder de lhe propor orientações nesta matéria. No plano institucional previa-se ainda a existência Comissão Consultiva de pendor corporativo, incluindo representantes da indústria, da agricultura, do comércio e dos consumidores.

[157] As práticas restritivas do comércio passaram a ser reguladas pelo Decreto-lei n.º 370/93.

[158] CRUZ VILAÇA, 2006: 19.

[159] Uma das principais insuficiências passava pela inexistência de uma entidade desgovermentalizada à qual fossem dadas condições de independência e de estatuto pelo menos ao mesmo nível das mais independentes entidades reguladoras existentes. Na verdade, estas caraterísticas não estavam reunidas pela DGCP que misturava

Ao mesmo tempo que a insatisfação interna em relação ao regime da concorrência vigente crescia, começavam as movimentações no sentido da substituição do Regulamento n.º 17/62 e da reforma do sistema da UE que, como vimos, implicava a descentralização da aplicação do Artigo 101.º do TFUE, reforçando, assim, as competências das autoridades nacionais.

Este novo paradigma exigia que as autoridades nacionais se constituíssem numa rede de cooperação horizontal, bem como o aprofundamento do peso institucional, das competências e da dotação de recursos financeiros e humanos. A urgência desse processo em Portugal foi reiterada pela OCDE nos seus *Études Economiques de l'OCDE*, ao considerar "*il faudrait que l'autorité de la concurrence soit plus active et plus independente*"[160], bem como pelo Conselho Europeu que recomendava "*a redução dos auxílios estatais e a tomada de medidas no sentido de aproximar a legislação portuguesa de concorrência da legislação da EU e o reforço da independência das autoridades em matéria de concorrência*"[161].

Consequentemente, forças internas e externas levaram a que, dez anos após o início da respetiva vigência, o Decreto-Lei n.º 371/93, desse lugar à Lei n.º 18/2003, de 11 de junho que marcou, como veremos a viragem decisiva na aplicação do Direito da Concorrência em Portugal, e por consequinte, também da aplicação da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência.

Nesse contexto, foi adotado um novo modelo institucional de aplicação do Direito daConcorrência, em virtude da criação, pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, da AdC, tendo, subsequentemente, sido aprovada a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, a nova lei da concorrência, que se aplicava, pela primeira, vez a todos os setores da economia[162].

O regime da concorrência de 2003, no que respeita à proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência, manteve, no essencial, o teor literal da proibição, tendo apenas introduzido,

---

a competência em matéria de Direito da Concorrência com outras competências em matéria comercial, como, por exemplo, entre outras, a concessão de autorização para a abertura de estabelecimentos comerciais. Os membros do CC, por seu turno, não tinham dedicação exclusiva a estas funções e tinham um estatuto remuneratório não compatível com a relevância das suas decisões. PITA BARROS & MATA, 1998.

[160] FERREIRA, 2000: 17-30.

[161] Recomendação do Conselho de 19.06.2000 sobre as orientações gerais das políticas económicas dos Estados-Membros e da Comunidade, 2000/517/CE, JO L 210, 21.08.2000.

[162] Posteriormente alterada pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de novembro, e complementada pelo regime de clemência, aprovado pela Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto.

no Artigo 4.º, uma expressa cláusula *de minimis*, ao exigir que os acordos ou práticas concertadas tivessem por objeto (utilizando a tradução incorreta das normas do tratado) ou como efeito "*restringir de forma sensível*" a concorrência[163].

O Artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, que incluía os requisitos de aplicação do balanço económico positivo, continuou a prever, apesar das críticas, um mecanismo de apreciação prévia da verificação destas condições por parte da AdC, acrescentando que os regulamentos de isenção por categoria implementados no plano da UE seriam aplicáveis aos acordos e práticas restritivas da concorrência, abrangidos pela legislação nacional[164].

No que diz respeito ao sistema sancionatório, manteve-se a sujeição dos processos de práticas restritivas ao regime das contraordenações, sendo introduzidas, pela primeira vez, coimas fixadas em percentagem do volume de negócios das empresas infratoras, em lugar de coimas correspondentes a um montante fixo, cuja determinação tinha em conta a gravidade da infração, as vantagens dela resultantes e a colaboração com a AdC.

A Lei n.º 18/2003, apesar de ter sido marcada pelo impulso de reforma da aplicação do Direito da Concorrência no plano da UE, entrou em vigor antes do início da vigência do Regulamento n.º 1/2003, do Regulamento n.º 139/2004 (relativo ao procedimento de controlo de concentrações), bem como dos vários instrumentos de *soft law*, a que fizemos referência anteriormente.

Por consequência, a experiência subsequente da aplicação do Direito da Concorrência no cenário pós-modernização tornou crescentemente necessária a introdução de ajustes no regime jurídico nacional. A revisão do regime jurídico da concorrência foi também motivada pela experiência entretanto acumulada na aplicação do Direito da Concorrência pela AdC, e, sobretudo, pelo Memorando de Entendimento entre a CE, o BCE e o FMI, que entendeu ser necessária a revisão do enquadramento jurídico da concorrência, após cerca de uma década de vigência[165].

---

[163] CRUZ VILAÇA, 2006: 35.

[164] Para mais desenvolvimentos, MENDES PEREIRA, 2009: 129.

[165] Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidade de Política Económica, de 17 de maio de 2011, disponível em http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

Neste contexto, foi aprovada a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a Lei da Concorrência atualmente vigente. Este novo regime jurídico alargou os poderes de investigação da AdC, em particular no que diz respeito a práticas restritivas, prevendo, não só a realização de diligências de busca e apreensão nas instalações e equipamentos das empresas, bem como no domicílio dos seus colaboradores. Foram ainda integrados neste enquadramento normativo regimes jurídicos que não estavam previstos ou estavam previstos de forma distinta no plano nacional, como o arquivamento, com condições, de processos de práticas restritivas, a transação em fase de inquérito e em fase de instrução, o regime da clemência e a possibilidade de imposição de medidas estruturais[166].

A letra da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, agora incluída no Artigo 9.º da Lei da Concorrência, manteve-se muito similar ao Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, com exceção da referência expressa à sensibilidade da restrição da concorrência, da menção a objeto em lugar da referência a objetivo e do requisito da afetação do mercado nacional, em lugar do mercado interno.

A única alteração relevante nesta disposição corresponde à harmonização operada entre os exemplos padrão incluídos no Artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência e as várias alíneas do Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, em particular em virtude da supressão da alínea relativa à recusa de venda[167].

Deste modo, a letra do Artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência é a seguinte:

"*1 - São proibidos os acordos entre empresas, **as práticas concertadas entre empresas** e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:*

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

[166] Para mais desenvolvimentos *vide* CAIMOTO DUARTE & FARIA, 2012, p. 492 e ss.

[167] GORJÃO HENRIQUES & ANASTÁCIO, 2013:100.

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos."

Relativamente ao Artigo 10.º da Lei da Concorrência, que prevê o balanço económico positivo, importa notar que, à semelhança do que já havia sucedido no plano da UE, foi, por fim, neste enquadramento normativo o mecanismo de avaliação prévia em sede de balanço económico positivo, tendo-se consagrado expressamente que cabe aos operadores económicos realizarem a sua própria autoavaliação.

Deste modo o Artigo 10.º da Lei da Concorrência dispõe que:

"1 - Podem ser considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;
b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos;

c) Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

2 - Compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas no número anterior."

A preocupação de harmonização das disposições internas com o direito da UE está também presente no n.º 3 do Artigo 10.º da Lei da Concorrência, que considera justificadas as condutas que, embora não afetando o comércio entre os EM, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, não obstante se prever, no n.º 4, que a AdC pode retirar o benefício referido no número anterior

se verificar que, em determinado caso, uma prática abrangida produz efeitos incompatíveis com os requisitos do n.º 1.

Em face do *supra* exposto, podemos concluir que a génese e o aperfeiçoamento da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, em Portugal, foram sempre marcados pela influência das disposições de concorrência da UE, tanto em termos de direito originário, como em termos de direito derivado.

Conforme refere PATEIRA FERREIRA, a identidade material entre as normas nacionais e europeias aplicáveis aos acordos entre empresas deve ser assinalada, tal como o modo como são aplicadas, tanto pelas autoridades administrativas responsáveis, como pelos tribunais nacionais no âmbito da fiscalização das decisões de proibição proferidas pela AdC desde 2003[168].

Após um cenário inicial de alguma hesitação, resultante, em grande medida, da falta de experiência interna em termos do livre funcionamento da economia de mercado, bem como da regulação económica, o enquadramento normativo e institucional foi-se paulatinamente aproximando do paradigma da UE, com algumas nuances, veremos se relevantes, em termos de direito subsidiário aplicável. Consequentemente, resulta claro desta proximidade normativa e institucional que as orientações que pudermos extrair da análise da prática decisória da CE e da jurisprudência dos tribunais da UE terão aplicação à interpretação das normas internas.

4. A PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA DO PONTO DE VISTA SUBSTANTIVO

Decorre, dos capítulos anteriores, a amplitude do enquadramento normativo aplicável à proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência no plano da UE e no plano nacional, compreendendo o direito aplicável ao procedimento e às sanções, quanto à densificação das condutas proibidas pela disposição, incluindo, no que para este estudo releva, a configuração do que poderia consubstanciar uma prática concertada.

[168] PATEIRA FERREIRA, 2018: 293.

Deste modo, de uma forma paralela ao que tínhamos visto suceder, no Capítulo 1, no que concerne o ordenamento norte-americano, em que a exiguidade das normas proibitivas era ainda mais manifesta, desde o início que ficou claro, em particular após a aprovação do Regulamento n.º 17/62, que a densificação das disposições em causa caberia aos aplicadores destas, em particular ao TJUE.

Esta tarefa era ainda, no contexto europeu, simultaneamente, mais necessária e mais complexa, uma vez que a amplitude das normas do Artigo 101.º e dos respetivos regulamentos contrariava a tendência mais normativa e menos jurisprudêncial dos sistemas jurídicos romano-germânicos, resultando de dificuldades práticas em gerar consensos mais precisos entre os EM.

Na verdade, nas primeiras décadas de vigência do TCEE, pese embora a atividade da CE, mas também em virtude da parcimónia argumentativa desta, enredada nas dificuldades logísticas dos processos de notificação, a generalidade dos princípios que temos como essenciais na aplicação do Direito da Concorrência, e à proibição de acordos de práticas concertadas restritivas da concorrência, podem reconduzir-se, como veremos, à jurisprudência dos tribunais da UE[169]. Não obstante, a prática da CE tornou-se mais intensiva e abrangente, de um ponto de vista quantitativo e qualitativo, como veremos em maior detalhe *infra*, após o processo de modernização, com a aplicação de coimas que ascenderam a montantes até então sem paralelo, e alargando sua intervenção a áreas relativamente inexploradas, como o intercâmbio de informação, anúncios públicos de alterações nos preços, aos acordos *pay-for-delay* celebrados, frequentemente, nos últimos anos, entre empresas farmacêuticas e produtores de genéricos, e mais, recentemente, aos mercados digitais[170].

A intervenção dos tribunais da UE, numa fase inicial, apenas o TJUE, e posteriormente também o TPI, atual TG, teve e tem lugar através de duas vias fundamentais que, muitas vezes, têm

[169] GERBER, 1994: 351. As primeiras intervenções do TJUE em matéria de concorrência, na década de 1960, surgiram num contexto de algumas hesitações quanto ao processo de integração europeia, em especial por parte da França do General De Gaulle, e foram também, na década de 1970, importantes para afirmar o projeto europeu, num contexto de dificuldades económicas, de desenvolvimento assimétrico e de divergências em termos de tradição jurídica no âmbito das comunidades. Para mais desenvolvimentos, WESSELING, 2000: 32-33.

[170] Caso AT.39685 – *Fentanyl*, decisão disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39685/39685_1976_7.pdf Processo AT.39226 — Lundbeck, decisão disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39226/39226_8310_11.pdf [consultado em 11 de maio de 2019]

impacto no maior ou menor aprofundamento da decisão judicial. Por um lado, a via do reenvio prejudicial, nos termos do Artigo 267.º do TFUE, em que o TJUE é chamado, pelos tribunais dos EM, a orientar a interpretação do direito da UE (incluindo o Artigo 101.º do TFUE) e, por outro, a via dos recursos de anulação, nos termos do Artigo 263.º do TFUE, em que os tribunais da UE, atualmente em duas instâncias, são chamados a sindicar as decisões da CE em sede de processos de práticas restritivas da concorrência, conduzidos, atualmente, nos termos do Regulamento n.º 1/2003 e, no período anterior, nos termos do Regulamento n.º 17/62[171].

Consequentemente, cada um dos requisitos da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência foi densificado pelos tribunais da UE, secundados, em maior ou menor medida, e, por vezes, com uma décalage temporal significativa, pelos aplicadores nacionais. Vejamos, em maior detalhe, a construção jurisprudencial e dinâmica dos requisitos da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, em que o requisito da existência de uma prática concertada se insere.

4.1 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL E DINÂMICA DOS REQUISITOS DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Após termos feito, nesta parte inicial, uma digressão pelos enquadramentos normativos aplicáveis, bem como pelo enquadramento institucional da aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas na concorrência, no plano nacional e da UE, vamos apreciar os

[171] Nos termos do Artigo 267.º do TFUE *"O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. (...)"*.

Já o Artigo 263.º do TFUE dispõe que: *"O Tribunal de Justiça da União Europeia fiscaliza a legalidade dos atos legislativos, dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Para o efeito, o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão.(...) Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. (...)"*

pressupostos da aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, a que nos referiremos neste capítulo introdutório, de forma não exaustiva, de modo a enquadrar e estabilizar o contexto relevante para a análise do requisito do que pode constituir uma prática concertada para efeitos de Direito da Concorrência, no plano nacional e da UE.

Na verdade, só após os esforços normativos e interpretivos que descrevemos *supra* foi possível conferir um conteúdo material mínimo à proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, entre empresas, que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os EM e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno ou no plano nacional.

4.1.1 O Conceito de Empresa

Em primeiro lugar, importa clarificar o conceito de empresa para efeitos da aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, uma vez que esta, como decorre do TFUE e da Lei da Concorrência, se aplica a empresas, e a associações de empresas, não obstante as disposições nacionais, como veremos, preverem sanções para pessoas individuais.

Em primeiro lugar, realçamos que o Direito da Concorrência tem adotado um conceito lato de empresa, relegando para um plano secundário os elementos jurídico-formais. Neste sentido, não apresenta qualquer relevância, neste âmbito, a existência ou inexistência de personalidade jurídica, mas, ao invés, o reconhecimento de uma dimensão funcional, de organização de recursos produtivos para a prossecução de certas atividades[172].

Esta dimensão funcional pode ser atingida combinando ativos corpóreos ou incorpóreos, tal como têm reconhecido os tribunais da UE, desde um momento muito recuado da integração comunitária. Com efeito, o acórdão *Mannesmann contra High Authority*, de 1962, ainda no âmbito das disposições do Tratado CECA, adotava já uma visão funcional de empresa, apesar de manter a referência ao elemento jurídico, ao concluir que "*A empresa é uma organização*

[172] MORAIS, 2006: 331 e ss.

unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um ***sujeito juridicamente autónomo*** *e prosseguindo, de forma durável, um fim económico determinado*"[173].

Esta referência a um elemento jurídico foi subsequentemente ultrapassada tendo acabado por prevalecer um conceito económico - meramente funcional e não jurídico - de empresa, como resulta, por exemplo, do acórdão *Hofner*, que consagra, provavelmente, a formulação mais difundida de empresa para efeitos de Direito da Concorrência: *"(…) no âmbito do Direito da Concorrência o conceito da empresa* ***abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento***"[174].

Ademais, uma vez que o Artigo 101.º do TFUE só se aplica a empresas, *i.e.*, entidades que desenvolvam uma atividade económica, a jurisprudência da UE procurou também determinar o escopo da noção de atividade económica.

Deste modo, e apesar das posições algo contraditórias adotadas pelos tribunais da UE e pela CE, parece poder concluir-se que, de acordo com os tribunais da UE, atividade económica é toda a atividade de comércio de bens ou serviços, independentemente do enquadramento jurídico aplicável e da forma de financiamento[175].

No que diz respeito a atividades exercidas por entidades públicas, o TJUE tem considerado que deve distinguir-se entre as situações em que o Estado age no exercício da sua autoridade e aquelas em que este desenvolve atividades de natureza puramente comercial ou industrial. O exercício destas últimas atividades estará sujeito à referida proibição, sendo irrelevante, para o efeito, se o Estado atua através da administração pública ou através de uma empresa à qual confere direitos exclusivos, relevando, neste particular, a atividade exercida e não a natureza da entidade que a exerce. Se as atividades em causa forem consideradas parte das prerrogativas essenciais do Estado, as entidades que as exercem não serão consideradas empresas, não sendo abrangidas pelo âmbito de aplicação do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE[176].

---

[173] Processo 19/61, CJTCE 62, p. 1190.

[174] C-41/90 - *Klaus Höfner and Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, de 23.04.1991, parágrafo 21.

[175] Para mais desenvolvimentos quanto às alegadas contradições, CARAMELO GOMES, 2010: 154 e KORAH, 2007: 45. Para o entendimento atual dos tribunais da UE, vide, por exemplo, processos C-35/96 – *CE contra Itália*, de 18 de junho de 1998, parágrafo 36 e C-49/07 – *Motoe contra Elliniko Dimosio*, de 01.06.2008, parágrafos 21 e 22.

[176] C-155-73 - *Giuseppe Sacchi*, de 30.04.1974, parágrafos 15 e seguintes.

Além disso, com algum sacrifício para a coerência dogmática desta disposição, de modo a facilitar a prestação de certos serviços públicos, a CE e os tribunais resguardaram certos acordos da aplicação das regras de concorrência, ao considerarem que a entidade em questão não é uma empresa. Por exemplo, no caso *Fenin contra Comissão*, o TG entendeu, com base em razões de política social, que o sistema nacional de saúde espanhol não era uma empresa[177].

Cumpre ainda notar, em segundo lugar, que o primeiro elemento da proibição implica sempre a presença de, pelo menos, duas empresas, pois o artigo 101.º do TFUE não se foca nas práticas individuais das empresas, mas abrange somente comportamentos de coordenação bilateral/multilateral, ideia a que voltaremos, profusamente, ao longo deste estudo.

Importa, por isso, realçar que resulta também da jurisprudência da UE que o conceito de empresa, para efeitos de Direito da Concorrência, corresponde a um centro decisório ao qual é imputável uma determinada conduta no mercado, pelo que, na delimitação das fronteiras da empresa, terão de ser ponderadas as condições jurídico-económicas que permitem a definição da esfera de controlo do centro decisório em causa.

Com efeito, a jurisprudência da UE estabeleceu, ao longo dos anos, a doutrina da unidade do grupo económico, a *single economic entity*. De acordo com esta perspetiva, que não está adstrita à existência de relações jurídico-formais, a delimitação de cada empresa depende, essencialmente, de critérios jurídico-económicos que permitem aferir a existência ou a ausência de autonomia na definição da atuação comercial.

Esta delimitação tem consequências relevantes no âmbito das práticas restritivas da concorrência, na medida em que permite, desde logo, afastar do âmbito da proibição quaisquer acordos intra-grupo, como resulta, por exemplo, do acórdão do TJUE no caso *Béguelin*, de 1971[178]. Assim, o Artigo 101.º do TFUE só se aplica quando estiverem em causa acordos ou práticas concertadas envolvendo duas unidades económicas com autonomia de gestão, *i.e.*, não sujeitas a um único controlo, a uma influência determinante singular.

No plano nacional, os vários enquadramentos normativos sucessivamente vigentes, em particular as diversas versões do regime jurídico da concorrência, ao contrário do que sucedia

[177] T-319/99 - *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) contra Comissão*, de 04.03.2003, parágrafo 37.

[178] C-22/71 - *Béguelin Import Co., cit.*, parágrafo 8.

com as normas do Tratado, procuraram consagrar elementos relevantes do conceito de empresa, tendo em conta os desenvolvimentos jurisprudenciais já produzidos no plano da UE.

A Lei da Concorrência atualmente vigente inclui também, no Artigo 3.º, n.º 1, orientações relevantes quanto à noção de empresa, em linha com a jurisprudência no plano da UE, conferindo relevo à ideia de unidade económica[179].

Ademais, o Artigo 2.º da Lei da Concorrência confirma o entendimento expresso no regime anterior no sentido da aplicação das normas de concorrência a empresas públicas e a empresas a quem o Estado tenha concedido direitos especiais, salvo se a aplicação destas regras constituir um obstáculo ao cumprimento da missão que lhes foi confiada.

A noção de empresa apresentada no n.º 1 do Artigo 3.º da Lei da Concorrência corresponde à noção construída pelo TJUE em vários acórdãos, corrigindo um erro da versão anterior, da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, que, em lugar de mencionar financiamento, fazia referência a funcionamento, lapso este que tinha aparentemente origem numa gralha da tradução portuguesa do referido acórdão *Höfner*[180].

A definição de atividade económica inclui, no texto da Lei da Concorrência atualmente vigente, a referência à "*oferta de bens num determinado mercado*". COUTINHO DE ABREU, com base nesta referência literal, observa que o oferente não tem de visar o lucro, mas considera que estão excluídas do escopo de aplicação deste enquadramento normativo as situações em que os bens ou serviços são disponibilizados gratuitamente[181].

---

[179] "*1 - Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.*

2 - Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente:

a) De uma participação maioritária no capital;

b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais;

c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;

d) Do poder de gerir os respetivos negócios."

[180] Que incluia a referência que "*qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento*".

[181] COUTINHO DE ABREU, 2012: 35.

Por conseguinte, com base neste entendimento, não exercem uma atividade económica caracterizadora de uma empresa os consumidores privados, os trabalhadores dependentes, o Estado ou outros entes públicos que adquirem bens para satisfação de necessidades próprias, sem o fim de os reintroduzir no mercado o Estado, ou outros entes públicos atuando no exercício de prerrogativas de autoridade ou poder público e, eventualmente, as entidades prestadoras de serviços sociais[182].

Com efeito, apesar de nos dispensarmos de aprofundar esta questão nesta sede, uma vez que não oferece particular relevância para o objetivo primacial desta investigação, a não qualificação como empresas de entidades que desempenham atividades sociais poderia parecer contraditada pela parte final do n.º 1 do Artigo 3.º da Lei da Concorrência, "*independentemente (…) do seu modo de financiamento*".

Nesse sentido, não relevaria saber quem paga os serviços, se os beneficiários diretos ou terceiros, nem a origem do financiamento (impostos, taxas, preços contratualmente estipulados), motivo pelo qual o TJUE já considerou como empresa um serviço público de emprego que exerce, gratuitamente, a atividade de colocação de trabalhadores[183]. Todavia, COUTINHO DE ABREU manifestou o entendimento de que não deve ser considerada atividade económica consistente na oferta de bens num determinado mercado a atividade de prestação de serviços financiada, integral ou maioritariamente, por via fiscal, sem qualquer contraprestação. Segundo este autor, tendo em conta que o desígnio das referidas entidades não é concorrer, *i.e.*, competir com outros prestadores de serviços similares, apresentando a sua oferta como a mais favorável, estas não deviam ser consideradas empresas para efeitos de Direito da Concorrência[184].

No que se refere à noção de grupo empresarial, preceitos semelhantes ao n.º 2 do Artigo 3.º surgiam já nas leis de defesa da concorrência de 1983, 1993 e 2003. Tal como sucedia na lei anterior (mas não nas leis mais recuadas no tempo), a atual estatuição é aplicável às concertações restritivas da concorrência, aos abusos de posição dominante, às concentrações e aos auxílios de Estado, independentemente das eventuais críticas que se possam fazer aos

[182] Conforme resulta do acórdão T-319/99 - *Fenin*, cit., parágrafo 37.

[183] TJUE 23/4/1991.

[184] COUTINHO DE ABREU, 1995: 16.

critérios adotados para delimitar o conceito de controlo, temática que, uma vez mais, não desenvolveremos porque é claramente periférica em relação ao objeto deste trabalho[185].

Deste modo, a normatização do conceito de empresa na Lei da Concorrência, adotando, no essencial, os desenvolvimentos jurisprudenciais dos tribunais da UE, contribuiu, em grande medida, para uma maior pacificação da discussão neste plano em Portugal.

Em termos de aplicação jurisprudencial do conceito de empresa em Portugal, cumpre destacar a discussão havida no processo relativo à sanção aplicada pela AdC em virtude de um alegado abuso de posição dominante por parte da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, relativamente à sujeição da atividade de formação, obrigatória e exclusivamente desenvolvida por esta ordem profissional, às regras de defesa da concorrência[186].

Importa também referir o acórdão do STA, proferido num litígio em que se discutia o direito de acesso aos documentos administrativos, em que se considerou que a transmissão de jogos de futebol da primeira liga estava abrangida pelo conceito de serviço público de televisão, entendendo-se, consequentemente, que o contrato celebrado pelo operador do referido serviço constituía um documento administrativo, produzido no âmbito da atividade administrativa do concessionário, devendo, por isso, ser excluído do âmbito da atividade privada e concorrencial do operador de televisão em causa[187]. Esta apreciação, como notam CRUZ VILAÇA & CARAMELO GOMES, surpreende, tendo em conta que qualifica como resultado de uma atividade administrativa um contrato que se afigura incluído no âmbito da atividade económica do concessionário de serviço público de televisão[188].

---

[185] COUTINHO DE ABREU critica o critério do direito especial de designar a maioria dos elementos do órgão de fiscalização, sendo que este controlo não tem qualquer relação com a administração da sociedade, sendo que a designação da maioria ou da totalidade dos membros *dos* órgãos de fiscalização, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, depende normalmente do poder de voto maioritário em eleições, já coberto pelas alíneas a) e b) do n.º 2 do Artigo 3.º. COUTINHO DE ABREU, 2013: 37.

[186] A este propósito, referiu o TRL que "*os técnicos oficiais de contas, inscritos na Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, são operadores económicos que prestam os seus serviços, de forma dependente ou independente, percebendo pela mesma uma remuneração, são profissionais liberais, cabendo, pois, na definição de empresa prevista no artigo 2.º n.º 1 da Lei n.º 18/03, de 11/6 (…)*". Sentença no Processo n.º 938/10.7TYLSB.L1, de 29.04.2011.

[187] Acórdão no Processo 01110/09, de 20.01.2010.

[188] CRUZ VILAÇA & CARAMELO GOMES, 2013, p. 21.

Por outro lado, é importante não perder de vista a recente decisão do TRL, a que voltaremos de forma mais detida *infra*, que chama a atenção para as dificuldades de compatibilização entre a *single economic entity theory* e as exigências de imputação subjetiva, em sede de controlo de contraordenações, e que constitui um alerta relevante para a necessidade de compatibilizar os conceitos de Direito da Concorrência com os princípios aplicáveis ao direito público sancionatório[189].

Não obstante nos dispensarmos de polemizar os aspetos da noção de empresa, que não relevam para o escopo preciso do nosso trabalho, e de darmos por assente a delimitação funcional do conceito de empresa, não podemos deixar de chamar a atenção para um aspeto significativo que poderá ter consequências para o nosso estudo e ao qual voltaremos de forma mais detida *infra*, nas Partes II e III do nosso trabalho.

Alguns autores, como JESUS ALFARO, consideram que o Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e as normas nacionais paralelas devem ser contextualizados num objetivo de proteção da rivalidade entre os operadores económicos, impedindo condutas colusórias que prejudiquem os consumidores. Neste contexto, estariam em causa "empresas concorrentes" e não apenas "empresas", pelo que, segundo este autor, acordos e práticas concertadas entre não concorrentes não deveriam, em princípio, recair na esfera da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência[190].

Esta ideia interliga-se com os conceitos de autoria, coautoria e cumplicidade, que haveremos de explorar com mais detalhe, a propósito da delimitação dos participantes em práticas concertadas.

4.1.2 A Existência de um Acordo ou Prática Concertada

O segundo requisito da proibição incluída nos Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência corresponde à existência de um comportamento de cooperação empresarial, *i.e.*, a existência de um acordo, decisão e associação de empresas, ou, no que para este estudo nos interessa, de uma prática concertada.

[189] Acórdão do TRL, no Processo 39/2016.0YUSTR.L1, que veremos, em detalhe, *infra*.

[190] ALFARO, 2013: 8.

No que diz respeito ao conceito de acordo, este tem sido interpretado com uma considerável latitude pelas instâncias da UE, sendo que o elemento central corresponderá à existência de uma convergência de vontades entre duas empresas independentes relativa ao seu comportamento no mercado.

Tal como resulta dos acórdãos *Bayer*[191] e *Thyssen Stahl*[192], a que voltaremos na Parte II do nosso trabalho, os tribunais da UE têm considerado que as manifestações de entendimento entre empresas distintas podem ser expressas ou implícitas, pelo que a formalização jurídica do entendimento entre empresas não constituirá um elemento essencial desta categoria.

Na verdade, nos termos da jurisprudência da UE, a convergência de vontades entre empresas independentes pode resultar de negócios juridicamente vinculativos, de entendimentos não vinculativos, de meras declarações de intenções comuns, de acordos que já não se encontram formalmente em vigor ou de acordos fomentados (não impostos) por entidades públicas[193].

O acórdão *Tréfileurope*, de 1995, em que se apreciava um *gentleman's agreement*, sintetiza este entendimento, ao referir que "*(…) para que exista acordo, na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, basta que as empresas em causa tenham manifestado a sua* ***vontade comum de se comportar no mercado de uma forma determinada*** *(…)*"[194].

Relativamente ao conceito de prática concertada, objeto central do nosso trabalho, parece existir alguma inconsistência na prática decisória e na jurisprudência, que aprofundaremos em maior detalhe ao longo deste trabalho, bem como as respetivas consequências potenciais. Não obstante, o ponto de partida para a distinção entre acordo e prática concertada parece corresponder à existência, no primeiro caso, de um estado de convergência estável entre as

[191] T-41/96, parágrafos 169 e 173.

[192] T-191/94, parágrafos 262 e ss.

[193] A justificação designada *State Action Defense* permite que as empresas não sejam responsabilizadas, nos termos dos Artigos 101.º e 102.º do TFUE, quando o Estado, através da sua autoridade pública (medidas legislativas ou atos administrativos) determina a infração às disposições de direito da concorrência por parte de operadores privados. Todavia, apenas quando as empresas são obrigadas pelo Estado a atuar de uma determinada forma podem utilizar as suas obrigações nos termos do direito nacional como defesa em procedimentos por infração dos Artigos 101.º ou 102.º do TFEU. Tal significa que uma empresa será ainda responsabilizada se o Estado somente encoraja, favorece ou facilita esta conduta anti concorrencial. Esta abordagem resulta clara do Caso C-395/95 P e C-379/95 P - *Ladbroke Racing*, de 22.04.1997.

[194] T-141/89, parágrafos 95 e 96.

empresas, enquanto, no segundo caso, estará em causa uma manifestação dos participantes, cujos detalhes estudaremos na Parte II do nosso trabalho[195].

Todavia, não podemos deixar de mencionar que estas dificuldades são realçadas pela circunstância de, em muitos casos, a prática da CE e a jurisprudência no plano da UE não delimitarem, de forma precisa, qual o tipo de coordenação em causa sempre que existe uma infração do Artigo 101.º do TFUE, tal como decorre, por exemplo, do acórdão *Hercules*, relativo a alegados comportamentos de cartel no caso do polipropileno, em que o TPI considerou que a conduta em causa era um acordo ***e*** uma prática concertada[196]. No mesmo sentido, são bem conhecidas as considerações do advogado-geral DARMON no processo *Verband der Schversicherer*, nos termos das quais o Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE "*visa abranger todo e qualquer concurso de vontades ou todo e qualquer concluio entre empresas destinado a produzir os efeitos que aquele pretende evitar*"[197].

Além disso, a ideia de manifestação concludente, como definidora do conceito de prática concertada pode, eventualmente, ser útil quando está em causa a distinção face a um acordo, mas tem uma operatividade mais limitada, como veremos, em situações em que podem estar em causa meros comportamentos paralelos legítimos por parte de concorrentes[198].

Deste modo, os elementos caracterizadores da noção de prática concertada têm sido objeto de formulações distintas na jurisprudência, que veremos com maior detalhe nos capítulos seguintes, desde logo nos acórdãos *Deystuffs*, *Sukier Unie*, *Anic* e *E-turas*[199]. A falta de clarificação cabal dos elementos constitutivos da noção de práticas concertadas (restritivas da concorrência), em especial no que concerne a necessidade de exteriorização da prática ou a admissibilidade de uma presunção neste âmbito, uma vez demonstrados os contactos, é um

---

[195] Nesse sentido MORAIS, 2009: 23.

[196] T - 7/89 - *Hercules contra CE*, de 17.12.1991, parágrafo 264.

[197] Conclusões do AG Darmon no Processo 45/85 - *Verband der Sachversicherer e.V. contra Comissão das Comunidades Europeias.*

[198] O TJUE tem entendido que "*um paralelismo de comportamento não pode ser considerado como fazendo prova de uma concertação, a menos que a concertação constitua a única explicação plausível para esse comportamento. É necessário ter presente que, embora o artigo 85.° proíba todas as formas de conluio que sejam de molde a falsear a concorrência, não priva os operadores económicos do direito de se adaptarem de maneira inteligente ao comportamento verificado ou previsto dos seus concorrentes*". *Vide* C-89/85 - *A. Ahlström Osakeyhtiö e outros contra CE (Wood Pulp)*, de 31.05.1993, parágrafo 71.

[199] Vide o ponto 1 da Parte II, *infra*.

elemento relevante em termos dos princípios aplicáveis ao direito sancionatório e de delimitação, por parte dos operadores económicos, de condutas legais e ilegais.

Por último, independentemente das dúvidas que se possam suscitar quanto à necessidade de proibir acordos e práticas concertadas entre não concorrentes, o que é facto é que a aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência tem compreendido condutas horizontais e verticais, *i.e.*, condutas envolvendo empresas concorrentes ou empresas que se encontram em diferentes patamares do processo económico, tendo-se aplicado esta proibição a todos os níveis de produção e distribuição, da I&D até ao retalho[200].

No plano da UE, esta conclusão resulta, desde logo, dos muito citados acórdãos *Société Technique Minère*[201] e *Consten e Grundig*[202], não obstante os acordos horizontais restritivos da concorrência, em especial no cenário pós-implementação do mercado único, serem tipicamente considerados prioritários na política de aplicação do Direito da Concorrência por parte da CE e da generalidade das autoridades de concorrência, em particular os designados cartéis[203].

Com efeito, como veremos, existem várias tentativas de definição do conceito de cartel em documentos de *soft law*, como o Programa de Clemência da CE[204] e a *Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 26 de novembro de 2014, relativa a determinadas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do Direito da Concorrência dos EM e da UE ("**Diretiva de Danos**") e que inclui a

[200] Não obstante, como realça MOURA E SILVA, e bem, seria preferível falar em restrições horizontais e verticais já que um mesmo acordo pode incluir limitações de ambos os tipos, por exemplo quando um produtor que contrata com um distribuidor procede também à distribuição dos produtos objeto do contrato. *Vide*, MOURA SILVA, , 2008: 205.

[201] C - 56/65 - *Société Technique Minère, cit.*

[202] C - 56 e 58/64 - *Consten e Grundig, cit.*

[203] Não obstante o recente renascimento dos acordos verticais, em particular no contexto do comércio eletrónico, como veremos, *infra*.

[204] Em Portugal, o Artigo 75.º da Lei da Concorrência parece também incluir uma delimitação de práticas de cartel em termos semelhantes, ao dispor que a dispensa ou a redução especial de coimas são concedidas no âmbito de processos de contraordenação que tenham por objeto acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes proibidos pelo artigo 9.º da presente lei e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE, que visem coordenar os seus comportamentos concorrenciais no mercado ou influenciar variáveis concorrenciais relevantes, nomeadamente através de fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, atribuição de quotas de produção ou de venda, repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restrição de importações ou exportações ou ações anti concorrenciais contra outros concorrentes.

primeira definição formal de cartel no plano da UE, cujas nuances iremos abordar na Parte II do nosso trabalho[205].

Por seu turno, no plano nacional, importa notar que os enquadramentos normativos anteriores à Lei n.º 18/2003, o regime jurídico da concorrência revogado pela Lei da Concorrência, se referiam às três formas típicas de coligação ou colusão comercial (acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas), realçando, como assinala GORJÃO HENRIQUES, que a proibição se aplicava "*qualquer que seja a forma que revistam*". Esta expressão foi suprimida na Lei da Concorrência atualmente vigente, apesar de tal não poder significar, naturalmente, que a forma passou a ter relevância, tratando-se apenas da eliminação de uma expressão suscetível de ser considerada redundante[206].

No que concerne a aplicação do conceito de acordo pelos tribunais nacionais, podemos detetar algumas aparentes discrepâncias em relação à perspetiva expressa pelos tribunais da UE, pelo menos numa fase inicial.

O TCL, o tribunal de recurso na vigência da anterior Lei da Concorrência, começou por adotar uma noção mais restritiva de acordo do que a dos tribunais da UE, ao fazer referência, na sentença relativa a alegadas restrições da concorrência envolvendo as farmacêuticas *Baxter* e *Glintt*, à necessidade de forma e vinculatividade jurídicas[207]. Esta abordagem foi também, em

---

[205] JOUE L 349, 5.12.2014, p. 1–19. O Artigo 2.º define cartel como "*um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes*".

Uma definição de cartel foi também incluída, no plano nacional, na Lei n.º 23/2018, de 5 de junho de 2018, relativa ao direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, correspondendo a um "*acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de condutas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes, tal como proibido pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE*".

[206] GORJÃO-HENRIQUES, 2013:88.

[207] Nas palavras do TCL "*Um acordo relevante para efeitos de Lei da Concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra, seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico*", *cfr.* Sentença do TCL no Processo n.º 199/11.0TYLSB, de 12.09.2011.

grande medida, utilizada no acórdão do mesmo tribunal relativo à alegada coordenação entre concorrentes no setor da prestação de serviços de limpeza (o denominado e alegado *Cartel dos Serviços de Limpeza*, a que voltaremos), não obstante se apresentar intercalada com citações doutrinais e de jurisprudência europeia, que negam qualquer relevância à forma ou à vinculatividade jurídica do entendimento entre operadores económicos, indiciando que, mais do que a expressão de uma convicção que se afasta da jurisprudência da UE, estaríamos perante uma formulação pouco precisa por parte do tribunal[208].

Mais recentemente, o TCRS, o tribunal de recurso nos termos da Lei da Concorrência atualmente vigente, parece aproximar-se, decididamente, da doutrina e da jurisprudência da UE ao referir, na sentença relativa a alegados acordos restritivos de distribuição de gás engarrafado, a abordagem ampla do conceito de acordo, sem qualquer exigência de forma ou vinculatividade jurídica[209].

Também no que diz respeito à apreciação da noção de práticas concertadas, no plano nacional, e sem prejuízo, uma vez mais, de ulteriores e extensos desenvolvimentos nas Partes II e III do nosso trabalho, deixamos já várias "pistas de investigação" relevantes.

O extinto CC parecia construir a categoria de práticas concertadas como uma categoria residual, abrangendo "*não apenas certas formas de cooperação ilícita entre empresas que não revestem a forma de um acordo, **como também situações em que escasseiam os meios de prova da sua existência***"[210].

No plano judicial, se atentarmos na sentença do TCL no denominado processo das *Farmacêuticas*, este conceito apresenta-se algo misturado com a ideia de acordo, na medida em que se começa por referir que a prática concertada assentará numa espécie de acordo informal

[208] Sentença do TCL no Processo n.º 1085/11.0TYLSB, de 24.07.2012.

[209] No entender do TCRS "*a jurisprudência comunitária, seguida pela jurisprudência nacional, tem atribuído ao conceito de acordo, para efeitos de aplicação do direito da concorrência, uma noção ampla. Ampla na medida em que se entende que o conceito não pressupõe uma convenção juridicamente vinculativa para as partes, nem a observância da forma jurídica, podendo o acordo ser expresso ou tácito*", *cfr.* Sentença do TCRS relativa ao Processo n.º 102/15.9YUSTR, de 04.01.2016.

[210] Como "*indícios suficientes"* de uma prática concertada, o CC apontava "*trocas de informação, reuniões e, naturalmente, paralelismo de comportamento das empresas num dado mercado*", apesar de chamar a atenção que "*o paralelismo de comportamento apenas é a expressão de uma prática concertada quando não possa deixar de depender do facto de cada uma das empresas nesse envolvidas ter previamente obtido das demai, indicação suficiente de que agirão num determinado sentido*", *cfr.* Relatório e Atividades de 1989 do Conselho da Concorrência, p. 20.

e imperfeito, concluindo que o elemento essencial será, afinal, a existência de contactos e uma atuação em conformidade[211].

Por seu turno, na sentença relativa às *Escolas de Condução da Madeira*, o TCL cita o TJUE, no já referido acórdão *ICI*[212], ao referir que a prática concertada consiste numa "*forma de cooperação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita,* ***substitui cientemente*** *uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência*"[213]. Todavia, apesar da aparente aproximação à jurisprudência da UE, o TCL não deixa de alertar para o facto de as presunções aparentemente incluídas no conceito de práticas concertadas, a que faremos referência mais detida *infra*, não poderem ser linearmente aplicadas "***no nosso quadro de punição das infrações anti-concorrenciais como contra-ordenações***"[214].

Mais recentemente, o TCRS reafirmou a ideia de cooperação informal e não institucionalizada associada à prática concertada, acrescentando ainda, de forma bastante abreviada e algo original, que será necessário identificar "*quatro elementos: o contacto entre empresas, a cooperação como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre empresas, a reciprocidade de comportamentos das empresas e uma restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional*" [215].

De referir ainda, neste contexto, o contributo do TRL que, ao caracterizar os tipos contraordenacionais incluídos no Artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, que corresponde ao Artigo 9.º da Lei da Concorrência, distinguiu três tipos contraordenacionais, dois relativos a acordos com objeto/objetivo e efeitos restritivos e um terceiro que "*requer que a prática concertada entre*

---

[211] No entendimento do TCL a "*prática concertada assentará assim num acordo, podendo este acordo consistir ou não num plano perfeitamente traçado, gizado no seu pormenor, devidamente formalizado para a ordem jurídica. Aliás, pela sua própria natureza e fins visados, estamos certos que assim não sucederá – ou seja, a maioria dos acordos será meramente verbal e revestirá a forma de acordo de cavalheiros ou cartel informal e será até juridicamente inválida. Essencial, porém, é que tenham existido contactos direitos ou indiretos entre as empresas e que, na sequência desses contactos, conhecedoras do comportamento comercial das concorrentes, ajam em conformidade com a referida vontade comum*", *cfr.* Sentença do TCL no Processo n.º 350/08.8TYLSB, de 7 de janeiro de 2010.

[212] C 48/69 – *ICI contra CE, cit.*

[213] Sentença do TC relativa ao Processo n.º 659/11.3TYLSB, de 27.02.2012.

[214] *Idem.*

[215] Na perspetiva do TCRS, "*A prática concertada difere do acordo ou da decisão pelo seu caráter de cooperação informal, não resultante de um ato formal ou de convenção nesse sentido. Daí que não seja necessário haver acordo entre os Administradores ou sequer instruções das empresas aos seus funcionários para que a prática concertada se verifique*", cfr. Sentença do TCRS relativa ao Processo n.º 88/12.1YUSTR, de 19.07.2013.

*empresas tenha **como efeito** impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional*"[216].

Além disso, à semelhança do que referimos a propósito do Artigo 101.º do TFUE, a proibição do Artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Concorrência tanto se aplica a acordos ou práticas concertadas horizontais como verticais, tendo esta interpretação sido suportada na prática do CC e, desde 2003, da AdC e dos tribunais nacionais[217].

Resulta do *supra* exposto a nebulosidade do conceito de práticas concertadas do ponto de vista jurídico-económico, bem como a aplicação crescente deste conceito, no plano nacional e da UE, em que, percentualmente, a maioria das condutas são individual ou adicionalmente práticas concertadas e as restrições são tipificadas como intercâmbios de informação [218].

4.1.3 A Existência de uma Restrição Sensível da Concorrência

O Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, bem como o Artigo 9.º da Lei da Concorrência, aplicam-se a acordos que tenham, respetivamente, por "*objetivo ou efeito*" (na versão portuguesa da norma) ou por "*objeto ou como efeito*", impedir, restringir ou falsear a concorrência.

As dificuldades interpretativas começavam, desde logo, na aparente disparidade entre as várias versões linguísticas originárias, em francês, neerlandês, alemão e italiano, no que se refere à contraposição entre restrições "***pour objet ou pour effet***"[219]. As versões francesa e italiana referem-se a "*objet*" e "*oggetto*" restritivos da concorrência, o que podia remeter apenas para o conteúdo anticoncorrencial da conduta, para a materialidade sobre a qual esta incidiria, e, consequentemente, para uma tradução que corresponderia a "objeto", tal como sucedeu, como veremos *infra*, nos regimes da concorrência vigente em Portugal. Todavia, "*objet*" e "*oggeto*", tal como "objeto", também podem, numa interpretação mais ampla, significar propósito ou fim[220].

---

[216] Acórdão do TRL no Processo n.º 7251/2007, de 7.11.2007.

[217] Neste sentido vide, por exemplo, Sentença do TCL no Processo 766/06.4TYLSB, de 15.01.2007.

[218] PAIS ANTUNES, 1992: 11.

[219] ITALIANER, 2014.

[220] *Objet* para além de "*matière et thème*" significa "*but d'une action, d'un comportement, objectif*". Nesse sentido, *vide* http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/objet/55366/synonyme. *Oggetto*, para além de "*contenuto,*

A versão alemã, por seu turno, sempre utilizou o termo "*bezwecken*", que significa visar ou ter como fim, conduzindo assim a interpretação para uma ideia de objetivo, finalidade, propósito[221]. A tradução portuguesa do texto do TCEE, bem como o atual Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, não obstante as discrepâncias em relação ao direito interno, referem-se, igualmente, a restrições da concorrência por objetivo ou por efeito.

Em primeiro lugar, pese embora a dissonância, em termos literais, entre a legislação nacional e a norma do Tratado, importa, em nosso entender, dar como assente a adoção da terminologia "restrição por objetivo", em lugar de "restrição por objeto", uma vez que resulta claro, em nossa opinião, não só do contexto histórico que presidiu à adoção das normas do TCEE, a que nos referimos supra, no Capítulo 3, mas também das versões do Artigo 101.º do TFUE nas várias línguas oficiais, incluindo a portuguesa, como também da teleologia da norma, tendo em conta que o que se visa interditar, mercê das proibições do Artigo 101.º, que o diz claramente, e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, que usa terminologia menos precisa, é, desde logo, as condutas que visam, *i.e.*, que têm como propósito, fins anticoncorrenciais, para além daquelas que têm efeitos deste tipo. Ademais, o entendimento finalístico da restrição por objetivo também resulta, de forma consistente, em nosso entender, da prática decisória e da jurisprudência nacional e da UE.

Neste sentido, o acórdão *Metro* - relativo a um sistema de distribuição seletiva notificado à CE, em que o Tribunal recorre a uma abordagem finalística da noção de restrição por objetivo - refere que, no caso de formas de distribuição especializadas de produtos com características diferenciadas, podem existir "***objetivos*** *que podem prosseguir-se sem recair necessariamente no âmbito do Artigo 85.º, n.º 1 (…)*"[222].

Uma formulação idêntica de propósito anticoncorrencial pode encontrar-se também no acórdão *Miller*, em que o TJUE considerou que uma cláusula que limitava as exportações constituía uma restrição de concorrência, sendo "***o objetivo*** *sobre o qual os contratantes acordaram o de*

---

materia, argomento, tema" significa também "*fine, scopo, obiettivo, intento, meta, mira*". Nesse sentido, *vide* http://dizionari.corriere.it/dizionario_sinonimi_contrari/O/oggetto.shtml. Também em português, objeto pode significar "fim". Nesse sentido, vide https://dicionario.priberam.org/objeto

[221] Conforme https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/alemao-ingles/bezwecken, "*to aim at*". Pode extrair-se um entendimento semelhante da versão neerlandesa, que utiliza a expressão "*en ertoe strekken of ten gevolge hebben"*.

[222] C-26/76 - *Metro contra CE, cit.*.

isolar uma parte do mercado"[223]. No mesmo sentido, três décadas depois, o acórdão *Toshiba* afirmava que "*os acordos* ***que visam*** *a repartição dos mercados têm um* ***objetivo restritivo da concorrência*** (…)"[224].

Também o acórdão *Cartes Bancaires* parece pronunciar-se no sentido da análise do objetivo, neste caso legítimo, do acordo, em sede do cumprimento da previsão do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, valorando-se positivamente o facto de as medidas adotadas por este agrupamento terem uma finalidade legítima em termos de livre exercício das atividades económicas de cooperação[225]. Nesse sentido, ITALIANER relembra que "*we also need to think twice before finding that agreements that may have a* ***legitimate aim, such as preventing free riding, are a restriction by object***"[226].

Também as orientações da CE, apesar da persistência de traduções confusas, com referências simultâneas a objeto e objetivo, concorrem para a confirmação da ideia de finalidade, ou propósito, como definidora das restrições contrapostas pelo TCEE às restrições por efeito. Exemplo disso mesmo são as Orientações Horizontais, ao referirem que "*não é necessário examinar os efeitos reais ou potenciais do acordo no mercado* ***a partir do momento em que o objectivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado***"[227].

No plano nacional, desde o período mais recuado de aplicação dos vários regimes jurídicos da concorrência, são várias as decisões do CC que, não obstante a imprecisão terminológica que temos vindo a apontar, demonstram que a restrição por "objeto" foi interpretada como correspondendo ao objetivo da conduta. Nesse sentido, o CC afirmou a legalidade da constituição de uma empresa comum, entre a *Petrogal* e a *Shell*, para efeitos de exploração de um posto de combustível, uma vez que não existia "***qualquer intenção*** *de repartir mercados ou fontes de abastecimento, ou de limitar ou controlar a produção ou a distribuição, não tendo*

[223] C-19/77 - *Miller International Schallplatten GmbH contra CE*, de 01.02.1978, parágrafo 7.

[224] C-373/14 P - *Toshiba Corporation contra CE*, de 20.01.2016, parágrafo 28.

[225] C-67/13 P - *CB contra CE*, *cit.*. No caso, visavam evitar o parasitismo de alguns membros em relação aos outros, não obstante as condutas em causa terem, subsequentemente, merecido uma análise desfavorável de efeitos.

[226] ITALIANER, 2014: 13.

[227] Parágrafo 24.

tido, assim, por objeto impedir, falsear ou restringir a concorrência (…)"[228]. Ainda que a referência a "intenção" possa não ser consensual, o "objeto" restritivo da concorrência é claramente interpretado como objetivo. Também a decisão sancionatória do CC, dirigida à Associação de Dietéticos Nacionais, em virtude do boicote, por parte dos associados desta, a aquisições a determinados operadores grossistas, considerou esta conduta uma restrição por "objetivo", uma vez que "***pretende** excluir as grandes superfícies e hipermercados – **é esse o fim visado** (…)*"[229].

Subsequentemente, a AdC, por exemplo, na sua análise das cláusulas de preferência e de exclusividade incluídas em acordos comerciais entre a SIC e a TV Cabo, confirmou este entendimento, ao procurar, na identificação de restrições da concorrência por "objeto", "*o seu sentido e **propósito** objectivo*"[230].

Esta discussão pode, todavia, redundar em considerações de negligência ou dolo, tal como sugere FIGUEIREDO DIAS, que preconiza uma abordagem de restrição por objeto com uma dimensão objetiva e subjetiva[231]. No entender deste autor, "*onde ali se diz tenham por objeto quis o legislador significar 'tenham por objetivo', o que acaba por implicar necessariamente uma deslocação deste segmento normativo para o tipo subjetivo de ilícito da infração, dada a incontornável feição subjetiva de que o mesmo passa assim a revestir-se*".

Consequentemente, existirá, segundo este entendimento, uma incompatibilidade de princípios entre a existência de uma restrição por objeto e uma imputação sob a forma negligente, não obstante o Regulamento n.º 1/2003 e a Lei da Concorrência admitirem, em geral, a punibilidade de infrações dolosas e negligentes[232]. Também JESUS ALFARO chama a atenção para a circunstância de as infrações de perigo, que não existem necessidade de produção de qualquer

[228] Processo n.º 2/98 – *Deliberação sobre um Requerimento de Apreciação Prévia Apresentado pelas Empresas Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A. e Shell Portuguesa, Lda*., de 28.01.1999.

[229] Processo n.º 1/99 – *Práticas anticoncorrenciais no mercado dos produtos dietéticos e similares*, de 01.06.2000, p. 52.

[230] *Idem*, 219.

[231] FIGUEIREDO DIAS, 2014: 462.

[232] No dolo, o agente representa o facto e quer ou aceita realizá-lo; na negligência o agente representa o facto, mas atua sem se conformar com a sua realização ou nem sequer o representa, mas podendo e devendo representá-lo.

reultado, como serão as infrações por objetivo, serem tipicamente condutas dolosas no âmbito dos delitos penais[233].

Sem nos querermos alongar nesta matéria, até porque é periférica em relação ao nosso tema, será porventura interessante considerar que tal entendimento pode não significar a defesa de uma subjetivização do tipo, mas, tão somente, que devem recair na esfera do tipo proibido as práticas restritivas com o fito de restringir a concorrência que sejam idóneas para alcançar tal propósito[234]. Nesse sentido, relevarão, à partida, as manifestações externas do objetivo anticoncorrencial[235].

Ademais, segundo ODUDU, a possibilidade de demonstração de um propósito legítimo é a melhor forma de interpretar a doutrina das restrições acessórias[236]. Com efeito, o regime da UE aplicável a cláusulas restritivas incluídas em operações de concentração, as designadas cláusulas restritivas acessórias, é coerente com este entendimento. As operações de concentração correspondem a uma alteração estável da estrutura de controlo de uma empresa, que tem, frequentemente, por base contratos de compra e venda de participações sociais ou de ativos.

Tratando-se de um contrato com um fim legítimo, transferir os ativos para quem os valoriza mais, a CE e o TJUE não hesitaram em considerar excluídas do escopo de aplicação do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, em determinadas condições, as restrições acessórias à operação de concentração, o mesmo sucedendo com as autoridades de concorrência nacionais[237]. Em concreto, o Artigo 6.1, alínea b), do Regulamento de Concentrações, tal como o Artigo 41.º, n.º 5, da Lei da Concorrência, estende a declaração de compatibilidade de uma operação de

[233] Nesse sentido *vide* ALFARO, 2013, disponível em http://derechomercantilespana.blogspot.pt/2013/12/delitos-de-peligro-y-derecho-de-la.html (consultado em 11 de maio de 2019),

[234] O Artigo 1.º da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* dispõe que "*Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs* ***bezwecken*** *oder bewirken, sind verboten*". *Cfr*. CRAMER & PANANIS, 2009, Artigo 81, nota 14.

[235] DENNING, 1961: 10-1.

[236] GREEN, 1988: 196-197.

[237] Artigo 3.1 Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo de concentrações entre empresas, JOUE 29-I-2004.

concentração às restrições diretamente relacionadas e necessárias à realização da concentração[238].

Deste modo, para o que aqui nos ocupa, o importante é que se declaram válidas, em determinadas condições, cláusulas restritivas da concorrência necessárias e diretamente relacionadas com a finalidade legítima prosseguida pelas partes num contrato de compra e venda de ativos, no sentido de proteger o valor total dos ativos objeto da operação ou manter um determinado nível de abastecimento que possibilita a consolidação da entidade resultante da operação[239].

No entanto, quando as proibições de concorrência incluídas neste tipo de operações são consideradas excessivas, a cláusula deixa de se considerar fora da esfera da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência, passando a estar sujeita ao escrutínio dos Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência. Com efeito, um excesso em termos de duração ou extensão da cláusula, por exemplo no caso de uma cláusula de não concorrência, indicia que a finalidade desta não é assegurar o cumprimento do contrato, mas sim evitar de forma injustificada a concorrência do vendedor[240].

Acresce que o TJUE considerou ainda inaplicável a proibição de acordos e práticas concertadas aos convénios coletivos laborais. Não é difícil entender por que motivo é que estesconvénios podem ser considerados restritivo da concorrência, na medida em que limitam a liberdade dos trabalhadores e dos empresários para estabelecerem o conteúdo que tenham por conveniente no âmbito dos contratos de trabalho. Não obstante, estes acordos não recaem no âmbito da proibição dos Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência se tiverem sido celebrados no enquadramento de uma negociação coletiva, com a finalidade de regular as relações coletivas

[238] NAVARRO, 2001: 46.

[239] A restrição acessória a uma operação de concentração mais comum é a obrigação de não concorrência que assume o vendedor da empresa, *i.e.*, a obrigação de não desenvolver atividades que concorram com a atividade dos ativos alienados. Tem-se entendido que esta restrição atua em benefício de ambas as partes. Por um lado, o comprador terá a vantagem de não se deparar com a concorrência do vendedor e, por outro, os compradores estarão dispostos a pagar mais aos vendedores, caso estes não lhes façam concorrência. Estas cláusulas podem, inclusivamente, ser consideradas pró-concorrenciais, tendo em conta que o número de empresas que entraria no mercado seria inferior se não existissem obrigações de não concorrência, porque a possibilidade de incluir este tipo de cláusulas em situações de transferência de ativos aumenta a rentabilidade das empresas.

[240] *Vide* os parágrafos 18 e ss da *Comunicação relativa às restrições directamente relacionadas e necessárias às concentrações*, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=PT (consultado em 11 de maio de 2019).

de trabalho e de forma a evitar que empresários e trabalhadores imponham restrições à concorrência a terceiros ou em mercados distintos do mercado objeto da convenção[241].

Neste sentido, a utilização que iremos assumir do termo "objetivo" ao longo deste trabalho tem ínsita a ideia de valoração da finalidade principalmente prosseguida pelas partes, o que terá impacto na eventual artificialidade de algumas construções em termos de práticas concertadas restritivas da concorrência[242].

Esta constatação conduz-nos à segunda ideia que queremos afirmar neste ponto e que corresponde à verdadeira alternatividade entre objetivos e efeitos restritivos da concorrência, tal como resulta, aliás, da letra do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, e faz eco, em nosso entender, ainda que distante, da ideia de restrição direta ou indireta do Tratado CECA, contribuindo, assim, para corroborar ainda o nosso entendimento quanto ao primeiro ponto.

Para além do elemento literal que podemos extrair das normas relevantes, este entendimento resulta, de forma consistente, da jurisprudência do TJUE, desde o período inicial da aplicação do Artigo 85.º do TCEE, i.e., desde o acórdão *STM*, nos anos 1960, tendo sido suscessivamente reiterada em acórdãos proferidos já após a reforma da aplicação do Direito da cConcorrência da UE, como o acórdão *T-Mobile*, tendo em conta que, uma vez demonstrado que a conduta tem um objetivo restritivo, não é necessário demonstrar que tem um impacto negativo na concorrência[243].

Também o CC é explícito quanto a este ponto, ao considerar que "*é sabido que no Direito da Concorrência os tipos tanto são preenchidos por* ***se ter verificado uma intenção***

[241] Por exemplo, um convénio coletivo que estabeleça o salário mínimo de um setor. Nesse sentido VEROUDEN, 2003: 555.

[242] Tendo, igualmente, impacto na investigação de condutas verticais. *Cfr*. KJOLBYE, 2004: 573.e ss.

[242] CASTRO, 1996: 517 e ss.

[243] *Vide*, *Société Technique Minière*, cit., p. 249; C-8/08 - *T-Mobile Netherlands*, cit., parágrafo 29, «*Além disso, há que salientar que, para apreciar se uma prática concertada é proibida pelo artigo 81.°, n.º1, CE, a apreciação dos seus efeitos concretos é supérflua quando se verifique que tem por objectivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*".

anticoncorrencial, posto que mal sucedida, como por se ter verificado um efeito anticoncorrencial, se bem que não intencionado"[244].

No mesmo sentido, a AdC, na sua decisão de arquivamento de um processo relativo a um acordo de patentes farmacêuticas, protagonizado pela *Astrazeneca*, considera que não resulta dos autos "*que as visadas tenham* ***pretendido ou conseguido****, através do seu acordo de vontades (e que não através da força conferida pela patente da Astrazeneca) restringir a concorrência de forma sensível*", motivo pelo qual o processo foi arquivado[245].

Deste modo, não se verificando um objetivo anticoncorrencial, as condutas podem ainda infringir a proibição do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência em virtude dos seus efeitos. Nesse sentido, por exemplo, o acórdão *Delimitis*, relativo a um litígio respeitante a relações de fornecimento exclusivo, em sede de reenvio prejudicial, em que o Tribunal, após ter concluído pela inexistência de um objetivo anticoncorrencial, avançou para a delimitação dos parâmetros para a realização de uma análise económica de efeitos, no âmbito do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, cuja discussão não pertence a este ponto[246].

Na verdade, a tendência, a que nos referimos *supra*, presente em determinada prática decisória da CE e da AdC, no sentido de se procurar apurar os efeitos restritivos da concorrência no caso de condutas caracterizadas pelas autoridades competentes como restrição por objetivo, não decorre de qualquer reconhecimento da necessidade de demonstrar cumulativamente estes dois aspetos, mas sim, verdadeiramente, da incerteza quanto ao critério a adotar para estabelecer a existência de uma infração por objetivo.

Este exercício corresponde, em nosso entender, a uma espécie de reconhecimento implícito de dúvida quanto à caracterização da restrição por objetivo, recorrendo as autoridades administrativas a uma espécie de plano B, para o caso de a qualificação como objetivo não "passar" o crivo da revisão judicial. Nesta situação, estavam os conhecidos acórdãos *GlaxoSmithkline* e *Cartes Bancaires*, em que a dupla classificação acabou por resultar na

[244] Processo n.º 5/96 – Práticas Anticoncorrenciais no Mercado de Produtos Manufaturados de Tabaco, de 03.07.1997, p. 86.

[245] Parágrafos 155 e 156. Parágrafo 157.

[246] C-234/89 - *Stergios Delimitis, cit.*, parágrafos 11 a 13 e parágrafos 16 a 22.

manutenção das decisões, mesmo após a classificação da restrição por objetivo ter sido anulada peos tribunais da UE.

No acórdão *GlaxoSmithkline*, o TPI, atual TG, considerou precipitada a conclusão de que estava em causa uma restrição por objetivo, tendo, no entanto, entendido que as condições diferenciadas aplicadas pela *GlaxoSmithkline* na comercialização, no mercado interno e na exportação, têm por efeito restringir a concorrência, com base no exame concreto da situação do setor[247]. Por seu turno, no caso *Cartes Bancaires*, após o TJUE ter posto em causa a caracterização da restrição por objetivo por parte da CE das medidas notificadas, ainda ao abrigo do Regulamento n.º 17/62, o TG voltou a confirmar a decisão da CE, mas desta vez adotando uma classificação de restrição por efeitos[248].

Em terceiro lugar, no que se refere, especificamente, aos efeitos anticoncorrenciais, tem-se entendido que estes incluem, igualmente, a subcategoria dos efeitos potenciais restritivos da concorrência, globalmente integrada na categoria correspondente aos efeitos restritivos da concorrência[249].

O precedente fundamental para caracterizar a subcategoria de efeitos potenciais restritivos da concorrência corresponderá ao acórdão *John Deere*, a que voltaremos em maior detalhe *infra*, e que dizia respeito à notificação de um sistema de partilha de informação[250]. Neste acórdão, o TJUE considerou que a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência "***não limita a apreciação apenas aos efeitos actuais, antes devendo igualmente atender aos efeitos potenciais*** *do acordo sobre a concorrência no mercado*".

Em Portugal, após muitas hesitações, o TCRS acabou por distinguir, de forma clara, infração por objetivo e efeitos potenciais restritivos da concorrência no caso do já referido *Cartel das*

[247] T-168/01 - *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, *cit.*, parágrafos 147 e 194.

[248] T-491/07 - *Groupement des cartes bancaires (CB) contra CE*, de 30.06.2016. Com efeito, de forma a evitar a existência de efeito de boleia por parte de bancos que emitissem um grande número de cartões, mas não realizassem qualquer trabalho para assegurar que os comerciantes os, bem como a interoperabilidade do sistema, o referido agrupamento notificou à CE, ainda no âmbito do Regulamento n.º 17/62, algumas medidas de *pricing* que incluíam três novos mecanismos, que se traduziam em contribuições mais elevadas para membros pouco ativos nas atividades de emissão do sistema, sendo que a distribuição dessas contribuições também se faria na proporção da participação de cada membro para a atividade de aquisição de cartões de pagamento.

[249] MORAIS, 2006: 46 e 47.

[250] C 7/95 P, *cit.*, parágrafos 72 a 78.

Cantinas, em que a AdC procurou aproximar o intercâmbio de informação a uma infração por objetivo, entendimento que o TCRS afastou[251].

Todavia, importa não perder de vista que, pelo menos no plano nacional, autores como FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO consideram que não cabe na letra da norma qualquer referência a efeitos potenciais, sob pena de estar em causa o princípio da legalidade aplicável ao tipo contraordenacional do Artigo 9.º da Lei da Concorrência[252]. Também FLÁVIA LOUREIRO rejeita a existência de uma categoria de efeitos restritivos potenciais, referindo-se às infrações por efeito como infrações de resultado[253]. Voltaremos a este ponto no decurso deste trabalho.

Por fim, importa mencionar que, na disposição nacional, o Artigo 9.º da Lei da Concorrência, o legislador incluiu expressamente uma regra *de minimis*, ao referir que são proibidas as condutas que "*tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir* ***de forma sensível a concorrência*** *(…)*", pelo que os acordos ou práticas restritivas só serão proibidos se a limitação da concorrência for significativa.

Os acórdãos do TCL e do TCRS deram corpo a esta esta ideia, conferindo relevância ao enquadramento factual para a caracterização de uma conduta como uma restrição sensível da concorrência. Por exemplo, no chamado *Cartel das Cantinas*, o TCRS refere que "*os efeitos restritivos são assim sensíveis e tanto mais significativos quando olhamos às quotas de mercado das empresas participantes (…)*"[254].

No plano da UE, apesar da ausência expressa da referência ao caráter significativo da restrição da concorrência, os tribunais da UE estabeleceram, desde meados dos anos 1960, no já referido acórdão *Volk*, que esta disposição só seria aplicável quando o impacto da conduta sobre a concorrência fosse sensível[255].

A CE emitiu também, em 2001, como vimos, uma *Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do*

[251] Sentença do TCRS no Processo 88/12.1YUSTR, de 19.05.2013, p. 257.

[252] FIGUEIREDO DIAS & BRANDÃO, 2018: 174.

[253] LOUREIRO, 2017: 370.

[254] Sentença do TCRS, no processo n.º 88/12.1YUSTR, de 19.07.2013, página 260.

[255] Nesse sentido, por exemplo, C-215/96 e C-216/96 - *Carlo Bagnasco e o. Contra Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)*, de 21.01.1999, parágrafos 34 e 35.

artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de minimis)[256]. Esta comunicação incluía também orientações quanto à afetação sensível do comércio, que, em nosso entender, configura uma questão distinta, de que trataremos no ponto seguinte, e que foi objeto de orientações específicas, tendo sido excluída também da revisão da comunicação *de minimis* que teve lugar em 2014 ("**Comunicação *de minimis***")[257].

De acordo com a referida comunicação, a afetação sensível da concorrência é apreciada com base na ponderação das quotas de mercado das empresas envolvidas, com limiares diferenciados para as relações verticais e para as relações horizontais[258].

A subsequente revisão da Comunicação *de minims* procurou incorporar, como veremos mais detidamente no decurso do nosso estudo, desenvolvimentos não consensuais da jurisprudência da UE, desde logo o acórdão *Expedia*, aparentemente circunscrevendo a aplicação desta comunicação a restrições por efeito, questão que tem, também suscitado algumas perplexidades interpretativas[259].

4.1.4 A Afetação Sensível do Comércio dos EM ou no Todo ou em Parte do Mercado Nacional

Por fim, importa considerar que a aplicação do Artigo 101.º do TFUE está limitada a acordos que possam afetar o comércio entre EM, sendo que, se tal não suceder, deverá aplicar-se o

[256] JOCE C 368/13, de 22.12.2001.

[257] *Comunicação da Comissão — Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101. °, n. °1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, JOUE C 291, 30.8.2014, p. 1 – 4.

[258] Comunicação *de minimis*, parágrafo 8. Deste modo, a CE "*considera que os acordos entre empresas que podem afetar o comércio entre os Estados-Membros e que podem ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno não restringem sensivelmente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado: a) Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); ou b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes)*".

[259] C-226/11 - *Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence e o.*, de 13.12.2012. Para mais desenvolvimentos *vide* AKMAN, 2013.

direito interno, no caso português o Artigo 9.º da Lei da Concorrência. Este critério jurisdicional define a fronteira entre a aplicação do direito da UE e do Direito da Concorrência dos EM[260].

A publicação, por parte da CE, das já referidas *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros* não trouxe particular novidade aos princípios derivados da jurisprudência dos tribunais da UE[261]. A única alteração relevante foi o reconhecimento de que a suscetibilidade de impacto no comércio entre os EM terá de ser significativa ou "sensível", tendo em conta que, se o poder de mercado das partes for reduzido, o comércio interestatal não será afetado.

Nas referidas *Orientações*, a CE utiliza critérios quantitativos para excluir determinadas condutas da aplicação do Artigo 101.º do TFUE, com base em volumes de negócios e quotas de mercado[262].

Para este efeito, é normalmente necessário proceder à definição de mercados relevantes, em termos de produto e em termos geográficos, de forma a identificar a extensão do eventual poder de mercado. A definição de mercado, em particular no que concerne o mercado geográfico, oferece uma oportunidade para excluir um acordo do escopo da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, tal como sucedeu, por exemplo, num caso de RPM

---

[260] C-56 e 58/64 – *Consten e Grundig, cit.*, parágrafo 341.

[261] *Comunicação da Comissão - Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.° e 82.° do Tratado*, JOUE C 101 de 27/04/2004 p. 81 - 96.

[262] Assim, a CE considera que "*em princípio, não são susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que satisfaçam, cumulativamente, as seguintes condições: a) A quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante na Comunidade afectado pelo acordo não ultrapassa 5 %, e b) No caso de acordos horizontais, o volume de negócios anual agregado na Comunidade das empresas em causa em relação aos produtos objecto do acordo não é superior a 40 milhões de euros. No caso de acordos respeitantes à compra conjunta de produtos, o volume de negócios relevante é o correspondente à compra agregada dos produtos cobertos pelo acordo. No caso de acordos verticais, o volume de negócios anual agregado na Comunidade do fornecedor em relação aos produtos abrangidos pelo acordo não é superior a 40 milhões de euros. No caso de acordos de licença, o volume de negócios relevante será o volume de negócios agregado dos licenciados em relação aos produtos que incorporam a tecnologia licenciada e o volume de negócios do próprio licenciante em relação a tais produtos. Nos casos que envolvam acordos concluídos entre um comprador e diversos fornecedores, o volume de negócios relevante corresponde à compra agregada pelo comprador dos produtos cobertos pelo acordo*". *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio*, parágrafo 52. A CE aplicará a mesma presunção se, em dois anos civis sucessivos, o limiar do volume de negócios não for excedido em mais de 10 % e o limiar da quota de mercado não for excedido em mais de 2 pontos percentuais. Nos casos em que o acordo se refere a um mercado emergente ainda não existente e as partes, em consequência, não geram volume de negócios relevante nem acumulam qualquer quota de mercado relevante, a Comissão não aplicará esta presunção. Nestes casos, o caráter sensível poderá ter de ser apreciado com base na posição das partes em mercados do produto conexos ou na sua força a nível das tecnologias relativas ao acordo.

aplicado a livros publicados na Alemanha e destinados ao mercado alemão, em que a CE considerou que esta restrição não afetava o comércio entre os EM[263].

Refere ainda a CE, nas ditas *Orientações*, que condutas afetando apenas um EM, dependendo da natureza da infração e, sobretudo, da sua vocação para encerrar o mercado nacional, podem afetar de forma sensível o comércio entre os EM.

Esta abordagem resulta da jurisprudência dos tribunais da UE, que têm interpretado a suscetibilidade de afetação do comércio entre EM de forma ampla, abrangendo todo o tipo de atividade económica transfronteiriça, bem como, provavelmente com excessiva latitude, situações confinadas a um único EM, apesar de nos dispensarmos de discorrer sobre esta questão, uma vez que é periférica ao objeto deste trabalho[264].

No acórdão *Wouters*, o TJUE expressou o entendimento de que as práticas horizontais que cobrem a totalidade de um EM têm o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo Tratado[265]. Em sentido idêntico, no acórdão *Van den Bergh Foods*, este Tribunal considerou que os acordos verticais que cobrem a totalidade de um EM podem, nomeadamente, afetar a estrutura do comércio entre os EM no caso de dificultarem a penetração das empresas de outros EM no mercado nacional em causa, quer através de exportações, quer através de estabelecimentos (efeito de encerramento)[266].

Importa ainda notar que, desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, como veremos mais detidamente infra, as autoridades nacionais podem aplicar as disposições de Direito da Concorrência do TFUE, incluindo o Artigo 101.º.

Neste particular, a prática da AdC tem sido considerar - a par da violação do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, que se aplica desde que haja restrição da concorrência de forma sensível, no todo ou em parte do território nacional - que existe uma violação do Artigo 101.º do TFUE

[263] *Vide* Casos COMP/34.657 – *Sammelrevers* e COMP/35.245 a 35.251 – *Einzelreverse*.

[264] C-8/72 - *Vereniging van Cementhandelaren contra Comissão*, de 17.10.1972, parágrafos 29-30.

[265] C-309/99 - *J. C. J. Wouters e o. contra. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*., de 30.06.2016, parágrafos 77 e 78.

[266] T-65/98 - *Van den Bergh Foods contra CE*, de 23.10.2003, parágrafo 86.

sempre que a alegada restrição afete a globalidade do mercado nacional, seguindo as orientações da CE e a jurisprudência dos tribunais da UE *supra* referidas.

Todavia, os tribunais nacionais têm resistido à aplicação do Artigo 101.º do TFUE, em oposição ao entendimento algo abrangente que tem sido apresentado pela AdC. Por exemplo, na sentença relativa ao designado *Cartel do Sal*, o TCL rejeitou a aplicação do Artigo 81.º do TCE, tendo em conta que a AdC não diligenciou "*pela realização de um qualquer tipo de estudo ou investigação para apurar o peso de cada uma das arguidas no mercado, sendo certo que foi esse o único facto objetivo em que baseou a imputação da afetação do comércio intracomunitário, a AdC ditou o destino desta acusação de improcedência"*[267].

Ademais, na sentença relativa a alegadas práticas restritivas da concorrência no âmbito da *Ordem dos Médicos*, este tribunal persiste num entendimento particular, ao referir que "*o conceito de comércio é um conceito amplo que cobre toda a atividade económica transfronteiriça; que a afetação implica que deve haver impacto nas atividades económicas transfronteiriças* ***que envolva, no mínimo, dois Estados Membros*** *e que a aplicação do critério da afetação do comércio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes*"[268].

Também o TCRS, na sentença relativa ao gás engarrafado (GPL), considerou precipitada a conclusão da AdC no sentido de considerar ter existido uma violação do Artigo 101.º do TFUE[269]. Considerou o Tribunal que "*a presunção de afetação do comércio entre os Estados Membros decorrente do facto de a conduta abranger todo o território (que apenas seria aplicável à Petrogal, tendo por referência o território continental), não é sustentável, face à constatação de que as hipóteses de afetação que concretamente se podem conceber não terem viabilidade suficiente.*" Com efeito, o TCRS desenvolveu uma análise detida dos fluxos comerciais no mercado do GPL engarrafado, em particular importações, exportações e entradas no mercado, tendo entendido que a afetação dos fluxos transfronteiriços "*não ultrapassa, face aos dados apurados,* ***a fronteira da hipótese e da especulação***".

Em suma, em termos práticos, este requisito, da afetação sensível do comércio dos EM ou no todo ou em parte do mercado nacional, pelo menos no plano da UE, tem-se revelado de fácil

[267] Sentença no Processo n.º 965/06.9TYLSB, de 01.05.2007.

[268] Sentença no Processo n.º 851/06.02TYLSB, de 18.01.2007.

[269] Sentença no Processo n.º 102/15.9YUSTR, de 04.01.2016, pp. 200 e ss.

verificação[270]. No plano nacional, os tribunais têm-se mostrado, em grande medida, mais exigentes. Este requisito tem também sido interpretado como levando à conclusão de que "a *principal preocupação deste normativo é a integração do mercado comum*"[271], ideia cuja adequação contrastaremos mais adiante no decurso deste trabalho.

4.1.5 Os Requisitos do Balanço Económico Positivo

Conforme referimos na introdução a este capítulo, a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, quer no plano da UE, quer no plano nacional, tem uma estrutura dualista ou bifurcada.

Com efeito, ainda que os requisitos do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE estejam verificados, o Artigo 101, n.º 3, prevê que a referida proibição não se aplica a condutas que satisfaçam determinadas condições cumulativas, numa apreciação comunmente designada como "balanço económico positivo". Assim, será objeto do balanço económico positivo as condutas de operadores económicos que (i) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico; (ii) reservem aos utilizadores uma parte equitativa do benefício daí resultante; (iii) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; e (iv) não confiram a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

O texto do Artigo 10.º da Lei da Concorrência é muito próximo da redação do Artigo 101.º n.º 3, do TFUE. Existem, todavia, pequenas nuances no texto do artigo nacional, desde logo a referência não só a bens, mas também a serviços. Ademais, o Artigo 10.º, n.º 1, alínea a), inclui uma precisão em relação aos utilizadores relevantes neste âmbito, ao referir-se aos "*utilizadores desses bens ou serviços*". A alínea c) inclui também uma aparente precisão, ao mencionar que a eliminação da concorrência tem de ser aferida em relação a uma parte substancial "*do mercado dos bens ou serviços em causa*"[272].

[270] Nesse sentido KORAH, 2007: 59 e ss.

[271] Nesse sentido, CARAMELO GOMES, 2016: 159.

[272] Estas nuances são realçadas por LOPES PORTO & CALVETE, 2013: 118 e ss.

O paralelismo entre o balanço económico positivo no plano nacional e no plano da UE é reforçado pelo Artigo 10.º, n.º 3, da Lei da Concorrência, que dispõe que são considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que, embora não afetando o comércio entre os EM, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do Artigo 101.º do TFUE[273].

Conforme referido, a CE emitiu, neste particular, em 2004, as *Orientações relativas à aplicação do Artigo 101.º, n.º 3*, no sentido de delimitar diretrizes metodológicas e materiais para a aplicação desta disposição, que têm também sido utilizadas pela AdC e cuja pertinência e atualidade apreciaremos mais detidamente *infra*[274].

Assim, quanto à primeira condição, referiremos apenas, neste momento, que parece remeter para a existência de benefícios que deverão ser aferidos de forma objetiva, pese embora a discussão relativa à natureza económica e não económica destes, a que voltaremos mais adiante. Parece ainda ter de se estabelecer um nexo causal direto entre o acordo e os alegados benefícios, uma vez que as alegações com base em efeitos indiretos são, regra geral, demasiado incertas e demasiado difíceis de verificar para poderem ser tomadas em consideração.

No que respeita à transferência de benefícios para os "utilizadores", notamos, desde logo, as dificuldades interpretativas, que ora aproximam, ora afastam, este conceito do conceito de consumidores finais, questão esta que voltará também a surgir no decurso da nossa investigação. Afigura-se ainda relevante determinar se os benefícios transferidos são capazes de compensar os efeitos negativos causados pelos acordos restritivos da concorrência, embora o escopo preciso dessa aferição possa não estar pacificado. Além disso, a referência à parcela equitativa dos ganhos de eficiência parece apontar para uma compensação parcial do impacto anticoncorrencial do acordo.

Relativamente à indispensabilidade das restrições em questão, parece estar causa uma ideia de proporcionalidade, *i.e.*, sem prejuízo de desenvolvimento ulteriores, a inexistência de outros

[273] Caso, por exemplo, do *Regulamento (UE) n.º 330/2010 da CE, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*, de 20 de abril de 2010, a que voltaremos no curso deste trabalho.

[274] *Comunicação da Comissão sobre as Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do Artigo 101.º do TFUE*, JOUE 101/97, de 27.04.2004, p. 97.

meios economicamente viáveis e menos restritivos para obter os ganhos de eficiência em questão, tendo em conta as condições de mercado e a realidade empresarial enfrentada pelas partes no acordo.

No que respeita à não eliminação da concorrência, este requisito remete para a necessária contextualização da conduta em causa, tendo em conta que, quanto mais enfraquecida estiver a concorrência no mercado relevante, menor será a redução necessária para a eliminar, na aceção do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE.

Por fim, é de mencionar que, conforme refere PATEIRA FERREIRA, a ligação entre a proibição (n.º 1) e a exceção (n.º 3) do Artigo 101.º é uma das questões mais delicadas e problemáticas do Direito da Concorrência europeu[275]. Conforme realça este autor, o TJUE deixou claro que estas normas são indivisíveis e não podem deixar de ser aplicadas em simultâneo, raciocínio que pode igualmente ser transposto para a relação entre o Artigo 9.º e 10.º, n.º 3, da Lei da Concorrência[276].

4.2 DESVALOR JURÍDICO, CONSEQUÊNCIAS SANCIONATÓRIAS E INDEMINIZATÓRIAS

Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, cumpre referir ainda, brevemente, neste capítulo introdutório, para efeitos de enquadramento desta investigação que, tanto o Artigo 101.º, n.º 2, do TFUE, como o Artigo 9.º, n.º 2, da Lei da Concorrência, determinam a nulidade dos acordos entre empresas e das decisões de associações de empresas que constituam uma restrição sensível da concorrência e que não se considerem justificados nos termos do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE ou do Artigo 10.º da Lei da Concorrência.

Ao contrário do que sucedia no n.º 2 do Artigo 4.º do anterior regime português da concorrência, a Lei n.º 18/2003, que estendia a nulidade às práticas concertadas, a Lei da Concorrência prevê a nulidade apenas para os "*acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo número anterior*", deixando expressamente de fora as práticas concertadas, num

[275] PATERIA FERREIRA, 2018, p. 121.

[276] C 13/61 - *De Geus contra Bosch e van Rijn*, de 06.04.1962.

regresso à redação do n.º 2 do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, mais harmonizada com o n.º 2 do Artigo 101.º do TFUE.

Com efeito, considerando que a mera atuação de várias empresas de forma concertada não poderia, em qualquer caso, produzir direitos e deveres juridicamente exigíveis, a previsão da nulidade para este tipo de condutas não traria qualquer contributo neste particular, tendo em conta que não pode deixar de produzir efeitos jurídicos algo que por si já não os produz.

A nulidade aqui prevista enquadra-se num dos grandes fundamentos para a nulidade dos negócios jurídicos que é a violação de lei imperativa, consagrada, de forma global, no Artigo 294.º do Código Civil. Na verdade, nos termos desta disposição, um negócio nulo não produz qualquer efeito desde a sua celebração, sendo essa nulidade insanável.

Decorre da jurisprudência do TJUE que a nulidade ao abrigo do Artigo 101.º, n.º 2, do TFUE deve ser entendida à luz do objetivo de garantir o respeito pelas disposições do Tratado, daí derivando a conclusão de que, para o direito da UE, à semelhança do que sucede no plano nacional, mercê do princípio da conservação dos atos jurídicos, plasmado no Artigo 292.º do Código Civil, e já reconhecido pelo TRL em matéria de Direito da Concorrência, a nulidade em causa aplicar-se-á aos elementos do acordo atingidos pela proibição, salvo se estes elementos se revelarem inseparáveis do próprio acordo, caso em que será nulo em toda a sua extensão. Consequentemente, todas as disposições contratuais não afetadas pela proibição podem manter-se, enquanto os contratos, que têm como núcleo essencial a restrição da concorrência, dificilmente deixarão de ser totalmente nulos[277].

Importa ainda realçar que estas disposições têm, naturalmente, enquadramento na relação *inter partes* em que a nulidade se manifesta, revestindo uma importância central na aplicação do Direito da Concorrência em litígios entre privados tendo em conta que a maioria dos casos em que a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência é invocada entre particulares, nomeadamentenos tribunais portugueses, respeita a situações em que uma das

[277] Nesse sentido, por exemplo, no plano da UE, o já referido acórdão C-56/65 - *Societé Technique Minière*, *cit.* página 388. Esta foi também a conclusão do TRL, no caso *Tabou Calzados c. Ramiro da Conceição*, ao referir que "*as cláusulas de distribuição exclusiva e seletiva que sejam suscetíveis de entravar a concorrência (…) a nulidade das cláusulas acima referidas, quando incluídas num contrato de compra e venda, importa a nulidade de todo o contrato, quando se mostre que este não seria concluído sem a parte viciada, conforme disposto no artigo 292. º do CC*", *cfr.* Acórdão no Processo 494/02, de 09.04.2002.

partes num contrato alegadamente nulo, porque violador das regras de defesa da concorrência, tenta utilizar o argumento da nulidade para se eximir aos potenciais efeitos deste[278].

Para além da nulidade dos atos com uma aparência de forma jurídica, o desrespeito pela proibição de acordo entre empresas, práticas concertadas entre empresas e decisões de associações de empresas que tenham por objetivo ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional ou do mercado interno, é sancionado com a previsão de coimas em montantes que, tipicamente, não têm paralelo no plano do direito sancionatório público.

Quando estejam em causa empresas, as coimas não poderão exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão sancionatória, nos termos do Artigo 68.º, n.º 4, da Lei da Concorrência e do Artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003[279].

Ademais, no plano nacional, estão também previstas, no Artigo 68.º, n.º 4, da Lei da Concorrência, coimas para pessoas singulares que podem ser responsabilizadas nos termos do Artigo 73.º, n.º 5, da Lei da Concorrência, se forem titulares de órgãos de administração ou responsáveis pela direção ou fiscalização das áreas de atividade em que seja praticada a infração em causa. A coima aplicável a pessoas singulares não pode exceder 10% da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infratora no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida[280].

O Artigo 72.º da Lei da Concorrência, bem como o Artigo 24.º do Regulamento n.º 1/2003, admitem ainda, quando se justifique, a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória num montante não superior à média diária do volume de negócios no ano imediatamente anterior à decisão, por dia de atraso, no caso de não acatamento da decisão impondo sanções ou determinando a adoção de determinadas medidas.

---

[278] Neste sentido, CARAMELO GOMES, 2016: 166 e GORJÃO HENRIQUES & ANASTÁCIO, 2013: 101.

[279] MOURA E SILVA, 2011: 37-41, refere que o montante máximo pode, nos termos do regime geral das contraordenações, chegar a 20% no caso de cumulação de infrações.

[280] A Lei da Concorrência prevê ainda, no Artigo 71.º, as sanções acessórias de publicidade da decisão e, mais relevantemente, de privação do direito de participar em procedimentos concursais de formação de contratos, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante.

Além disso, nos termos do Artigo 29.º, n.º 4, da Lei da Concorrência, à semelhança do que sucede no Artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, está prevista a possibilidade de imposição de medidas de conduta ou de caráter estrutural necessárias para pôr termo à infração em causa.

Por fim, o "calvário" dos infratores das disposições de Direito da Concorrência contempla ainda a eventual satisfação de pretensões indemnizatórias, na medida em que seja demonstrada a efetiva existência de danos decorrentes da conduta ilícita na esfera de outros operadores económicos.

Quanto este último ponto, importa realçar que a CE tem procurado facilitar o exercício do direito à indemnização, promovendo a criação de um regime especial em relação à responsabilidade extracontratual nos termos gerais do Código Civil. Com efeito, a Diretiva de Danos, transposta em Portugal pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho ("**Lei de Transposição**"), introduz um conjunto de medidas relevantes para facilitar o recurso a ações deste tipo, em virtude de infrações de Direito da Concorrência, e que, no caso português, passam, inclusivamente, pela atribuição de competência a um tribunal de competência especializada, como é o TCRS[281].

Na verdade, a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência tem um caráter híbrido, com aspetos de direito público e de direito privado, podendo ser chamada à colação em qualquer destas esferas, em função do caso concreto (para utilizar a expressão anglo-saxónica, *public* ou *private enforcement*)[282].

Deste modo, decorre do *supra* exposto a gravidade e magnitude das consequências das infrações à proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência no plano nacional e no plano da UE, ideia que devemos transportar para o remanescente deste trabalho.

[281] Para mais desenvolvimentos, *vide* CAIMOTO DUARTE, FARIA & COUTO, 2018.

[282] TORRE SUSTAETA, 2014: 21.

4.3 A NATUREZA DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

O Artigo 23.º, n.º 5, do Regulamento 1/2003, à semelhança do que sucedia no Artigo 15.º, n.º 4, do Regulamento 17/62, afasta, expressamente, que as coimas impostas por infrações ao Direito da Concorrência no plano da UE tenham natureza penal, ao contrário do que vimos suceder nos EUA e em alguns ordenamentos anglo-saxónicos, pelo que as normas de Direito da Concorrência e os respetivos processos não terão também, consequentemente, pelo menos de um ponto de vista formal, esta natureza.

Todavia, tendo em conta a previsão, neste regulamento, de sanções com propósitos dissuasores e de punição, tal não significa que não tenha de existir um sistema garantístico, de forma a assegurar os direitos fundamentais dos visados, em particular os direitos de defesa.

Na verdade, o debate relativo à natureza da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência incluída no TFUE, bem como do processo relativo à aplicação destas disposições, teve lugar, em grande medida, junto do TEDH, numa época em que os direitos fundamentais, incluindo as garantias em sede de processos sancionatórios, tinham uma existência particularmente tímida no plano da UE.

Com efeito, a proteção dos direitos fundamentais não foi explicitamente incluída nos tratados fundadores das comunidades, que continham apenas referências, muito genéricas, a princípios gerais de igualdade e de liberdade.

A referência explícita aos direitos fundamentais no plano dos tratados surgiu apenas com as alterações incluídas no Tratado de Maastricht, sendo que, nos termos do Artigo F do TUE, passou a fazer-se uma referência expressa ao respeito por esses direitos, nos termos da CEDH e das tradições constitucionais dos EM, enquanto princípios gerais do direito comunitário[283].

[283] "*A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário*".

Posteriormente, com a revisão operada pelo Tratado de Lisboa, passou a estar prevista a adesão da UE à CEDH, adesão esta que continua a ser trabalhada e que enfrentou alguns revezes[284]. No entanto, nos termos desta revisão, a CDFUE, a carta de direitos fundamentais da UE, elaborada com base na CEDH, na Carta Social Europeia e nas tradições constitucionais comuns aos EM, originalmente proclamada aquando do Tratado de Nice, passou a ter o mesmo valor do que os tratados.

Na verdade, o debate relativo à natureza das normas sancionatórias de Direito da Concorrência antecede a recente consagração formal dos direitos fundamentais no Tratado e teve como enquadramento essencial a CEDH, tendo-se colocado questões relativas à aplicação dos princípios típicos do direito sancionatório aos processos de práticas restritivas da concorrência conduzidos pela UE.

O TEDH, desde os anos 1970, estabeleceu uma série de critérios no sentido de determinar se uma norma deveria ser considerada penal para efeitos da aplicação da CEDH, em particular para os propósitos da garantia de um processo equitativo, prevista no Artigo 6.º da CEDH, critérios esses que se afiguravam suficientemente abrangentes para incluírem as normas de concorrência do TFUE.

Com efeito, no acórdão *Engel contra Netherlands*, o TEDH considerou que, mesmo que as normas em causa fossem excluídas da esfera do direito penal, poderia ainda ser-lhes reconhecida essa natureza, para efeitos de aplicação da CEDH, se a disposição tivesse caráter e aplicação geral, ou se a sanção funcionasse como prevenção ou castigo (em lugar de ter sido imposta como compensação pecuniária pelo dano causado)[285].

Os acórdãos subsequentes, incluindo os que aplicaram o critério do acórdão *Engel*, em particular o muito citado acórdão *Menarini*, sugerem que as normas de Direito da Concorrência, bem como as respetivas sanções e procedimentos, devem ser considerados de natureza criminal, para efeitos de aplicação da CEDH[286]. Tendo em conta os critérios deste acórdão, que se

[284] Para mais informação quanto a este ponto, vide http://www.europarl.europa.eu/committees/en/afco/events-hearings.html?id=20160420CHE00201 (consultado em 11 de maio de 2019). Para mais desenvolvimentos FORMIGA ANTUNES, 2018.

[285] Processo n-º 5101/71, 5354/72, 5102/71, 5370/72 - *Engel e Outros contra Netherlands*, de 8.06.1976.

[286] Processo n.º 43509/08 - *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, de 27.09.2011. *Vide* BRONCKERS, & VALLERY, 2012: 44-46.

centraram no caráter geral das infrações e no efeito preventivo e retributivo das sanções, podemos concluir que a generalidade das infrações de concorrência preenche estes requisitos.

Também o TJUE, no acórdão *Dansk Rørindustri*, reconheceu a aplicação de princípios de direito penal, incluindo os previstos na CEDH, à implementação do Direito da Concorrência, *in casu* a proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência prevista no Tratado[287].

No que se refere à aplicação dos princípios da CDFUE a este tipo de processos, o TJUE, por exemplo, no acórdão *KME Germany*, reconheceu, igualmente, a aplicação da carta a matérias de concorrência, apesar de não a ter aplicado à situação em análise[288].

No mesmo sentido, vão as conclusões do AG Darmón no caso *Woodpulp*, a que voltaremos, ao referirem que "*a Commission decision in the field of competition (…), particularly where it orders a trader to pay a fine and is therefore* ***manifestly of a penal nature***[289]. Também as conclusões da AG Kokott no processo *Alliance One International* caracterizaram os processos de cartel como processos de natureza penal ou quase penal[290]. Na verdade, a AG considerou, a propósito da impossibilidade de o interessando tomar conhecimento dos fundamentos da decisão, que a "*apresentação ex post facto dos fundamentos» perante o Tribunal Geral é particularmente rigorosa nos* ***processos penais e quase penais****, como os processos em matéria de concorrência*".

Assim, podemos concluir que a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência no TFUE, tendo em conta a sua aplicação geral e a imposição de coimas punitivas, tem uma natureza criminal para os propósitos da CEDH e da CDFUE, garantindo que determinados princípios base do direito penal e, em geral, do direito sancionatório público, a que voltaremos de forma mais detida *infra*, serão aplicáveis a este âmbito.

Contudo, este entendimento geral tem merecido algumas nuances. O AG Sharpston afirmou, nas suas conclusões no acórdão *KME Germany*, citando o acórdão do TEDH no processo *Jussila*, que a aplicação do Direito da Concorrência "*não se insere no núcleo duro do direito*

[287] C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, 28.06.2005.

[288] C-272/09 P - *KME Germany contra CE*, 8.12.2011.

[289] Conclusões do AG Darmón no caso C-89/85 - *Ahlström Osakeyhtiö e outros contra CE*, de 07.07.1992.

[290] C- 628/10 P e C-14/11 P - *Alliance One International Inc. e outros contra Comissão Europeia*, de 12.01.2012, parágrafo 111.

penal; consequentemente, as garantias oferecidas pela vertente penal […] não devem necessariamente ser aplicadas com todo o seu rigor"[291].

Também a AG Kokott chamou a atenção para esta circunstância. Depois de começar por equiparar o Direito da Concorrência ao direito penal económico, a AG referiu que aquele não faz parte do "*direito penal clássico*"[292].

No mesmo sentido, o TG, no acórdão *Schindler*, afirmou que, apesar do alargamento da aplicação das garantias penais da CEDH a "*domínios que não se integram formalmente nas categorias tradicionais do direito penal, tais como as sanções pecuniárias aplicadas por violação do direito da concorrência*", é importante considerar que "*quanto às categorias que não fazem parte do núcleo duro do direito penal, o TEDH especificou que as garantias proporcionadas pela vertente penal do artigo 6.° não devem necessariamente aplicar-se em todo o seu rigor*"[293].

No caso *Stenuit*, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos (o órgão que ajudava o TEDH a aplicar a CEDH e que, posteriormente, se integrou no próprio Tribunal) entendeu que uma coima, nos termos do direito francês, de até 5% do volume de negócios anual era uma sanção característica do direito penal[294].

Além disso, no assunto *Allenet de Ribernont,* ficou claro que o princípio da presunção da inocência, que é uma garantia processual nos processos penais, impõe exigências reforçadas, não só aos tribunais penais, mas também às demais autoridades[295].

Em qualquer caso, decorre do *supra* exposto que, ainda que não seja aplicado o nível de exigência máximo, os tribunais da UE parecem ter aceitado que as sanções impostas no Direito da Concorrência da UE se situam, pelo menos, na periferia do direito penal, o que significa que lhes serão aplicáveis a generalidade dos princípios e garantias de direito penal, sendo, não só legítimo, como desejável, fazer-se um paralelismo com este direito.

---

[291] Conclusões no processo C-272/09 *KME Germany*, *cit.*, parágrafo 66.

[292] Conclusões no processo C-109/10 - *Solvay SA contra Comissão Europeia*, parágrafos 255 a 257.

[293] T-138/07 - *Schindler*, *cit.*, parágrafo 52.

[294] O assunto não chegou a ser formalmente decidido devido à retirada do governo francês, que aceitou as alegações dos demandantes. *Stenuit contra França*, de 24 fevereiro de 1992.

[295] *Allenet de Rebemont contra França*, de 10 de fevereiro de 1995.

Na verdade, é ponto assente nos vários ordenamentos que os sistemas sancionatórios de Direito da Concorrência se devem aproximar, tanto quando possível, dos procedimentos e garantias do direito penal, motivo pelo qual deverão aplicar-se à interpretação e implementação destas disposições os princípios e a dogmática deste direito.

As disposições da concorrência no plano nacional, em particular a proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência incluídas no Artigo 9.º da Lei da Concorrência, têm, como vimos, uma natureza contraordenacional. Com efeito, o Artigo 68.º da Lei da Concorrência estipula que "*Constitui contraordenação punível com coima: a) A violação do disposto nos artigos 9.º (…)*". Nos termos do Artigo 13.º da Lei da Concorrência, os processos por infração ao disposto no Artigo 9.º desta Lei e no Artigo 101.º do TFUE regem-se, subsidiariamente, pelo disposto no RGCO e no CPP. Na verdade, relembramos que o legislador português escolheu o direito de mera ordenação social como o enquadramento da tutela sancionatória das práticas restritivas da concorrência desde a primeira lei da concorrência moderna.

Efetivamente, o modelo global dos ilícitos de contraordenação social, de inspiração alemã, foi pela primeira vez consagrado no fim dos anos 1970 em Portugal e tem sido aplicado a um conjunto muito relevante de infrações económicas, incluindo infrações de concorrência[296]. No ordenamento jurídico de origem das contraordenações, a Alemanha, as infrações de concorrência seguem também o modelo de contraordenações, enquanto EM como Itália e Espanha adotaram um sistema de contravenções, que partilha, no essencial, os mesmos problemas e perplexidades no que a esta problemática diz respeito[297].

Em termos formais, o direito contraordenacional distingue-se do direito penal na medida em que as coimas são sanções exclusivamente patrimoniais, sendo que constituem, nas palavras de

[296] A primeira consagração legislativa desta conceção teve lugar na República Federal Alemã logo após a II Guerra Mundial. Deu-se assim expressão legal ao estudos e recomendações de Eberhard Schmidt no sentido da criação da contraordenação como categoria que visaria a satisfação de três ordens diferentes de necessidades: a de que se retirasse dos quadros do direito penal um larguíssimo número de infrações de nula ou duvidosa relevância ético-social, remetendo-as para os quadros do direito administrativo; a de que essas infrações não fossem ameaçadas com penas criminais, mas com meras advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas, onde ganhasse preponderância o caráter dissuasor próprio das sanções unicamente pecuniárias; e a de que se revestisse o processamento destas infrações de especificidades que permitissem a aplicação das sanções pelos agentes administrativos encarregados da fiscalização e controlo das respetivas atividades.

[297] VILELA, 2013: 168.

FIGUEIREDO DIAS, "*penas não criminais*"[298]. Este critério formal parece resultar, desde logo, do RGCO, no seu Artigo 1.º, que dispõe que "*Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um* ***tipo legal no qual se comine uma coima***".

Ao critério formal de distinção, que separa sanções exclusivamente patrimoniais das penas que têm uma natureza eventual privativa da liberdade, acrescerá um critério material. O preâmbulo do RGCO que, como vimos, se aplica, subsidiariamente, aos processos de práticas restritivas da concorrência, refere-se a uma ideia substantiva que se reconduz à necessidade de o Estado edificar um novo direito sancionatório para condutas que "*apesar de socialmente intoleráveis, não atingem dignidade penal",* em particular no que concerne *"as infrações contra a economia nacional e o ambiente, bem como a protecção dos consumidores, que tornam o regime das contra-ordenações verdadeiramente imprescindível*."

Tipicamente, aponta-se para o caráter ético-socialmente indiferente da conduta. Nesse sentido, por exemplo, o TC, citando EDUARDO CORREIA, ao referir que "*entre os dois ramos de direito medeia uma autêntica diferença: não se trata apenas de uma diferença de quantidade ou puramente formal, mas de uma diferença de natureza*"[299]. FIGUEIREDO DIAS mitiga esta ideia, ao referir que todo o ilícito ofende um bem juridicamente protegido, embora existam variações em termos de relevância ético-social. TAIPA DE CARVALHO considera que o ilícito de mera ordenação social não se pode considerar um direito de bagatelas, sendo que a referência a "mera" "*pode contribuir para iludir ou contornar a realidade. A realidade que o direito de mera ordenação social não protege uma qualquer ordenação social, como que seguindo o capricho do legislador, mas sim tutela de valores sociais*"[300]. Na verdade, segundo este autor, o direito contraordenacional tem como finalidade a tutela de valores sociais não fundamentais para a vida em comunidade[301]. COSTA ANDRADE, por seu turno, argumenta que a elevação de uma conduta à dignidade de juridicamente proibida lhe confere "*uma irrecusável carga ética*"[302]. No mesmo sentido, CAVALEIRO FERREIRA considera que "*a maior ou menor eticidade*

[298] FIGUEIREDO DIAS, 2001: 136 e ss.

[299] Acórdão n.º 158/92.

[300] TAIPA DE CARVALHO: 128 e 129.

[301] TAIPA DE CARVALHO: p. 117.

[302] COSTA ANDRADE, 1980; 99.

é sempre e ainda um problema de quantidade e não justifica a distinção essencial que se procura".

Assim, há condutas eticamente relevantes em relação às quais o legislador entende como suficiente e adequada a tutela contraordenacional, sendo puníveis como contraordenações, por força do princípio constitucional da subsidiariedade do direito penal. Nestes casos, a punição da conduta a título contraordenacional deve-se a um juízo político-criminal de desnecessidade da tutela penal[303].

Se o direito contraordenacional fará, em teoria, parte do Direito Administrativo, estará mais próximo do Direito Penal ou se pode definir como direito público sancionatório não é uma discussão que necessitemos de empreender aprofundadamente neste ponto[304]. O que entendemos ter demonstrado estar assente é a aplicabilidade a contraordenações de princípios tradicionalmente ligados ao direito penal e ao direito processual penal, estando, como vimos, este paralelismo reconhecido pelo próprio legislador no Artigo 32.º do RGCO.

Deste modo, a conclusão necessária é a de que o direito de mera ordenação social é um ramo do direito sancionatório público, com uma conexão ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Este tem sido também o entendimento do TC, que considera que está "*consolidado no pensamento constitucional que* ***o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal****, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos*"[305].

Esta ligação, como ensina PINTO DE ALBUQUERQUE, reflete-se na equiparação das garantias constitucionais da reserva de competência da Assembleia da República e da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade (Artigos 165.º, n.º 1, alínea d, e 282.º, n.º 3, da CRP), na aplicação subsidiária do Direito Penal no RGCO (Artigo 31.º), na reprodução de regras de punição do Direito Penal do RGCO (casos dos Artigos 1.º a 6.º e 8.º a 16.º), na integração do regime das garantias do processo contraordenacional no mesmo preceito constitucional das garantias do processo penal (Artigo 32.º da CRP), na aplicação subsidiária do Direito

[303] FIGUEIREDO DIAS, 1983a: 23 e COSTA PINTO, 1997, p. 257.

[304] Para uma discussão relativa a este tema, *vide* LOPES DE AZEVEDO, 2011: 72 – 77.

[305] Acórdão do TC n.º 41/2004, de 14 de janeiro.

Processual Penal no RGCO (Artigo 41.º, n.º 1), o conhecimento das contraordenações no processo criminal, no caso de concurso de contraordenações e crimes (Artigo 38.º), no reconhecimento às autoridades administrativas dos direitos e deveres do MP durante a fase administrativa do processo contraordenacional (artigo 41.º, n.º 2), na incriminação da violação do segredo de justiça no processo contraordenacional nos termos que valem para o processo criminal (Artigo 371.º do CP) e a recorribilidade da decisão administrativa final e das decisões administrativas interlocutórias mais graves junto do tribunal judicial e não do tribunal administrativo (Artigos 55.º e 59.º)[306].

No que diz respeito especificamente às contraordenações previstas na Lei da Concorrência, importa não perder de vista que as infrações de Direito da Concorrência são o exemplo típico das grandes contraordenações, tendo em conta a magnitude das sanções previstas. Como realçam FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, o limite máximo de até 10% do volume de negócios das empresas participantes na infração (ou 20%, no entender de MOURA E SILVA, como referimos *supra*), pode resultar em montantes superiores à pena de multa máxima abstratamente aplicável a pessoas coletivas pelo cometimento de crimes, que, tendo em conta a leitura conjugada do Artigo 77.º, n.º 2, e do Artigo 90.º B do Código Penal, não pode ultrapassar os 30 milhões de euros[307].

Também FLÁVIA LOUREIRO realça que, muito embora os instrumentos legislativos afastem expressamente a natureza penal dos mecanismos aí previstos, a verdade é que a substância das disposições em causa suscita cada vez maiores dúvidas, em virtude de um conjunto muito relevante de fatores[308].

Por um lado, importa considerar que a intensificação dos poderes investigatórios da CE e das autoridades nacionais, a quem assiste, como vimos, a possibilidade de fazer buscas, de exigir a entrega de documentos, de inquirir intervenientes ou testemunhas, de selar instalações, poderes com uma intensidade tipicamente desconhecida do direito administrativo sancionatório. Neste contexto, a Diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos EM competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom

[306] PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011: 29.

[307] FIGUEIREDO DIAS, & BRANDÃO, 2014: 452-453.

[308] LOUREIRO, 2017: 151.

funcionamento do mercado interno ("**Diretiva ECN +**"), prevê, inclusivamente, no Artigo 32.º, a admissibilidade de meios de prova que incluem "*documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, **gravações** e quaisquer outros objetos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas*"[309]. A referência a gravações ocultas realizadas por particulares como meio de prova de infrações de direito da concorrência, incluindo, naturalmente, a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, que consta também do Considerando 73, contrasta com a inadmissibilidade deste meio de prova, no ordenamento português, para provar infrações criminais, e faz soar os alarmes da incoerência sistemática e das compressão dos direitos de defesa. Veremos em que termos se realizará a transposição deste enquadramento normativo[310].

Por outro, a própria introdução dos programas de clemência no plano da UE e no plano nacional, a que já nos referimos anteriormente, importada do direito norte-americano, remete-nos para a realidade criminal[311]. O favorecimento do denunciante (no caso, com a possibilidade de completa imunidade em certas hipóteses), sendo em si próprio uma negação do direito à justiça, só poderá existir para a tutela de um bem maior, que, tipicamente, não se inclui na esfera do direito sancionatório administrativo.

Com efeito, a tomada de empréstimo de mecanismos de Direito Penal é de tal ordem no campo do Direito da Concorrência, que acompanhamos WILS e HARDING quando consideram o direito repressivo de tais condutas como um direito material ou substancialmente penal e assim permanecerá, em termos materiais, independentemente do regime supletivo que lhe seja definido pelo legislador[312].

[309] JOUE L 11/3, 14.01.2019. Para mais desenvolvimentos relativamente a este enquadramento normativo *vide* GAVALA, GUTERMUTH & GYSELEN, 2018.

[310] Para mais desenvolvimentos relativamente à transposição da Diretiva ECN +, *vide* MELÍCIAS & PRATES, 2019: 117-122.

[311] GUZMÁN DALBORA, 2011: 209-235 e FIGUEIREDO DIAS & LOUREIRO, 2013: 709.

[312] WILS, 2006: 61-109, e HARDING, 2011: 359-380. Com efeito, as discussões em curso no ordenamento jurídico nacional no sentido de excluir a remissão para o RGCO como regime supletivo não alterarão, em nosso entender, a natureza materal das dispsições e a necessidade de tutela dos visados.

Nesse sentido, a aplicação da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência, enquanto disposição contraordenacional, terá de se enquadrar na dogmática contraordenacional, a qual, por seu turno, é enformada, em grande medida, pelos princípios do Direito Penal.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS & NUNO BRANDÃO "*por maiores e mais relevantes que sejam as especificidades do direito da concorrência, não podem ser levadas ao ponto de subverter ou comprometar o cerne dos princípios e das estruturas típicas nucleares do direito sancionatório que é legalmente chamado a assegurar a sua tutela, no caso português, o direio de mera ordenação social*"[313]. NUNO BRANDÃO realça ainda que não seria conforme com uma ideia de Estado de Direito, ou até mesmo com o respeito devido pelo Estado à dignidade pessoal de cada um, a possibilidade de se punir contraordenacionalmente sem lei prévia e sem culpa. Quando assim não seja, são as próprias ideias de Justiça e de Direito que são negadas, seja a punição desferida no âmbito penal, seja no âmbito contraordenacional[314].

Assim, entendemos que existe fundamento para a aplicação dos princípios e da dogmática do direito sancionatório, do RGCO e inclusivamente do Direito Penal, à delimitação dos elementos do tipo sancionatório do Artigo 101.º1, n.º 1, do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência e, em particular, à delimitação do conceito de práticas concertadas.

4.4 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA PROIBIÇÃO – O SUBSTRATO ECONÓMICO DA PROIBIÇÃO DE ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

O último ponto que gostaríamos de introduzir na Parte I do nosso trabalho prende-se com o bem jurídico tutelado pela proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência e que constitui, afinal, o pano de fundo e o critério fundamental de aplicação da disposição.

Como vimos, tanto no plano da UE, como no plano nacional, misturaram-se, desde cedo, na aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, interesses de natureza político-social, de política industrial, cultural ou até de política ambiental.

[313] FIGUEIREDO DIAS & BRANDÃO, 2014: 450.

[314] BRANDÃO, 2016: 882.

Também no plano nacional, podemos encontrar ecos desta perspetiva no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, o regime da concorrência que vigorou nos anos 1990, que coloca o Direito da Concorrência como contribuindo para "*a liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para a salvaguarda dos interesses dos consumidores*."

Como refere CASTRO GUERRA, existem nesta referência propósitos múltiplos e contraditórios entre si. Por um lado, propósitos de eficiência estática e dinâmica e, por outro, preocupações de equidade, que podiam ser tuteladas, segundo este enquadramento normativo, desde que fosse garantida a existência de mercados concorrenciais. Nas palavras deste autor, "*os teoremas do bem-estar dizem-nos que eficiência e equidade nem sempre são objetivos compatíveis.*"[315].

A circunstância de terem sido misturados no Direito da Concorrência objetivos de outra índole pode explicar-se, como refere ODUDU, pelo facto de este Direitoter conferido à CE, deste o seu estádio inicial, e tal como decorre do nosso estudo, poderes de verdadeira autoridade supranacional, sem paralelo noutras áreas da política da UE, que esta aproveitou para estender a problemáticas vizinhas, caracterizando-as, equivocamente, conforme demonstraremos, como questões de concorrência[316].

Em nosso entender, como já fomos deixando transparecer ao longo deste trabalho, não cabem na letra destas disposições quaisquer considerações de cariz não económico e, em particular, quaisquer considerações não relacionadas com Direito daConcorrência[317].

---

[315] CASTRO GUERRA, 1997: 101.

[316] ODUDU, 2010: 248-250.

[317] Nesse sentido, GYSELEN, 2017: 116. Desde logo, importa não perder de vista que os Artigos 101.º, n.º 1, do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência assumem uma conotação de materialidade económica, desde logo pela menção a empresas, práticas concertadas e restrição da concorrência por objeto ou por efeito. É também marcadamente económico o conteúdo das disposições relativas ao balanço económico positivo, que constitui uma exceção à proibição geral. Estas disposições fazem, por um lado, referência à melhoria da produção ou da distribuição dos produtos e à promoção do progresso técnico ou económico e, por outro, à necessidade de reservar uma fatia desse benefício para os utilizadores, exigindo-se ainda a indispensabilidade da restrição e a não afetação substancial da concorrência. Uma abordagem eminentemente económica resulta igualmente do preâmbulo do primeiro regime jurídico da concorrência moderno vigente em Portugal. O Decreto-Lei 422/83, de 3 de dezembro, referia, no seu preâmbulo, que "A defesa da concorrência constitui, na verdade, um dos instrumentos essenciais da política económica, sendo-lhe comummente reconhecidas duas grandes virtualidades: a de garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de qualidade e de preço, e a de estimular as

Para além do argumento literal, reiteramos o entendimento de BLAIR e SOKOL, no sentido de que objetivos não relacionados com a eficiência económica não devem ser considerados na aplicação do Direito da Concorrência, desde logo porque existem mecanismos mais adequados para tutelar valores sociais, ambientais, culturais, políticos, como, por exemplo, a regulação setorial, que, além disso, está mais preparada para ter em conta *trade-offs* políticos, em virtude dos seus objetivos mais amplos, de tutela do interesse público[318]. Ademais, a aplicação de Direito da Concorrência em função de uma multiplicidade de objetivos de natureza político-social seria um convite à interpretação e aplicação arbitrárias destas disposições, que, acresce, têm consequências, como vimos, bastante gravosas para as empresas e concorreria para a fragilização da certeza jurídica na interpretação de disposições que devem balizar o comportamento dos agentes económicos, em particular quando estas disposições se aplicam plenamente, sem necessidade de qualquer intermediação da CE ou das autoridades de concorrência nacionais[319].

A tentativa de utilizar o Direito da Concorrência e, em particular, os Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência, não é, como poderia parecer, uma tendência do passado. Recentemente ressurgiram ideias de prossecução de objetivos de política industrial, reminiscentes do eixo franco-alemão em sede do Tratado CECA, e tem-se instalado a ideia de que cabe ao direito da concorrência dar resposta a situações de barreiras à entrada e de poder de mercado que podem ter alternativas regulatórias *ex ante*. Na verdade, a expansão dos mercados digitais e a importância do acesso a *big data* têm sido acompanhados de apelos para a intervenção do direito da concorrência em questões relacionadas com a privacidade e com o acesso aos dados, como por exemplo, no muito debatido caso que opõe os prestadores *Fintech* às instituições de crédito tradicionais[320].

Também nestes casos, mais contemporâneos, entendemos que podem existir mecanismos regulatórios mais adequados para prosseguir objetivos de regulação do acesso a determinadas atividades e para tutelar a privacidade *online*, sem excluirmos, todavia, a intervenção do direito

empresas a racionalizar ao máximo a produção e a distribuição dos bens e serviços e a adaptarem-se constantemente ao progresso técnico e científico".

[318] SOKOL, 2009:133-35.

[319] BORK, 1993.

[320] Para mais desenvolvimento *vide* FARIA, 2017.

da concorrência em situações particulares, nos termos que detalharemos, *infra*, ao longo do nosso trabalho.

A promoção da integração económica no espaço da UE mereceu especial destaque na determinação dos bens jurídicos tutelados pela proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência e foi considerada, como vimos *supra*, em muitos momentos, uma particularidade do Direito da Concorrência da UE. Na verdade, uma pretensa interpretação teleológica do Artigo 101.º do TFUE ligaria esta disposição aos objetivos incluídos no anterior Artigo 3.º alínea g), do TCE - que autores como PEREIRA RICARDO transpõem para o Artigo 3.º, n.º 3, do TFUE e para o Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência, anexo ao TUE e ao TFUE -, no sentido de que a promoção da concorrência estaria ao serviço do mercado interno[321].

Em nosso entender, a visão do Direito da Concorrência como uma "ferramenta" da integração não é também de acolher por motivos que, em grande medida, se sobrepõem aos fundamentos referidos para afastar a tutela de bens jurídicos não relacionados com objetivos de eficiência e que nos dispensámos de repetir neste ponto. Realçamos apenas o entendimento de que o objetivo legítimo da integração do mercado da UE poderá ser prosseguido de forma mais adequada por outros instrumentos de política pública que não o Direito da Concorrência. Na verdade, importa não perder de vista que a integração do mercado é largamente limitada por fatores como as disparidades fiscais e as diferentes intervenções por parte dos reguladores setoriais dos EM, *i.e.*, fatores que não pertencem às esferas das empresas e que não lhes são imputáveis, mas aos próprios EM[322].

Acrescentaríamos ainda, quanto a este ponto, que a descentralização da aplicação do Artigo 101.º do TFUE, em particular no que concerne ao balanço económico positivo, afasta igualmente a consecução do mercado interno como objetivo do Direito da Concorrência, tendo em conta que os tribunais nacionais e as autoridades de concorrência estarão, necessariamente,

[321] PEREIRA RICARDO, 2011: 274.

[322] Exemplos disso mesmo são a indústria automóvel, em que as diferenças de preços resultam, de sobremaneira, de diferentes níveis fiscais, e a indústria farmacêutica, em que as diferentes escolhas em termos de intervenção regulatória motivam, em grande medida, as diferenças de preços. DESOGUS,2010.

mal posicionados para dar sequência a uma visão de implementação daquele Direito de acordo com objetivos políticos no plano da UE.

Ademais, importa ainda chamar a atenção para o facto de não existir uma contraposição necessária entre a integração económica no espaço da UE e o incremento da eficiência económica. Conforme referem BLAIR & KASERMAN, "*when market division works well, there is no competition at all…market division is even worse than price fixing and certainly deserves equally harsh treatment in antitrust terms*"[323]. Assim, numa fase inicial do desenvolvimento do direito da UE, como vimos, a eficiência económica e a integração económica foram utilizadas, talvez precipitadamente, como sinónimos. Como refere GERBER, "*there was litlle reason to distinguish between [efficiency and integration]; they were related or and mutually reinforcing. The extent that competition law eliminated obstacles to the flow of goods, services, and capital across European borders, for example, it served the causa of unifying the market while simultaneously benefiting consumers by increasing the number of actual and potential competition in European markets*"[324].

Esta ideia de identificação entre eficiência económica e integração de mercado está também presente, no plano nacional, no preâmbulo do já referido Decreto-Lei 371/93, de 29 de outubro, que coloca o enfoque na evolução das estruturas da economia, mercê da liberalização, desregulamentação e privatização da atividade económica, do avanço da integração europeia e da internacionalização, referindo que "*A crescente interpenetração das economias e integração dos mercados nacionais torna imprescindível uma correcta articulação das diferentes políticas nacionais de concorrência como condição indispensável para a promoção da competitividade das estruturas económicas*".

Esta precipitação parece manter-se, embora de forma menos explícita, nas *Orientações relativas à aplicação do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE*, que já não mencionam a integração do mercado como um objetivo do Artigo 101.º do TFEU, mas a apresentam como um instrumento que serve exatamente o mesmo objetivo da proteção da concorrência[325].

[323] BLAIR & KASERMAN, 1985: 169.

[324] GERBER, 1994: 103 e 119-120.

[325] Orientações relativas ao Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, parágrafo 13.

A precipitação desta identificação é, no entanto, demonstrada pelo facto de se terem identificado, claramente, situações em que a prossecução de objetivos de integração económica se afasta da promoção da eficiência económica. Nesse sentido, a prossecução destes objetivos à custa da eficiência prejudicaria a razão de ser da integração económica como ferramenta de prossecução de resultados economicamente eficientes. Um exemplo disso mesmo é, como vimos anteriormente, a proteção das importações paralelas, em relação às quais, como realça SOFIA OLIVEIRA PAIS, pode ser precipitado presumir prejuízos em termos de eficiência, pese embora as vantagens em termos de integração económica que esta pode representar[326]. Na verdade, conforme resumem VAN DEN BERGH e CAMESASCA, se os distribuidores estiverem já ativos em diversos EM os consumidores irão beneficiar de uma comparação das várias alternativas no mercado de forma a adquirirem os produtos nos EM em que os preços forem mais reduzidos. Todavia, a conclusão será necessariamente diferente se for adotada uma perspetiva *ex ante, i.e.*, se procurarmos determinar como é que as empresas que pretendem atuar no mercado interno levam a que os distribuidores locais façam investimentos para estabelecer uma marca num determinado mercado geográfico, teremos de reconhecer virtualidades à proteção territorial conferida ao distribuidor, de forma a permitir que este possa recuperar o investimento[327].

Assim, se a falta de proteção contra o efeito de boleia impede algumas empresas de se tornarem distribuidoras em alguns EM, a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência pode ter o efeito oposto àquele que motivou a sua implementação, uma vez que, se os distribuidores forem desincentivados de conquistar novos mercados, os consumidores sofrerão as consequência da limitação da concorrência intermarcas[328].

Esta confusão de planos afetou ainda normas de concorrência dos EM que se afiguravam superiores do ponto de vista da eficiência e que foram alteradas no sentido de se conformarem com o Direito da Concorrência da UE. Um exemplo elucidativo é a abolição das regras alemãs

[326] OLIVEIRA PAIS, 2011: 598.

[327] VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006: 241 e ss.

[328] MALUEG & SCHWARTZ, 1994 e VARIAN, 1985. Por outro lado, se, em resposta à uniformidade dos preços, as empresas se retirarem de mercados com elevada elasticidade preço da procuraem lugar de uniformizarem os preços nos vários mercados, os consumidores, particularmente os mais pobres, podem enfrentar uma redução em termos de escolha de produto, pelo que o efeito global da proteção das importações paralelas pode ser prejudicial em termos de eficiência e de equidade *Cfr*. REY, 2003.

relativas a restrições verticais. Historicamente, o Direito da Concorrência alemão fazia uma distinção clara entre restrições verticais e horizontais, sendo as primeiras proibidas e sujeitas a exceções específicas e as últimas sujeitas a um mero controlo de abuso. No que diz respeito a este último ponto, a adoção de um princípio de abuso significava que as restrições verticais poderiam ser consideradas ilegais por uma autoridade de concorrência com efeitos apenas para o futuro. Todavia, em 2005, a sétima alteração da GWB alinhou o regime alemão relativo às restrições verticais com o Direito da Concorrência da UE. Consequentemente, estas restrições têm de ser apreciadas de acordo com a proibição geral, sendo que as exeções específicas foram também substituídas por uma cláusula semelhante ao Artigo 101.º, n.º 3, do TFEU.

A confusão entre objetivos de concorrência e de mercado interno voltou, uma vez mais, a surgir em sede de restrições geográficas ao comércio *online*, incluindo a disponibilização de conteúdos digitais. Esta matéria é também, e, talvez, principalmente, uma matéria de mercado interno e de coesão da UE, o que, em nosso entender, foi reconhecido pela adoção, no plano da UE, do Regulamento n.º 2018/302, que entrou em vigor recentemente, e que proíbe limitações geográficas injustificadas, como um elemento essencial da estratégia para o mercado único digital[329].

Em face do *supra* exposto, é também de excluir a integração dos mercados da UE como critério de tutela da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, sem prejuízo do impacto positivo que as restrições da concorrência podem ter nesta sede.

A confusão quanto aos objetivos da restrição da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência tem também impacto na fundamentação económica difusa da intervenção das autoridades de concorrência, o que merece, em nosso entender, uma consideração mais detida ao longo do nosso trabalho.

Todavia, não devemos perder de vista o referente constituconal nesta sede. O Artigo 81.º da CRP, na sua alínea f), incumbe o Estado de assegurar "*o funcionamento eficiente dos mercados, de forma a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesiva do interesse geral*". Deste modo, será provavelmente em considerações e eficiência económica

[329] Para mais desenvolvimentos FARIA, COUTO & CHILÃO ROCHA, 2019: 66.

que deveremos aliceçar a nossa busca pelo referente jurídico-económico de aplicação da proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência, que ora nos ocupa.

Não obstante as pistas que já fomos deixando ao longo da Parte I e dos desenvolvimentos que terão lugar, do ponto de vista económico, nas Partes II e III do nosso trabalho, é relativamente pacífico, na atualidade, que data do século XVIII a viragem doutrinal decisiva que enquadra economicamente a defesa da concorrência, desencadeada pelo trabalho pioneiro de Adam Smith, num contexto histórico em que a regra, não obstante os protestos, tinha sido a concessão régia de benefícios e monopólios[330]. O pensamento de autores clássicos, como Adam Smith e David Ricardo, assentava no reconhecimento, de uma perspetiva económica global, dos benefícios do mercado e das trocas, com ênfase particular na produção e nos custos. Esta perspetiva foi desenvolvida, de forma determinante, por autores como Jevons, Walras e Menger, que enfocaram a sua abordagem no comportamento maximizador da utilidade por parte dos agentes económicos, pondo em causa o valor assente nos custos da teoria clássica[331]. A "revolução marginalista" correspondeu, no final do século XIX, ao desenvolvimento de uma teoria do valor neoclássica que se afastava da ideia de valor intrínseco dos bens, encontrando fundamento no conceito de utilidade marginal[332].

Em virtude destes desenvolvimentos, a designada teoria microeconómica neoclássica procurou, assim, enquadrar a afetação, no mercado, de recursos escassos entre utilizadores concorrentes, mediante uma série de transações que envolvem os agentes económicos que os valorizam mais. A teoria microeconómica neoclássica apresenta, como modelo de mercado maximizador da eficiência económica, o modelo da concorrência perfeita, sem prejuízo da constatação, antes pelo contrário, de que a realidade económica corresponde a um modelo de concorrência imperfeita[333].

Este modelo caracteriza-se pela existência de atomicidade, liberdade e fluidez., *i.e.*, pela

[330] Referimo-nos à obra fundamental *The Wealth of Nations* de 1776. Os contributos de trabalhos anteriores, dos escolásticos espanhões e dos fisiocratas franceses, não têm a relevância e a abrangência da teoria económica clássica.

[331] *Vide* as obras fundamentais destes autores, respetivamente *Theory of Political Economy*, de 1871, *Éléments d'économie politique pure* de 1899 e *Die Grundsatze der Volkswirtschaftslehre*, de 1871.

[332] Para mais desenvolvimentos, *vide*, STIGLER, 1941.

[333] SAMUELSON, 1958: 478.

existência de um número significativo de vendedores e compradores, que atuam de forma independente e com uma influência despicienda nos preços e nas quantidades transacionadas, pela ausência de barreiras à entrada e à saída no mercado, sejam elas jurídicas ou económicas, e pela existência de informação relativa aos preços e à natureza dos produtos, o que se traduz em custos de transação mais limitados[334].

De acordo com a teoria microeconómica neoclássica, num contexto concorrencial, em que os vários operadores rivalizam pela preferência dos consumidores, a maximização dos lucros passaria pela otimização da produção, *maxime* em termos de custos, por parte dos produtores. A preferência dos consumidores, por seu turno, assentaria na maximização da utilidade individual destes, ao adquirirem os produtos que mais valorizam ao menor preço possível, entrando também em rivalidade com outros consumidores com o mesmo objetivo[335].

Assim, com base nestas premissas, o equilíbrio de mercado, em termos de preços e quantidades, ocorre quando o nível da procura se cruza com o nível da oferta, sendo o fornecimento atribuído aos produtores que utilizam menos recursos e o consumo protagonizado por aqueles que valorizam mais o produto[336].

De acordo com esta perspetiva, o modelo de mercado que mais se afastaria das vantagens da concorrência, *maxime*, da concorrência perfeita, seria o monopólio, que corresponde a uma situação de mercado em que um operador ocupa a totalidade do mercado, inexistindo concorrência efetiva ou potencial, mormente em virtude da existência de barreiras à entrada ou à saída do mercado e da ausência de substituibilidade do produto em causa.

Estes modelos - apesar das críticas, em geral acertadas, dos autores da *behavioral economics*, quanto ao alegado irrealismo dos seus pressupostos, como a racionalidade e a prossecução do interesse próprio por parte dos agentes económicos - continuam a ser ferramentas analíticas válidas[337]. Na verdade, a generalidade dos *behavioural economists* não se desviaram da

[334] BLAIR & KASERMAN, 2009: 9.10.

[335] ARAÚJO, 2005: 148.

[336] ARAÚJO, 2005: 157 e 158.

[337] A *behavioural economics*, economia comportamental ou da conduta, procura explorar o impacto de fatores psicológicos, sociais, cognitivos e emocionais nas decisões económicas, tentando determinar os motivos pelos quais os sujeitos económicos, por vezes, tomam decisões que se afastam das previsões dos modelos económicos. Com efeito, os autores da *behavioural economics* têm estudado o comportamento económico heurístico, altruísta, estereotipado e o impacto do desfasamento temporal na escolha económica. É particularmente conhecido o

abordagem neoclássica das funções da utilidade, mas procuraram aproximá-la da realidade[338].

Ademais, a relevância dos modelos teóricos neoclássicos é particularmente clara se tivermos em conta que as alternativas "comportamentais" não o são de facto, ao considerarem um conjunto alargado de variáveis psicológicas e sociais, sem que haja consenso relativamente à relevância destas, sendo também patentes as dificuldades de mensurabilidade destes aspetos qualitativos[339].

Consequentemente, os modelos microeconómicos neoclássicos constituem ainda, de forma adequada, o racional que fundamenta a intervenção do Direito da Concorrência e que se traduz na constatação de que, num cenário de limitação da concorrência, o exercício de poder de mercado - *i.e.*, de modo simplificado, a capacidade de, unilateralmente ou em resultado de colusão entre empresas, incrementar de forma lucrativa o preço acima do custo marginal, por um período de tempo significativo - prejudica, na generalidade dos casos, o eficiente funcionamento do mercado, correspondendo a uma situação de falha de mercado, cuja correção é necessária[340].

No caso de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, a situação de poder de mercado resulta de condutas bilaterais/multilateral, entre operadores económicos independentes, que substituem a concorrência pela coordenação, reduzindo, de forma sensível, as alternativas disponíveis no mercado. Todavia, se se afigura relativamente claro que o exercício de poder de mercado põe em causa o eficiente funcionamento do mercado, o critério dessa eficiência é menos consensual. Na verdade, ao contrário do que, à primeira vista, poderia parecer, o que se quer significar com funcionamento eficiente do mercado é suscetível de

trabalho de Herbert Simon neste âmbito, concluindo que a racionalidade das decisões económicas é muitas vezes limitada, tendo em conta os seus custos implícitos, bastando-se o sujeito económico com a satisfação, em lugar da maximização, e com o suficiente em lugar do ótimo. Para além dos trabalhos de SIMON no campo da racionalidade limitada (vide, por exemplo, "Rationality as a Process and as a product of Thought", 1978), destacamos a investigação de Kahnemanna formulação da teoria psicológica de tomada de decisões (*vide*, por exemplo, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", 1979). Para uma compreensão mais abrangente das críticas e alternativas apresentadas pela *behavioral economics*, *vide* WILKINSON, 2007.

[338] Nesse sentido, por exemplo, RABIN, 2002: 659. Este autor reconhece, em relação à *behavioural economics*, que "*this research program is not only built on the premise that mainstream economic methods are great, but also that most mainstream economic assumptions are great*".

[339] ETZIONI, 2010: 53.

[340] KRUGMAN, WELLS & MYATT, 2006: 160–62.

interpretações dificilmente conciliáveis, como veremos no decurso do nosso trabalho.

Nesse sentido, tem sido objeto de debate a forma como a concorrência promove cada tipo de eficiência, *i.e.*, a eficiência alocativa, a eficiência produtiva e a eficiência dinâmica[341]. Esta discussão, cuja atualidade se mantém ainda, com impacto na forma como o Direito da Concorrência deve identificar e intervir na correção de situações de poder de mercado, foi descrita por SCHERER como "desesperadamente difícil" (*hopelessly difficult*)[342].

Centremo-nos, então, no debate em torno da promoção da eficiência estática e dinâmica. Os autores que apresentam esta dicotomia apontam às abordagens clássica e, especialmente, neoclássica, insuficiências na conceptualização da eficiência económica, em virtude do enfoque na "*static allocation of resources*" em lugar do "*dynamic growth of an entire economy*."[343]. Atribuem, por outro lado, à Escola Austríaca, com destaque para o trabalho de SCHUMPETER nesta matéria, o reconhecimento da concorrência como um processo de eficiência dinâmica, com base na inovação e no empreendedorismo[344].

Também PATEIRA FERREIRA se debruça sobre a eficiência "produtiva, "distributiva" ou "dinâmica" e as suas relações com as correntes pré-Chicago, pós-Chicago e neo-Chicago[345]. Aos economistas clássicos é associada a ideia prevalente de eficiência produtiva, considerando o enfoque destes nos fatores de produção, no sentido da utilização ótima dos recursos por parte das empresas, produzindo ao menor custo possível e utilizando a combinação mais eficiente dos recursos existentes, tendo em conta a tecnologia disponível. Por sua vez, à teoria neoclássica, com o seu enfoque microeconómico nos operadores no mercado, é associada a conceptualização da eficiência alocativa/distributiva,- que se baseia na afetação dos recursos na economia, de forma a garantir que são utilizados nas tarefas em que os consumidores mais os valorizam, tendo em conta a disposição de pagar destes[346]. A *Welfare Economics* identifica,

[341] Para mais desenvolvimentos, *vide* MOURA E SILVA, 2008: 24 e ss.

[342] SCHERER, 1987: 998.

[343] MEIER, 2005: 38.

[344] Nesse sentido, HUERTA DE SOTO,2009: 8 e ss. Todavia, pode ser precipitada a identificação do trabalho de Schumpeter com a Escola Austríaca, tendo em conta a originalidade desde autor como, explica, por exemplo, STREISSLER 1995,36.

[345] PATEIRA FERREIRA, 2018: 41 e ss.

[346] HUERTA DE SOTO, 2009: 4 e ss. Para mais desenvolvimentos, incluindo uma abordagem dinâmica da eficiência propugnada pelo pensamento económico clássico, *vide* PETER, ELLIOTT & CULLENBERG, 2002: 219.

inclusivamente, os efeitos da alocação de recursos no bem-estar económico, sendo este conceito, uma vez mais, suscetível de interpretações distintas, tal como veremos de forma mais detida *infra*[347].

Todavia, esta perspetiva quanto ao conceito de eficiência, presente na teoria económica clássica e neoclássica, ignora, desde logo, o facto de a inovação tecnológica fazer parte desta análise, em virtude da ponderação entre eficiência estática de curto prazo e as alterações em termos de possibilidades de produção proporcionadas pela inovação, uma abordagem que, ademais, tem sido desenvolvida nas últimas décadas, englobando problemas de alocação dinâmica e intertemporal de recursos [348].

Além disso, importa não perder de vista que a teoria neoclássica e a Escola Austríaca fazem, afinal, parte do mesmo movimento de pensamento económico, apesar das diferenças em termos de abordagem metodológica, de confiança nos mecanismos de mercado e de entusiasmo quanto ao modelo de concorrência perfeita[349]. Na feliz expressão de GUNNING, existe uma linha de continuidade entre a teoria neoclássica e a Escola Austríaca, que decorre dos trabalhos de Menger, que iniciaram uma corrente de "*neoclassical individualist economics*"[350].

Deste modo, seria, pelo menos, impreciso concluir que o pensamento económico clássico e neoclássico, que, como vimos, constitui o substrato económico do Direito da Concorrência, em particular da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, ignora a perspetiva da eficiência dinâmica. Na verdade, as aparentes dificuldades de afirmação da eficiência dinâmica não decorrem de qualquer resistência ou miopia teórica no que concerne o reconhecimento desta, mas da mais prosaica dificuldade de extrair uma regra geral dos dados empíricos recolhidos. Com efeito, é a incerteza inerente ao nível ótimo de inovação que faz

[347] A *Welfare Economics* é um ramo da ciência económica que estuda a distribuição ótima de recursos e como esta afeta o bem-estar social. A *Welfare Economics* utiliza a perspetiva técnica da microeconomia, mas pode resultar em conclusões macroeconómicas. Uma vez que podem existir numa economia diversos estados ótimos em termos de distribuição de recursos, a *Welfare Economics* procura determinar o nível global mais elevado de bem-estar social. Para mais desenvolvimentos, *vide* CHIPMAN, & MOORE: 547-584 e MISHAN,1980: 691-705.

[348] GRASSL, 2010: 246 e ROSEN, 1997:146.

[349] A Escola Austríaca, assim como a Escola de Chicago, a que nos referiremos mais detidamente ao longo deste trabalho, podem ser caracterizadas, para utilizar as palavras de Hunt e Lautzenheiser, como "*The school of neoclassical economists that advocates extreme laissez-faire Capitalism*". Para mais desenvolvimentos, *vide* HUNT & LAUTZENHEISER, 2015: 477.

[350] GUNNING, 2012: 2 e ss.

com que a eficiência dinâmica não tenha uma definição tão clara quanto a eficiência produtiva e a eficiência alocativa. Na verdade, os estudos de SCHUMPETER[351] e de ARROW[352], com conclusões em sentidos divergentes, contribuíram para evidenciar a ambiguidade na relação entre concorrência e inovação[353].

Em face do *supra* exposto, a validação do substrato neoclássico do Direito da Concorrência, bem como das respetivas premissas e modelos, não prejudica a constatação dos desfasamentos relevantes entre economistas no que diz respeito aos objetivos e critérios que, em concreto, devem presidir à aplicação das normas daquele Direito, a que voltaremos no decurso deste trabalho, e que resultam em tensões entre eficiência produtiva, eficiência na afetação de recursos, eficiência dinâmica, bem-estar global e bem-estar dos consumidores.

Além do mais, a complexidade desta questão aumenta substancialmente se acrescentarmos, às dúvidas económicas quanto ao racional e objetivo último da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, considerações de independência e de tutela do mercado, como resulta de alguma da jurisprudência da UE que analisaremos mais detidamente na Parte II do nosso trabalho[354].

Consequentemente, julgamos ter demonstrado já, neste capítulo inicial, a dificuldade em delimitar o bem jurídico tutelado neste contexto e o critério de aferição do mesmo, dificuldade esta que procuraremos superar no decurso desta investigação.

---

[351] Este autor considera que o monopólio promove a inovação e que a concorrência dinâmica resulta num processo de destruição criativa em que um monopolista substitui outro sequencialmente, uma vez que os novos entrantes desenvolvem produtos superiores. As perdas de curto prazo em termos de eficiência seriam compensadas pelos ganhos de longo prazo proporcionados pela inovação. Os monopolistas promovem a inovação porque podem mais facilmente financiar os custos da I&D e apropriar-se posteriormente das inovações daí resultantes. Vide, neste sentido, SCHUMPETER, 1950.

[352] Este autor, por seu turno, considera que é a concorrência e não o monopólio a promover a inovação. O monopolista pode inovar menos do que empresas em concorrência, uma vez que não obtém com esse investimento uma quota de mercado adicional, porquanto já domina o mercado, ao contrário do que sucede com uma empresa em concorrência. Neste sentido ARROW, 1962.

[353] SCHERER & ROSS, 1990: 642. Mais recentemente, no que concerne questões relativas a controlo de concentrações no plano da UE, FARIA, 2018.

[354] Curiosamente, esta dimensão política era particularmente clara, por exemplo, no texto constitucional português de 1976, em que se fazia referência ao combate às estruturas monopolistas. Para mais desenvolvimentos, *vide* ZIMMER, 2012 e MONTI, 2002: 1057 e, para uma síntese, MOURA E SILVA, 2007: 10 e ss.

5. CONCLUSÃO PRELIMINAR

Em face do *supra* exposto, podemos encerrar a Parte I do nosso trabalho com um conjunto de conclusões preliminares que transportaremos para o remanescente deste estudo.

Em primeiro lugar, podemos retirar dos capítulos anteriores que o contexto histórico e económico da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência revela uma pluralidade de influências, nem sempre coerentes, sendo inegável, como ponto de partida, a relevância pioneira do Direito da Concorrência norte-americano e da sua abordagem principológica, característica da *common law*, em que o poder legislativo emite, tipicamente, um mandato que os tribunais desenvolvem.

É possível, deste modo, concluir, nesta fase, que a configuração ampla da proibição de acordos e, principalmente, práticas concertadas restritivas da concorrência - para além de revelar o impacto dos aspetos práticos relacionados com as dificuldades de estabelecer um consenso no plano supranacional - constitui um mecanismo linguístico para capturar todos os comportamentos que podem ter impacto na concorrência, propósito este que perpassa igualmente a legislação implementada pelas forças norte-americanas na Alemanha ocupada, bem como o Tratado CECA.

É neste quadro que se deve entender que a proibição se estenda a "concertações" com propósito, ou com consequências anticoncorrenciais, em particular se tivermos em mente que não estavam previstas, originalmente, sanções para as empresas infratoras, existindo apenas consequências que passavam pela nulidade dos atos com configuração jurídica, como acordos e decisões, e pela implementação de medidas de restabelecimento da legalidade[355].

Em segundo lugar, pudemos também observar que as normas de implementação das disposições do TFUE, quer no período inicial, com o Regulamento n.º 17/62, quer no período pós-implementação, com o Regulamento n.º 1/2003, não acrescentaram critérios adicionais de determinabilidade das condutas em infração das disposições em causa, apesar de terem introduzido coimas e poderes de investigação particularmente alargados e gravosos.

Ademais, se o primeiro período de aplicação do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, nos termos do Regulamento n.º 17/62, foi, como vimos, marcado pela centralidade do papel da CE, pela

[355] BAÑO FOS, 2015.

experiência limitada em termos de decisões sancionatórias e pela parcimónia da perseguição de cartéis secretos, que adiaram durante décadas a discussão dogmática relativa ao tipo normativo sancionatório, o segundo período, o período pós-modernização, na viragem do século XXI, tendo o Regulamento n.º 1/2003 como normativo de proa, apesar de procurar reforçar a efetividade da aplicação da proibição, acrescentou maior complexidade e, provavelmente, incerteza, neste âmbito, tendo em conta, como vimos, a descentralização da aplicação destas disposições e a intervenção algo errática da CE através de documentos de *soft law*.

Pese embora algumas especificidades em termos de evolução histórica mais tardia, também a proibição de condutas bilaterais/multilaterais restritivas da concorrência no plano nacional pode ser considerada como correspondendo a um princípio proibitivo, uma vez que reproduz, de forma quase exata, as disposições do TFUE a que já fizemos referência.

Em terceiro lugar, pudemos constatar que a construção substantiva dos preceitos em causa tem por base a prática decisória e, especialmente, a jurisprudência, no plano da UE, que esclareceu de forma expressa que a alegada vaguidade das disposições de concorrência não impedia que estas fossem diretamente aplicáveis. O TJUE contribuiu de forma abundante para a delimitação dos requisitos de aplicação do Artigo 101.º do TFUE, o mesmo tendo sucedido, em menor medida e de forma nem sempre coerente, com os tribunais portugueses. Estes desenvolvimentos levaram à delimitação de um conjunto de requisitos de aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, que passam pela existência de uma empresa, de um acordo ou prática concertada, de uma restrição sensível da concorrência por objetivo ou por efeito e, no caso do Artigo 101.º, de uma afetação sensível do comércio intracomunitário.

Cada um destes elementos e a interpretação que deles tem sido realizada parece denotar ambiguidades e inconsistências terminológicas e substantivas, bem como casos "órfãos", cujo verdadeiro sentido é difícil descortinar, incluindo uma aparente expansão das fronteiras da aplicação da proibição de condutas restritivas da concorrência, que radica, também, e já veremos se principalmente, numa espécie de reinvenção interpretativa do conceito de práticas concertadas restritivas da concorrência dentro do seu objetivo inicial, que era, afinal, como pudemos concluir neste ponto, ser um conceito *catch all*.

Em quarto lugar, as dificuldades na definição dos elementos caracterizadores desta proibição, no plano da UE e, consequentemente, no plano nacional, em que se inclui o requisito das

práticas concertadas, terão de ser contrastadas com a natureza das disposições em causa. Na verdade, pudemos também concluir na Parte I do nosso trabalho que a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência se insere no plano do direito público sancionatório, sendo que, no plano nacional, se integra no enquadramento particular do direito contraordenacional. Deste modo, tanto no plano da UE, como no plano nacional, existem elementos que apontam para a aplicação dos princípios do Direito Penal ao Artigo 101.º do TFUE e ao Artigo 9.º da Lei da Concorrência, tendo por base a jurisprudência do TJUE, a jurisprudência do TEDH e a jurisprudência do tribunal constitucional, especial num cenário de sanções particularmente agravadas e de meios de prova particularmente abrangentes, que incluem buscas domiciliárias e, eventualmente, num futuro próximo, meios de prova geralmente inadmissíveis em processo penal, como gravações ocultas por parte de pessoas singulares ou coletivas, como decorrência da implementação da Diretiva ECN +.

Em quinto lugar, pudemos também concluir que o substrato económico do Direito da Concorrência, em particular do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º do Lei da Concorrência, em todos os seus requisitos, acompanhou o caráter dinâmico da integração económica europeia e a natureza funcionalista das regras de defesa da concorrência introduzidas inicialmente no plano da UE, estando na origem de muitas das imprecisões interpretativas neste âmbito. Esta confusão de planos parece ter tido um ressurgimento recente, no contexto do crescimento económico anémico da UE e da repartição de mercados no contexto de mercados digitais.

De facto, decorre da análise realizada na Parte I do nosso trabalho que o substrato da proibição da concertação restritiva da concorrência na UE e no plano nacional, à semelhança do que veio a suceder no direito norte-americano, deverá ser encontrado no plano da teoria económica neoclássica, não obstante os termos concretos deste substrato e o enquadramento jurídico deste, irem ser apurados nas partes remanescentes do nosso estudo.

Na verdade, a segunda vida do Artigo 101.º do TFUE, após o fim da centralização formal da aplicação desta disposição por parte da CE, mercê da cessação de vigência do Regulamento n.º 17/62, pode não ser, afinal, assim tão distinta da primeira. Com efeito, a produção de *soft law*, tomada como *hard law*, essencialmente, pelos economistas da CE, manteve esta instituição da UE no epicentro da aplicação desta disposição, bem como das normas nacionais equivalentes, caso do Artigo 9.º da Lei da Concorrência.

Finalmente, resulta do *supra* exposto que a dispersão da aplicação da proibição de condutas bilaterais/multilaterais restritivas da concorrência, o modelo de autoavaliação, o crescimento da aplicação dos Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência, a maior complexidade das condutas económicas e a passagem à clandestinidade das práticas restritivas tornaram a categoria de práticas concertadas particularmente atrativa para os aplicadores da proibição de acordos e práticas concertadas, tanto no plano da UE, como no plano nacional. Veremos com que consequências nas partes seguintes do nosso trabalho.

PARTE II – AS NOVAS FRONTEIRAS DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Conforme pudemos concluir na Parte I do nosso trabalho, a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência foi formulada de forma global e abrangente, sendo que a emergência da categoria de práticas concertadas como uma espécie de categoria *catch all* o que potencia a expansão das fronteiras deste conceito e, consequentemente, da proibição de condutas bilaterais/multilaterais restritivas da concorrência, cuja investigação corresponde, precisamente, ao objeto do nosso trabalho.

Na Parte II da nossa investigação, procuraremos analisar, em especial, o impacto desta abordagem na atividade de aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, por parte das autoridades nacionais e da UE, nomeadamenteno que concerne a coerência sistemática destas interpretações e o risco de sobreaplicação das mesmas, recorrendo, quando necessário, a pontos de comparação fora deste escopo geográfico, em particular no que diz respeito ao ordenamento norte-americano.

1. A EVOLUÇÃO DA CONSTRUÇÃO POR PARTE DOS APLICADORES DO CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS NA UE

Resulta dos capítulos anteriores que o TFUE não disponibiliza uma delimitação clara do conceito de prática concertada, que, como vimos, de um ponto de vista etimológico, sugere um alinhamento deliberado relativo a um determinado comportamento no mercado[356]. A densificação deste conceito, à semelhança do que sucedeu com a generalidade dos requisitos do Artigo 101.º do TFUE, corresponde, uma vez mais, como observámos, a uma construção essencialmente jurisprudencial, com início na década de 1970, que se foi desenvolvendo em várias fases.

Tendo em conta que, no plano nacional, as autoridades e tribunais tendem a replicar, de forma excessivamente acrítica, os modelos de análise no plano da UE, será na jurisprudência desta

[356] Concertar significa, de acordo com o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, combinar, ajustar, conciliar, harmonizar.

que este breve percurso se centrará, numa primeira fase, sem prejuízo das referências, quando pertinentes, à prática decisória e jurisprudência nacionais.

Procuraremos ainda discernir, neste capítulo, as questões mais problemáticas da construção jurisprudencial deste conceito, passando pela reflexão relativa ao aparente alargamento das condutas suscetíveis de recair neste requisito, em particular com a emergência de *software* de monitorização do mercado e plaformas *online* que podem (ou não) obrigar a repensar as "regras do jogo".

1.1 A Construção Jurisprudencial do Conceito de Práticas Concertadas

Façamos, então, um breve percurso pela jurisprudência do TJUE na delimitação, veremos se de forma suficientemente esclarecedora, do conceito de práticas concertadas.

1.1.1 O Conceito Inicial de Práticas Concertadas

A primeira tentativa, a que já aludimos, de delimitar judicialmente o conceito de práticas concertadas surge no referido acórdão *Dyestuffs*, em que estavam em causa aumentos simultâneos e idênticos por parte de produtores de corantes no mercado comum, que podiam ser aproximados, como veremos, de um cartel assente numa ideia de inexplicável paralelismo comportamental. Neste acórdão, o TJUE definiu uma prática concertada como "*uma* ***forma de coordenação*** *entre empresas que sem se ter desenvolvido até à celebração duma convenção propriamente dita,* ***substitui cientemente*** *uma cooperação prática entre elas* ***aos riscos da concorrência***"[357].

O TJUE admite que, embora um paralelismo de comportamento não possa, por si só, identificar uma prática concertada, é suscetível de constituir um indício sério da mesma, quando alcança condições de concorrência que "***não correspondem às condições normais do mercado****, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado*".

[357] C- 48/69 - *I.C.I. contra CE* (*Dyestuffs*), *cit.*, parágrafos 64 a 67.

Parecia decorrer do acórdão *Dyestuffs* que a coordenação entre empresas partia de um determinado comportamento conscientemente paralelo no mercado, que não correspondia às "*condições normais do mercado*", *maxime* um incremento simultâneo dos preços, bem como de alguns elementos probatórios no sentido de terem existido anúncios de preços e reuniões entre as partes.

O "calcanhar de Aquile"s desta construção, seria, muito provavelmente, a delimitação das "*condições normais do mercado*" que pudessem servir de referência a comportamentos cujo afastamento destas condições indicaria que tinham tido lugar condutas suscetíveis de serem consideradas colusivas, bem como a dificuldade que já se notava neste contexto, e a que voltaremos, no sentido de distinguir entre práticas concertadas e restrições da concorrência.

Subsequentemente, no acórdão *Suiker Unie*, relativo a um alegado cartel no setor do açúcar, o TJUE definiu prática concertada empregando uma fórmula próxima da utilizada no acórdão anterior, afirmando, concorrentemente, o princípio geral no sentido de que uma empresa tem de determinar, de forma autónoma, a sua conduta no mercado, respeitando a livre escolha, pelos consumidores, dos seus fornecedores de bens e serviços[358].

O TJUE esclarecia que, se é certo que esta exigência de autonomia não excluía o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente ao comportamento conhecido, ou previsto, dos seus concorrentes, opõe-se, todavia, "*rigorosamente*" a qualquer estabelecimento de contactos diretos ou indiretos entre estes, quer tenham por objetivo ou efeito influenciar o comportamento no mercado de um concorrente atual ou potencial, quer revelar a tal concorrente o comportamento que decidiu, ou pretende seguir, por si próprio no mercado. Neste caso em concreto, existiam elementos probatórios no processo evidenciando contactos entre as partes com o objetivo de eliminar antecipadamente a "*incerteza*" relativa ao comportamento futuro dos respetivos concorrentes[359].

Deste modo, o acórdão *Suiker Unie*, mercê das suas declarações genéricas quanto à necessidade de autonomia das partes e da afirmação da necessidade de manutenção da incerteza no mercado,

[358] C-40/73 - *Suiker Unie e outros contra CE*, de 16.12.1975, parágrafos 26 e 27

[359] Parágrafo 173 e 175.

fez, aparentemente, recair uma apreciação negativa em relação a todos os contactos diretos ou indiretos com concorrentes[360].

Neste contexto, a comunicação, ou contacto, correspondia, afinal, à prática concertada e os elementos de contextualização e de falta de explicação alternativa, que faziam supor um entendimento, embora sem plano comum - que estava, efetivamente, representado no requisito da substituição consciente das condições de mercado pela colusão - não mereceram atenção particular. Uma vez mais, é possível que seja indispensável considerar este acórdão no contexto das circunstâncias específicas do caso, que poderia corresponder a um caso de cartel, tendo em conta que os elementos fácticos sugerem que a CE tinha, em nosso entender, prova factual de um comportamento anticoncorrencial, incluindo a alocação de mercados mercê da recusa de fornecimento a determinados clientes, sendo os contactos entre concorrentes, na verdade, uma conduta facilitadora de um cartel em virtude de uma prática concertada.

Todavia, a linguagem ampla desta decisão parece ter adicionado uma presunção, ainda que ilidível, ao conceito de práticas concertadas relacionadas com o intercâmbio de informação entre concorrentes, no sentido de que contactos ou comunicações equivaliam a concertação, parecendo manter, no entanto, a exigência de um elemento comportamental.

Neste momento incial, o TJUE rejeitou, também, fazer pender o equilíbrio para o elemento comportamental do requisito, não valorizando esse paralelismo, em si mesmo, como indício suficiente de concertação, num contexto em que existiam explicações alternativas. Na verdade, no caso *Woodpulp*, o TJUE anulou a decisão da CE que concluiu pela existência de uma prática concertada, de cartel, com base em anúncios de preços e no paralelismo de condutas no mercado, no setor da pasta de papel, que era, na realidade, um setor muito concentrado, com um conjunto de oligopólios-oligopsónios compostos por alguns produtores e alguns compradores.

Na decisão anulada, a CE alegava que a rápida sucessão ou mesmo a simultaneidade dos anúncios de preços não teriam sido possíveis sem um constante fluxo de informações entre as empresas em causa, sendo que as recorrentes justificaram a simultaneidade ou quase

[360] Neste sentido, *vide* ALBORS-LLORENS, 2006: 837-876.

simultaneidade dos anúncios como um resultado direto do altíssimo grau de transparência daquele mercado[361].

Deste modo, o TJUE considerou que a concertação não era a única explicação plausível para o paralelismo de comportamento dos operadores económicos, tendo em conta que o sistema de anúncios de preços constituía uma resposta racional ao facto de o mercado da pasta de papel ser um mercado a longo prazo e à necessidade sentida, tanto pelos compradores, como pelos vendedores, de limitar os riscos comerciais, devido ao alto grau de transparênciados mercados em causa, que não deve ser qualificada de artificial, e às tendências oligopolísticas deste[362].

MOURA E SILVA refere, todavia, no que respeita a este caso, que a leitura mais correta é a de que a tentativa de demonstrar a concertação com base no comportamento no mercado teria sido, com grande probabilidade, a alternativa adotada pela CE no sentido de reagir à insuscetibilidade de utilização de prova incriminatória de contactos e intercâmbios de informação, alegadamente considerada inadmissível por violação dos direitos de defesa dos visados[363].

Como consequência, apesar das *nuances*, e, por vezes, da adequação, ou falta dela, da conceptualização jurídica em relação aos factos, no início dos anos 1990, segundo o TJUE, a noção de prática concertada parecia exigir, essencialmente, dois elementos-chave. O primeiro desses elementos seria a existência de concertação, que derivaria de contactos/comunicações diretos ou indiretos recíprocos entre empresas, no sentido de remover a incerteza quanto ao comportamento futuro no mercado, e o segundo um comportamento no mercado na sequência desses contactos/comunicações, não obstante a instabilidade do equilíbrio entre estes dois elementos.

Esta abordagem "clássica" mereceu, igualmente, o acolhimento, embora algo confuso, da jurisprudência nacional mais recuada, representada, por exemplo, pela sentença do TCL no denominado processo das *Farmacêuticas*, em que se começa por referir que a prática concertada

[361] Parágrafos 80 e 81.

[362] Parágrafo 126.

[363] MOURA E SILVA, 2018: 673.

assentará numa espécie de acordo "*informal e* ***imperfeito***", concluindo-se que os elementos essenciais serão, afinal, a existência de contactos e uma atuação em conformidade[364].

Por seu turno, na decisão relativa ao *Cartel das Escolas de Condução,* por exemplo, da existência de contactos entre as partes e da alegada simultaneidade ou quase simultaneidade de incremento de preços, a AdC retirou, sem grande conceptualização, que a alegada prática concertada entre as arguidas teve como "objeto" a coordenação das estratégias comerciais das mesmas (*i.e.*, a fixação dos preços) e como efeito o aumento generalizado e simultâneo dos preços no mercado relevante (*i.e.*, a indução, de uma forma artificial, da alta dos preços praticados pelas visadas no mercado relevante)[365].

Ademais, nesta fase tendo em conta a apreciação destas condutas em sede do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, mantinha-se ainda a exigência de bilateralidade/multilateralidade dos comportamentos em causa, sendo que o prolongamento da situação no tempo parecia também contribuir para a ideia de concertação.

Por fim, importa esclarecer que, não obstante a generalidade da jurisprudência a que fizemos referência ter sido observada no contexto de práticas de natureza horizontal, incluindo cartéis, mais ou menos explícitos, a jurisprudência dos tribunais da UE preconizou, nesta fase, tal como referido anteriormente, a aplicação do conceito de prática concertada a situações de relações verticais, como decorre, por exemplo, do acórdão *Pioneer*, desde que verificados, naturalmente, os demais requisitos de aplicação da proibição do Artigo 101.º do TFUE[366].

---

[364] No entendimento do TCL, a "***prática concertada assentará assim num acordo****, podendo este acordo consistir ou não num plano perfeitamente traçado, gizado no seu pormenor, devidamente formalizado para a ordem jurídica. Aliás, pela sua própria natureza e fins visados, estamos certos que assim não sucederá – ou seja, a maioria dos acordos será meramente verbal e revestirá a forma de acordo de cavalheiros ou cartel informal e será até juridicamente inválida.* ***Essencial, porém, é que tenham existido contactos diretos ou indiretos entre as empresas e que, na sequência desses contactos, conhecedoras do comportamento comercial das concorrentes, ajam em conformidade com a referida vontade comum***", *cfr*. Sentença do TCL no Processo n.º 350/08.8TYLSB, de 7 de janeiro de 2010.

[365] PRC/2008/06, parágrafo 394.

[366] C - 100 to 103/80 - *SA Musique Diffusion française contra CE,* de 07.06.1983.

1.1.2 A Introdução da Presunção de Causalidade e a Suficiência do Comportamento Passivo

Posteriormente, em dois acórdãos simultâneos, relativos ao cartel do polipropileno, a tentativa, por parte do TJUE, de sistematizar os requisitos das práticas concertadas resultou em desenvolvimentos cuja coerência com o sentido original deste conceito, a que nos referimos no ponto anterior, terá de ser apreciada em maior detalhe.

O acórdão *Anic Partecipazioni*, já no fim dos anos 1990, procurou estruturar os elementos do conceito de prática concertada, exigindo concertação entre empresas e um comportamento de mercado restritivo na sequência dessa concertação, bem como um nexo de causalidade entre esses elementos[367]. Uma vez mais, o TJUE parte do elemento de contacto, esclarecendo, quanto ao elemento comportamental, sem particulares explicações adicionais, uma ideia, a que voltaremos *infra*, no que respeita à necessidade de demonstrar a restritividade da prática, que a existência de um comportamento no mercado não implica a existência de um efeito concreto de restrição da concorrência[368].

Além disso, quanto ao nexo de causalidade entre os contactos e o elemento comportamental, o TJUE afirmou o entendimento de que, salvo prova em contrário, por parte dos operadores económicos que participaram nos contactos e se mantiveram ativos no mercado, existe uma presunção de que levaram em consideração a informação a que tiveram acesso, em particular quando os contactos ocorreram, de forma regular, durante um período alargado de tempo, diminuindo a incerteza e permitindo classificar a conduta como uma infração única e continuada. Por conseguinte, o elemento comportamental foi reduzido, neste acórdão, a uma mera ideia de "inação" por parte dos operadores participantes no "contacto".

No mesmo sentido, no acórdão *Hüls*, o TJUE reiterou a presunção de que as empresas envolvidas nos contactos, e que se limitaram a permanecer no mercado, tiveram,

[367] C - 49/92 P – *CE contra Anic Partecipazioni*, de 08.07.1999.

[368] *Idem*, parágrafos 118 e 124: "*embora a própria noção de prática concertada pressuponha, da parte das empresas participantes, um comportamento no mercado, não implica necessariamente que esse comportamento produza o efeito concreto de restringir, impedir ou falsear a concorrência*".

necessariamente, em consideração a informação intercambiada com os seus concorrentes para determinar a sua conduta no mercado[369].

Por um lado, esta jurisprudência parece desvalorizar, em nosso entender, o ponto de partida deste conceito, a existência de coordenação, afastando qualquer ideia de "entendimento", substituído por contactos, o que reduz, de sobremaneira, o ónus da prova que recai sobre as autoridades administrativas (e como veremos, em certas circunstâncias, sobre os particulares).

Por outro lado, se existe a presunção de que, após contactos entre empresas, que correspondem, afinal, ao elemento de concertação, a conduta futura das empresas terá automaticamente em conta a informação intercambiada, a CE pode inferir a existência de uma prática concertada nestes casos sem ter de demonstrar que a concertação tenha efetivamente sido posta em prática, nem que tenha havido qualquer elemento comportamental por parte das participantes na concentração que não a manutenção da empresa em causa no mercado.

Estas críticas parecem ter tido acolhimento em Portugal, na sentença relativa às *Escolas de Condução da Madeira*, em que o TCL realçou que a alegada desnecessidade de demonstração do comportamento no mercado, uma vez provado o contacto e a manutenção no mercado, nos termos dos já referidos acórdãos do polipropileno, constitui uma "***presunção que não podemos linearmente aplicar no nosso quadro de punição das infrações anti-concorrenciais como contra-ordenações***" [370].

Ademais, neste período, para além da inclusão de uma nova presunção na delimitação da existência de uma prática concertada, com impacto no elemento comportamental, a jurisprudência pareceu atenuar ainda mais a ideia de concertação, que já tinha sido transformada em contactos, pelo acórdão *Suiker Unie*, ao retirar-lhe o elemento de bilateralidade/multilateralidade, reciprocidade que, em nosso entender, poderia estar, neste ponto, ainda presente[371].

Com efeito, no caso *Cimenteries*, o TJUE considerou que, para que a concertação tivesse lugar, bastariam iniciativas de difusão que se poderiam, inclusivamente, caracterizar como unilaterais,

[369] C-199/92 P - *Hüls AG contra CE*, de 08.07.1999, parágrafos 159 a 167.

[370] Sentença do TC relativa ao Processo n.º 659/11.3TYLSB, de 27.02.2012.

[371] "Contacto" corresponde, com base no Dicionário *Priberam* da Língua Portuguesa, à "*Informação que permite estabelecer* ***comunicação com alguém***".

desde que existisse um emissor e um destinatário da mensagem em causa[372]. No mesmo sentido, no acórdão *British Sugar*, o TPI considerou que, para existir uma prática concertada restritiva da concorrência, seria suficiente a disponibilização de informação por parte de uma das partes, desde que a outra a aceitasse, ainda que de forma passiva[373].

Por fim, a ideia que parecia resultar do acórdão *Suiker Unie*, quanto ao prolongamento dos contactos no tempo, foi também limitada pelo acórdão *T-Mobile*, tendo em conta que o TJUE admite, neste acórdão, que a existência de uma prática concertada pode resultar de um único contacto[374].

Todavia, é interessante realçar que, ao contrário do que a decisão do TJUE poderia indiciar, o resultado final no caso *T-Mobile* foi a anulação da decisão da autoridade de concorrência dos Países Baixos (*Nederlandse Mededingingsautoriteit - NMa*) pelo tribunal *a quo*, por entender , fundamentalmente, que esta tinha infringido a presunção de inocência ao apreciar, de forma muito sumária, a refutação da presunção de causalidade entre um único contacto e a atuação das empresas parte no referido contacto[375].

Subsequentemente, e essencialmente na mesma linha, importa referir, neste contexto, o entendimento dos tribunais da UE no caso *Dole*, em sede de recurso de anulação de uma decisão da CE no setor da produção e comercialização de bananas no Norte da Europa, adotada após uma investigação iniciada por um pedido de clemência de um dos participantes, não obstante,

---

372 T-25/95 - *Cimenteries CBR contra CE*, de 15.03.2000.

373 C-359/01 P - *British Sugar contra CE*, de 24.05.2004.

374 Neste caso, o TJUE foi chamado a pronunciar-se, pelos tribunais dos Países Baixos, relativamente a uma reunião em que estiveram presentes os cinco operadores de telecomunicações móveis ativos neste EM. O enquadramento fáctico subjacente só se torna mais percetível das conclusões da AG Kokott, que atestam que a questão fundamental não era a comunicação, na referida reunião, da redução das comissões pagas aos revendedores dos serviços, que seria conhecida da generalidade do mercado, mas dos detalhes relacionados com essa redução, em particular a data de implementação e a extensão da mesma. Torna-se também mais percetível a partir das conclusões que estes revendedores comercializavam telefones móveis, oferecendo, simultaneamente, o serviço de telefonia móvel de um dos operadores em causa.

375 BRONCKERS & VALLERY, 2011, p. 45. O tribunal *a quo* entendeu que os alegados participantes na concentração deviam ter podido demonstrar que não existia conexão entre o contacto e o comportamento subsequente das empresas no mercado. As empresas de telecomunicações não conseguiram, no entender da autoridade da concorrência, fazer esta demonstração, motivo pelo qual foram adotadas novas decisões sancionatórias, impondo, no entanto, coimas mais reduzidas. Para mais informações *vide* o comunicado da autoridade da concorrência neerlandesa, disponível em https://www.acm.nl/en/publications/publication/6710/NMa-confirms-Dutch-mobile-operators-engaged-in-cartel-activities-in-2001 (consultado em 11 de maio de 2019).

ao contrário do que sucedia no acórdão *T-Mobile*, estarmos perante um alegado cartel prolongado no tempo[376].

Na decisão recorrida, a CE considerou que os três maiores produtores europeus de bananas, que dispunham de uma quota de mercado entre 45-50%, tinham participado, numa base semanal, durante um período de quase três anos, em comunicações telefónicas, meramente bilaterais, relativas a preços de referência, que constituíam a base para os preços que seriam aplicados aos clientes, que configuravam uma prática concertada de cartel, designação que a CE utiliza, expressamente, em diversas ocasiões, com objetivo e efeito anticoncorrencial[377].

Por seu turno, o TJUE reafirmou, neste caso, uma série de princípios com inspiração no acórdão *T-Mobile*, que cita profusamente[378]. Relembrou a proibição de qualquer contacto direto ou indireto entre operadores que "*possa influenciar*" o comportamento no mercado de um concorrente efetivo ou potencial, quando esse contacto "*tenha por objetivo ou por efeito levar a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa*", tendo em conta a natureza dos produtos ou das prestações fornecidas, a importância e o número das empresas e o volume desse mercado, vinculando, aparentemente, a concertação e a restritividade jusconcorrencial desta[379].

A esse respeito, o TJUE considerou que, com base na evidência dos contactos entre concorrentes, ainda que bilaterais, *i.e.*, não envolvendo, em cada momento, a totalidade dos participantes, se devia igualmente presumir, sem prejuízo de prova em contrário, que as empresas participantes na concertação, e com atividade no mercado, têm em conta as

---

[376] Caso COMP/39188 - Bananas, de 15 de outubro de 2008, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39188/39188_2291_2.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[377] Parágrafos 233, 300, 338, 435 e 476. A decisão da CE analisa, na secção "*5.2.2. Agreements and concerted practices*", o requisito da existência de uma prática concertada, com base em 12 parágrafos de citações de jurisprudência anterior, bem como um conjunto de apreciações, em nosso entender, pouco esclarecedoras, realçando que as comunicações entre as partes formavam um padrão consistente, que tiveram lugar repetidamente, ao longo de um período alargado de tempo, o que aparenta contrastar com o caso *T-Mobile*

[378] C-286/13 P - *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe contra CE*, de 19.03.2015, parágrafos 120 a 135.

[379] *Idem*, parágrafo 134 "*a Comissão tinha razões para concluir que as comunicações de pré-fixação de preços,* ***ao permitirem reduzir, em cada um dos participantes, a incerteza quanto ao comportamento previsível dos concorrentes, tinham por objetivo levar a condições de concorrência que não correspondiam às condições normais do mercado e tinham dado, portanto, origem a uma prática concertada com o objetivo de restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º CE***".

informações trocadas com os seus concorrentes para determinarem o seu comportamento nesse mercado, refutando qualquer violação dos princípios que regem o ónus da prova e a presunção da inocência[380].

Assim, na viragem para o século XXI, os requisitos para a existência de práticas concertadas pareciam ter-se reduzido ao mínimo, bastando a existência de contactos, ou melhor, de divulgação de informação com um emissor e um recetor, e um comportamento meramente passivo dos destinatários, a simples "inação", aplicando-se uma presunção, dificilmente ilidível, de que os operadores que tiveram contactos com concorrentes os tiveram necessariamente em conta na sua atuação subsequente, sendo suficiente, para o efeito, que continuassem presentes no mercado em causa.

1.1.3 A Jurisprudência Mais Recente quanto aos Requisitos das Práticas Concertadas

A jurisprudência mais recente, já na segunda década do século XXI, pareceu, todavia, apresentar um maior ceticismo em relação às condições de delimitação da existência de uma prática concertada.

Em nosso entender, importaria considerar, em primeiro lugar, o acórdão do TG no caso *CISAC*, um caso de alegada infração do Artigo 101.º do TFUE por parte desta sociedade de direitos de autor, que congrega sociedades de gestão coletiva de direitos de autor de obras musicais em mais de cem países, incluindo EM da UE[381].

O referido acórdão apreciou o recurso de anulação da decisão da CE, que tinha entendido que diversas práticas da *CISAC* infringiam o Artigo 101.º do TFUE, uma vez que consubstanciavam práticas de concertação entre as diversas sociedades de gestão coletiva para a repartição dos vários mercados, mediante a cedência recíproca de direitos de autor com âmbito nacional, substituindo assim, no entender da CE, os riscos da concorrência por um cenário de cooperação

[380] Parágrafo 135.

[381] T-442/08 – *CISAC contra CE*, de 12.04.2013. Para mais detalhes relativamente ao enquadramento fáctico deste caso *vide* FARIA, 2013.

que evitava que aquelas sociedades operassem fora do território em que estavam estabelecidas[382].

A CE tinha utilizado como prova da existência de práticas concertadas os contactos entre as sociedades de gestão coletiva no sentido de ser elaborado um contrato tipo, com uma cláusula de exclusividade territorial, o facto de terem existido alegadas discussões multilaterais com este objeto entre essas sociedades , bem como o facto de não ter havido a renovação de um acordo - através do qual se tinham comprometido a conceder licenças mundiais aos utilizadores estabelecidos no seu território nacional -, o que terá levado novamente às limitações territoriais nacionais. Acrescentou ainda a CE que poderia ser um indício de uma prática concertada o paralelismo de comportamento entre os operadores, que se traduzia no facto de todas as sociedades utilizarem um mandato recíproco de alcance nacional, não tendo alterado os respetivos comportamentos após a supressão da cláusula de exclusividade[383].

No entanto, o TG considerou que a CE não tinha demonstrado a existência de uma prática concertada. Por um lado, observou que não se tinha demonstrado terem existido reuniões e discussões fora do contexto das atividades geridas pela recorrente e, por outro, o elemento comportamental era insuficiente por corresponder à mera não alteração de um determinado comportamento previamente adotado com base num enquadramento contratual que deixou de existir e que seria racional do ponto de vista económico[384].

O TG entendeu, assim que, em casos de ausência de alteração do comportamento dos operadores no mercado, suscetíveis de poderem configurar paralelismos comportamentais relevantes, a CE teria de demonstrar que incentivos teriam as empresas em questão para modificar a sua conduta, o que não tinha sucedido neste caso, motivo pelo qual a decisão da CE foi anulada[385].

---

[382] Processo COMP/C2/38.698 – *CISAC*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38698 (consultado em 11 de maio de 2019).

[383] Parágrafo 103 e ss.

[384] Parágrafo 134 e ss.

[385] Parágrafos 135 e ss e 182 e 183.

Subsequentemente, o conceito de prática concertada foi novamente apreciado por parte do TJUE, no acórdão *E-Turas*, no âmbito de um pedido de reenvio prejudicial decorrente de um litígio nos tribunais lituanos[386].

A questão controvertida dizia respeito a um sistema comum de reservas de viagens *online*, detido pela *E-Turas*, que permitia às agências de viagens, mediante uma licença de exploração concedida pela referida empresa, propor a venda de viagens através da Internet. Em 2010, o Conselho da Concorrência lituano (*Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*) deu início a uma investigação, com o início na aplicação do regime de clemência, com base nas informações prestadas por uma das agências que utilizava o sistema de reservas *E-Turas*. A empresa, beneficiária de imunidade em relação à coima, ao abrigo do programa de clemência, apresentou dados que, alegadamente, evidenciavam que as agências de viagens poderiam estar a coordenar entre si os descontos relativos às viagens comercializadas através do referido sistema.

A investigação subsequente terá permitido concluir que o administrador do referido sistema informático terá enviado aos utilizadores uma mensagem que alertava para o estabelecimento de um limiar de 3% relativo aos descontos *online* através da referida plataforma, propiciando, desde modo, no entender da autoridade lituana, a articulação da conduta das agências de viagens. A investigação terá ainda permitido concluir que as alterações técnicas efetuadas no sistema *E-Turas*, tal como decorriam da referida mensagem, não constituíam um impedimento absoluto à concessão de descontos superiores ao referido limiar, mas essa concessão dependia da adoção de procedimentos técnicos adicionais por parte das agências de viagens em causa.

Todavia, as recorrentes no processo principal alegavam que não participaram numa prática concertada, na aceção do Artigo 101.°, n.° 1, do TFUE, ou das disposições correspondentes do direito nacional, uma vez que a atuação descrita, *i.e.*, o envio da mensagem, correspondia a uma conduta unilateral por parte da *E-Turas*.

Na verdade, várias empresas sustentavam não ter recebido ou lido a mensagem em causa no processo principal, dado que a utilização do *E-Turas* representava apenas uma ínfima parte do seu volume de negócios, motivo pelo qual não seguiam com particular atenção as alterações introduzidas nesse programa, sendo que podiam, em qualquer caso, conceder aos seus clientes

[386] C-74/14 - *"Eturas" UAB e outros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, de 21.01.2016.

descontos individuais no remanescente da sua atividade que não passava pela referida plataforma.

Tendo em conta o dito enquadramento fáctico, a interpretação do acórdão do TJUE, à semelhança do que propugnam HEINEMANN & GEBICKA, deve, em nosso entender, dividir-se em dois momentos que correspondem, grosso modo, às presunções principais que o TJUE foi traçando quanto ao conceito de prática concertada.

Em primeiro lugar, no que que diz respeito à concertação entre empresas, o TJUE parece retomar a ideia de substituição "consciente" da concorrência pela coordenação, considerando que esta conclusão não se deve extrair do mero envio da mensagem, pelo sistema, aos utilizadores deste, tendo em conta que a prova indireta, apesar de admissível, deve obedecer à presunção de inocência, prevista no Artigo 48.º, n.º 1, da CDFUE[387]. Segundo o Tribunal, a presunção de inocência não impede o tribunal *a quo* de utilizar outros indícios objetivos e consistentes para presumir o conhecimento da conduta em causa por parte dos operadores sancionados, mas permite a demonstração, por parte das empresas em causa, de que não receberam a mensagem ou não verificaram a secção em questão, relativa à limitação dos descontos[388].

Em segundo lugar, apesar de o TJUE não ter analisado detidamente a questão da conduta subsequente das partes no mercado, reafirmou que a relação de causa e efeito é presumida assim que a concertação e a conduta subsequente tenham sido demonstradas. Neste ponto, o Tribunal relembrou que uma empresa pode refutar a presunção, de forma "clássica", distanciando-se publicamente da conduta ou reportando-a às autoridades da concorrência. Contudo, acrescentou, de forma particularmente relevante, que, ao contrário do que entendia a autoridade nacional, num sistema de reservas *online*, em que os destinatários não se conhecem entre si, não é necessário enviar declarações de afastamento da alegada coordenação a todos os participantes na plataforma, admitindo o Tribunal que se rebata a presunção de causalidade, decorrente da mera inação, por exemplo, através de evidência de que foram, de forma consistente, conferidos descontos mais elevados do que os permitidos pelo sistema[389].

[387] Parágrafo 35-37.

[388] Parágrafo 38-41.

[389] Parágrafo 46-49.

Posteriormente, já no acórdão *VM Remonts*, também em sede de reenvio prejudicial, o TJUE apreciou uma alegada concertação num concurso realizado para o fornecimento de géneros alimentícios a estabelecimentos de ensino[390]. Neste contexto, o Tribunal Supremo da Letónia (*Augstākā tiesa*) solicitou ao TJUE esclarecimentos quanto à possível responsabilização de uma das empresas concorrentes em causa, a *Partikas kompanija*, por uma prática concertada motivada por atos de um prestador de serviços independente.

Na verdade, a *Pārtikas kompānija* recorreu aos serviços da *Juridiskā sabiedrība B&Š partneri* para obter assistência jurídica no âmbito da preparação e da apresentação da sua proposta no referido concurso, sendo que esta última sociedade recorreu, por sua vez, a outra entidade, a *MMD lietas*. A *MMD lietas* tinha-se comprometido, igualmente, sem disso informar a *Pārtikas kompānija*, a preparar as propostas de outros concorrentes no concurso, tendo, alegadamente, utilizado a proposta da *Pārtikas kompānija* como referência[391].

O TJUE, na resposta à questão apresentada, entendeu que uma empresa só pode ser considerada responsável por uma prática concertada devido a atos de um prestador de serviços independente mediante a verificação de um dos seguintes requisitos: (i) o prestador de serviços não é verdadeiramente independente e atua, na realidade, sob a direção ou fiscalização da empresa visada; (ii) essa empresa tinha conhecimento dos objetivos concorrenciais prosseguidos pelos seus concorrentes e pelo prestador de serviços e tencionava contribuir para tais objetivos através do seu próprio comportamento; ou (iii) a referida empresa podia prever razoavelmente os atos anticoncorrenciais dos seus concorrentes e dos prestadores de serviços e estava disposta a aceitar esse risco[392].

Este acórdão, que mereceu menos comentários do que o acórdão anterior, tem uma interpretação mais complexa.

Alguns autores parecem entender que se tratou de reafirmar a presunção *Anic*, não atribuindo particular relevância ao desconhecimento da conduta em causa por parte da empresa parte da

[390] C-542/14 - *VM Remonts*, de 21.07.2016.

[391] A *MMD lietas* elaborou as propostas concorrentes a partir dos preços constantes da proposta da *Pārtikas kompānija*, de modo a que a proposta do concorrente *Ausma grupa* fosse cerca de 5% mais barata do que a da *Pārtikas kompānija* e a do concorrente *DIV un Ko* 5% mais barata do que a da *Ausma grupa*.

[392] Parágrafo 33.

alegada infração[393]. Em nosso entender, afigura-se mais acertada uma interpretação mais otimista. Na verdade, como refere SANCHEZ-GRAELLS, "*the VM Remonts Judgment* ***should be welcome for what it does not do***", em especial se tivermos em consideração a proposta do AG Wathelet para mais uma presunção com inversão do ónus da prova em desfavor do visado[394]. De facto, o AG considerou que o cliente, neste caso a *Pārtikas kompānija*, só estaria fora da esfera da concertação se demonstrasse que o prestador de serviços, *i.e.* a *MMD lietas*, tinha atuado fora do respetivo mandato, que tinham sido implementadas medidas adequadas de monitorização relativas ao exercício dos serviços em causa e que, após ter conhecimento da conduta proibida, se tinha distanciado publicamente do comportamento em causa[395].

Não obstante, o último critério de participação numa prática concertada neste contexto, no acórdão *VM Remonts*, ou seja, a demonstração de que a empresa em causa podia prever razoavelmente os atos anticoncorrenciais dos seus concorrentes e dos prestadores de serviços e estava disposta a aceitar esse risco, afigura-se uma adaptação do teste incluído no acórdão *Anic*, em que, como vimos, as circunstâncias fácticas não eram comparáveis[396].

No caso *Anic*, as empresas em causa tinham participado em reuniões e tinham tido contacto com os terceiros, os concorrentes, pelo que podiam prever razoavelmente as condutas em causa por parte destes, enquanto no caso *VM Remonts*, e em casos similares, a exequibilidade deste critério é posta em causa pelo desconhecimento da conduta de um terceiro, que é um prestador de serviços[397].

Consequentemente, os acórdãos referidos parecem incluir elementos de flexibilização em relação à jurisprudência do período anterior, embora as consequências desta aparente flexibilização não sejam claras. Desde logo, a interpretação dos critérios referidos é ambígua, sendo ainda duvidoso se aqueles serão o novo standard de apreciação de atuações restritivas da concorrência através de práticas concertadas, ou se estes têm apenas aplicação em virtude das especificidades dos casos em apreço, que incluem circunstâncias muito dispersas. Por um lado,

[393] MIRANDA POÇAS, 2019, pp. 97 e 98.

[394] SANCHEZ-GRAELLS, 2016.

[395] Conclusões do AG Wathelet, de 03.12.2015, parágrafos 63-68.

[396] C-49/92 P - *CE contra Anic Partecipazioni*, *cit.*, parágrafo 87.

[397] SANCHEZ-GRAELLS, 2016.

revogação de um enquadramento contratual num mercado que pode ser considerado um monopólio natural, com manutenção dos comportamentos dos operadores, no acórdão CISAC, as particularidades comunicacionais das plataformas *online*, no acórdão *E-Turas*, e o desconhecimento de atividades anticoncorrenciais de terceiros prestadores de serviços a concorrentes, no caso *VM Remonts*.

Na verdade, resulta deste breve percurso pelos desenvolvimentos jurisprudenciais, no plano da UE, no que concerne a construção do conceito de práticas concertadas, que esta se alicerça num conjunto de presunções cuja delimitação não é clara e cuja possibilidade de ilisão parece não se encontrar suficientemente delimitada.

As interpretações realizadas pelos vários autores, nacionais e estrangeiros, com base na mesma jurisprudência, registaram, como vimos, várias oscilações quanto aos requisitos para a verificação de práticas concertadas.

MENDES PEREIRA, por exemplo, refere a necessidade de contacto, coordenação, paralelismo comportamental e nexo de causalidade[398]. CORACI, por seu turno, refere como elementos relevantes para este conceito "*contact between undertakings, meeting of minds and causation*", deixando de fora qualquer elemento comportamental[399]. RIVAS & DE GHELCKE, de forma ampla, consideram que "*case-law also often uses a 'catch-all' or 'negative' definition, under which the notion of concerted practice* ***encompasses every kind of (anticompetitive) concertation***", realçando a confusão entre restritividade, ou anticoncorrencialidade, e a concertação[400]. ODUDU, por seu turno fixa-se na ideia de redução de incerteza através da comunicação, afastando qualquer exteriorização[401].

Deste modo, parece resultar da jurisprudência a necessidade de um elemento de restritividade que introduziu um aspeto adicional de confusão neste contexto e que importará analisar, especial se tivermos em conta a emergência do intercâmbio ou partilha de informação como infração autónoma do direito da concorrência.

[398] MENDES PEREIRA, 2009: 91-97.

[399] CORACI, 2016: 2-4.

[400] RIVAS & DE GHELCKE, 2012.

[401] ODUDU, 2006: 84.

1.2 A Confusão de Planos entre os Requisitos de Práticas Concertadas e a Apreciação da Restrição da Concorrência

Em face do *supra* exposto, tendo em conta, como observámos, a cadeia de presunções construídas pelo TJUE para estabelecer a existência de práticas concertadas, que habitualmente partem de intercâmbios de informação, importaria determinar, na verdade, em que ponto da análise as entidades de aplicação estabelecem o grau de anticoncorrencialidade da conduta. Em que momento se procede à distinção entre anticoncorrencialidade por objetivo ou por efeito? Em que ponto é que as autoridades têm, quando necessário, de demonstrar os efeitos reais (ou potenciais) da conduta? De que forma estes efeitos se distinguem do elemento comportamental, que os tribunais pareceram dispensar?

Na verdade, o acórdão *Dyestuffs*, ao referir o afastamento das condições normais do mercado, tendo em consideração elementos como a natureza dos produtos e o nível de concentração do setor, remetia para uma espécie de contrafactual, com base em elementos contextuais, que se aproximaria da abordagem adotada para delimitar a existência de uma restrição da concorrência, a que fizemos referência na Parte I do nosso trabalho.

Também o acórdão *Anic Partecipazioni* referiu que a existência de uma prática concertada implicava a demonstração da restritividade da prática, esclarecendo que a exigência de um elemento comportamental não envolvia, necessariamente, um efeito concreto de restrição da concorrência[402]. Uma formulação ainda mais confusa pode ser encontrada no acórdão *Zuchner contra Bayerische Vereinsbank*, em que o TJUE referiu, em sede de reenvio jurisprudencial, que as condutas paralelas dos operadores em causa constituíam uma prática concertada se o tribunal nacional considerasse que s exibiam as necessárias características de coordenação e cooperação, acrescentando ainda um elemento que se nos afigura mais próximo de uma apreciação de restritividade, ao referir que a prática em causa teria de ser capaz de afetar, significativamente, as condições do mercado em apreço[403].

---

[402] *Idem*, parágrafo 118 e 124: "*embora a própria noção de prática concertada pressuponha, da parte das empresas participantes, um comportamento no mercado, não implica necessariamente que esse comportamento produza o efeito concreto de restringir, impedir ou falsear a concorrência*".

[403] C - 172/80 - *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG.*, de 14.07.1981, parágrafo 22.

Por fim, voltamos a chamar a atenção para o acórdão *T-Mobile*, em que um reenvio prejudicial em relação, essencialmente, à suficiência de um único contacto entre concorrentes para cumprir o conceito de prática concertada foi transformado num julgamento relativo à restritividade da partilha de informação com concorrentes. Na verdade, as conclusões da AG Kokott, neste caso, são bastante claras, ao referirem que o reenvio apresenta ao TJUE a oportunidade de clarificar os requisitos que devem ser satisfeitos para estabelecer uma prática concertada com um objetivo anticoncorrencial para efeitos da aplicação do Artigo 101.º do TFUE[404].

Esta confusão de planos, como realçam autores como GHEZZI & MAGGIOLINO, é particularmente clara quando estão em causa condutas de intercâmbio ou partilha de informação, abreviando, de sobremaneira, já veremos se de forma ilegal, a apreciação da inclusão de um conjunto de condutas na proibição do Artigo 101.º, n.º 1, do TUJE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência[405].

Nesse sentido, atentemos, desde logo, nas *Orientações Horizontais*, que, apesar de fazerem, referência a acordos e a cooperação horizontal no título, dedicam a maior parte da sua discussão à análise de práticas concertadas, num conjunto alargado de parágrafos, incluindo parâmetros em que não é claro o que corresponde às práticas concertadas e o que corresponde à restritividade da conduta.

Esta confusão consta também da jurisprudência do TCRS, em casos de partilha de informação, como acabou por ser o caso do *Cartel das Cantinas*, que reafirmou a ideia de cooperação informal e não institucionalizada associada à prática concertada, em que se incluem a existência de contactos entre empresas, a cooperação, como um elemento aparentemente distinto no sentido da redução da incerteza, a reciprocidade de comportamentos e, uma vez mais, o requisito da restritividade sensível da concorrência [406].

---

[404] Parágrafos 35 a 41.

[405] GHEZZI & MAGGIOLINO, 2014: 25 e ss.

[406] Na perspetiva do TCRS, "*A prática concertada difere do acordo ou da decisão pelo seu caráter de cooperação informal, não resultante de um ato formal ou de convenção nesse sentido. Daí que não seja necessário haver acordo entre os Administradores ou sequer instruções das empresas aos seus funcionários para que a prática concertada se verifique, Conforme refere a Autoridade da Concorrência, neste caso existe uma prática concertada entre empresas com a verificação de quatro elementos:* ***o contacto entre empresas, a cooperação como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre empresas, a reciprocidade de comportamentos das empresas e uma restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional****. Efetivamente houve contacto entre trabalhadores das empresas, no âmbito das suas funções,*

Vejamos, então, em maior detalhe, a articulação entre concertação e intercâmbios de informação.

1.2.1 Os Intercâmbios de Informação como Práticas Concertadas e Restrições da Concorrência

A opção da CE, nas *Orientações Horizontais*, no sentido de considerar as partilhas de informação, em geral, como práticas concertadas, deriva, muito provavelmente, da conclusão de que, não obstante existirem casos históricos, a que nos vamos referir, pelo contributo que podem dar a esta análise, e que resultam, em grande medida, da vigência do sistema do Regulamento n.º 17/62, atualmente, no âmbito do *self assessment* do Regulamento n.º 1/2003 é improvável que empresas concorrentes corram o risco de entrar num acordo de intercâmbio de informação, sendo mais provável que esses intercâmbios tenham lugar em virtude de mecanismos mais "desgarrados", suscetíveis de configurarem práticas concertadas.

O interesse inicial da CE por intercâmbios/partilhas de informação entre concorrentes, como condutas suscetíveis de recair no âmbito de aplicação da disposição correspondente ao Artigo 101.º do TFUE, data do final dos anos 1960. Com efeito, na *Comunicação relativa a Acordos de Cooperação*, de 1968, a CE, tendo como pano de fundo o Regulamento n.º 17/62, incluiu uma ampla tipologia de acordos integrando partilhas/intercâmbios de informação entre concorrentes que podiam ser considerados benéficos e insuscetíveis de infringir o Artigo 101.º do TFUE[407].

Nesta comunicação, centrada na ideia de acordo, a CE excluía, expressamente, do âmbito de aplicação do Artigo 85.º do TCEE "*Os acordos cuja* ***única finalidade*** *seja fornecer em comum as informações de que as diferentes empresas têm necessidade* ***para decidir de maneira***

que efetuaram troca de informações entre si, reciprocamente, cooperando para benefício de todas, que assim conheciam de forma mais cabal e fidedigna a posição de cada uma delas e de terceiras empresas no mercado, evitando os recursos humanos e materiais que teriam de despender para obter pelos seus meios todas as informações. Assim, adquiriram uma vantagem competitiva em relação a empresas não participantes no intercâmbio de informações, restringindo a concorrência significativamente.", cfr. Sentença do TCRS relativa ao Processo n.º 88/12.1YUSTR, de 19.07.2013, página 254.

[407] *Comunicação relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas respeitantes à cooperação entre empresas* JO 1968, C 75/3, 29.07.1968, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A31968Y0729%2801%29 (consultado em 11 de maio de 2019)

autónoma e independente *o seu comportamento futuro no mercado ou recorrer individualmente a um organismo consultor comum*", em que se incluíam acordos para a troca de opiniões e de experiências, o estudo comum dos mercados, a realização conjunta de estudos comparados sobre as empresas e os setores económicos e o estabelecimento comum de estatísticas e de esquemas de cálculo[408].

Decorre deste parágrafo que a limitação à autonomia e independência do comportamento futuro das partes seria, aparentemente, um critério de determinação do objetivo restritivo de um acordo, não obstante, como vimos, surgir, em alguma jurisprudência, como constitutivas do conceito de concertação.

Alertava a CE, neste documento, entendemos nós, do ponto de vista da restrição da concorrência, para a dificuldade em distinguir entre informações neutras do ponto de vista da concorrência e comportamentos restritivos da concorrência, nos casos em que a informação em causa diga respeito a encomendas, volumes de vendas, investimentos e preços, não podendo, em tais casos, admitir-se, sem mais, que o então n.º 1 do artigo 85.º do TCEE não tivesse aplicação, em particular "*num mercado oligopolístico de produtos homogéneos*". A CE observava ainda, de forma ponderada, que os estudos dos mercados, bem como os estudos comparados sobre as empresas e os setores económicos, destinados a obter informações e a verificar os factos e as condições de mercado, "*não afectam* ***por si próprios a concorrência****, se não existir outra* ***cooperação mais ampla*** *entre as empresas participantes*".

Decorre do *supra* exposto que, nesta fase inicial, ainda não existia conceptualização, por parte da CE, da partilha ou sequer do intercâmbio de informação como infração autónoma do Artigo 101.º do TFUE, mas a questão da independência e da remoção da incerteza parecia fazer parte da anticoncorrencialidade.

Com efeito, foi na década de 1970, em virtude dos casos de práticas concertadas a que já nos referimos anteriormente, que se estabeleceram, verdadeiramente, os princípios que se revelariam relevantes para o enquadramento de condutas envolvendo contactos entre concorrentes e partilha de informação. No já referido caso *Sukier Unie*, o TJUE transformou, como vimos, os contactos, a partilha de informação, no requisito da coordenação entre

[408] Parte 1.

operadores económicos, referindo ainda, a este propósito, a necessidade de manter a independência decisória dos operadores no mercado[409].

Apesar de estes antecedentes mais longínquos, foi apenas nos anos 1990 que a CE teve oportunidade de realizar uma análise abrangente de intercâmbios de informação enquanto conduta anticoncorrencial autónoma, no já referido caso do *Registo de tractores agrícolas no Reino Unido*[410].

A análise da CE teve lugar, nos termos do Regulamento n.º 17/62, na sequência da notificação, no final da década de 1980, por parte da associação comercial de construtores e importadores de alfaias agrícolas no Reino Unido, de um acordo de intercâmbio de informação relativa ao volume de vendas de comércio a retalho e às quotas de mercado de oito construtores e importadores de tratores agrícolas no mercado do Reino Unido. Apesar de se tratar de um acordo, e não de uma prática concertada, é do nosso ponto de vista, ainda assim importante realçar que a decisão da CE considerou o respetivo intercâmbio restritivo por efeito, com ênfase nos efeitos potenciais, tendo em conta que o "*intercâmbio de informações cria uma estrutura de transparência, que impede a concorrência oculta e reforça as barreiras à entrada para os elementos que não são seus membros*", pelo que o reforço da transparência no mercado é considerado um indício do potencial restritivo da concorrência, sendo observado de forma completamente separada da apreciação do acordo de vontades do plano, que, neste caso, era claro e cuja notificação estava a ser apresentada à CE[411].

Nesta apreciação da anticoncorrencialidade, a CE realçava o facto de o mercado em causa ser muito concentrado e com elevadas barreiras à entrada, o caráter sensível, em termos comerciais, da informação em causa, que não estava agregada, a existência de frequentes contactos entre concorrentes e a capacidade, conferida pelo sistema, de monitorizar o desempenho dos operadores, com impacto na limitação das importações paralelas[412].

---

[409] C-40/73 - *Suiker Unie e outros contra CE, cit.*, parágrafo 173.

[410] Decisão da Comissão, de 17 de fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CEE (IV/31.370 e 31.446) - (Intercâmbio de registo de tratores agrícolas no Reino Unido), disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992D0157&from=IT (consultado em 11 de maio de 2019).

[411] Parágrafo 51.

[412] A CE concluiu, ainda, pela não aplicação do balanço económico positivo do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, desde logo porque as partes não teriam demonstrado o requisito da indispensabilidade da informação desagregada para

Considerando que se tratava de um sistema analisado no âmbito do sistema de notificação prévia do Regulamento n.º 17/62, o acordo foi proibido, mas as empresas não foram sancionadas.

O recurso de anulação desta decisão, apreciado pelos tribunais da UE, no acórdão *John Deere*, foi também o primeiro caso em que foi analisada, no plano judicial, uma disponibilização entre concorrentes de informação não relacionada com outro comportamento anticoncorrencial, *i.e.*, um sistema de intercâmbio de informação autónomo, o qual, durante muito tempo, em particular antes da publicação das *Orientações Horizontais*, constituiu o standard de apreciação de intercâmbios de informação enquanto infrações autónomas da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência[413]

Os tribunais de recurso entenderam, à semelhança do que tinha concluído a CE, que o sistema de intercâmbio de informação relativa a tratores agrícolas no Reino Unido estava sujeito ao Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, em virtude da sua restritividade potencial para a concorrência, não estando reunidos os requisitos para o preenchimento da isenção do n.º 3 no âmbito do sistema de notificação prévia do Regulamento n.º 17/62. O TPI primeiro e, subsequentemente, o TJUE, mantiveram a decisão com base nos efeitos potenciais, realizando uma apreciação do contexto económico da conduta em causa, com destaque para a natureza oligopolista do mercado de comercialização de tratores agrícolas no Reino Unido. Uma vez mais, o tribunal pareceu recorrer, primacialmente, ao critério da redução da "incerteza" quanto à atuação dos operadores no mercado para apurar a restritividade potencial, em termos de efeitos, critério que vimos também surgir na jurisprudência da UE relativa a práticas concertadas.

Todavia, os desenvolvimentos do caso *John Deere*, na fase administrativa e na fase judicial, não foram tidos em conta quando a CE substituiu, em 2001, a *Comunicação relativa a Acordos de Cooperação*, a que fizemos inicialmente referência, publicada no final dos anos 1960, pelas *Orientações sobre a aplicação do artigo 81.° do TCE aos acordos de cooperação horizontal*, de 2001, que eram totalmente omissas em relação a partilhas/intercâmbios de informação,

atingir o alegado objetivo pró-concorrencial (que corresponderia, de acordo com a argumentação das partes, à possibilidade de acelerar o desenvolvimento do produto, melhorar o planeamento da produção e aperfeiçoar o controlo da distribuição).

[413] T-35/92 - *John Deere Ltd contra CEE,* de 27.10.1994 e C-7/95 P - *John Deere Ltd contra CEE,* de 28.05.1998.

equiparando as práticas concertadas a acordos e decisões, sem que exista qualquer tentativa de delimitar este conceito[414].

Talvez os desenvolvimentos pouco claros relativos à apreciação de "contactos" entre concorrentes em sede de práticas concertadas, e sempre no âmbito de condutas mais amplas, trazidos pelos acórdãos *Hüls*, *Anic* e *Cimenteries CBR*, a que já nos referimos, no sentido de presumir a existência de uma restrição da concorrência a partir da existência de contactos entre concorrentes, bem como no sentido de valorizar partilhas unilaterais de dados, tenham dificultado o estabelecimento expresso de um critério, por parte da CE, nesta fase[415].

Não obstante, meia dúzia de anos depois, o TJUE iria proferir outro acórdão, agora em sede de reenvio prejudicial, que parecia sedimentar a abordagem a sistemas de partilha de informação entre concorrentes como exigindo uma apreciação casuística de efeitos, embora o critério dessa apreciação permanecesse, como veremos, algo nebuloso. Na verdade, o acórdão *Asnef-Equifax*, proferido no contexto de um reenvio prejudicial do Tribunal Supremo espanhol, é outro dos contributos fundamentais do TJUE, neste período, para a apreciação de partilhas/intercâmbios de informação desligadas de qualquer outra conduta[416].

Em termos de substrato fáctico, estava em causa a criação de um registo de devedores, no setor financeiro, que disponibilizaria informação de solvência e de crédito de clientes das instituições de crédito aderentes, através do processamento informático de dados relacionados com os riscos das atividades de crédito, incluindo informação relativa aos atuais ou potenciais devedores, em particular informação negativa (incumprimento) e informação positiva (crédito, garantias, transações). O registo seria acessível a todas as entidades financeiras de forma não discriminatória, mediante o pagamento de uma remuneração, e a informação relativa aos credores manter-se-ia confidencial.

O TJUE começou por considerar que o sistema de troca de informação em causa não tinha como objetivo a restrição da concorrência, na aceção do Artigo 101.º, n.º 1, do TFEU, tendo

---

414 JO C 003 de 06/01/2001 p. 2 - 30, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32001Y0106(01) (consultado em 11 de maio de 2011).

415 C-199/92 P - *Hüls AG contra CEE*, *cit*., C-49/92 P – *CEE contra Anic Partecipazioni SpA.*, cit. e T-25/95 - *Cimenteries CBR contra CEE, cit.*

416 C-238/05 - *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, de 23.11.2006.

em conta que a informação disponível em relação aos devedores podia contribuir para que os credores pudessem avaliar a probabilidade do pagamento do crédito, para reduzir o incumprimento dos devedores e para melhorar o funcionamento da disponibilização de crédito, ultrapassando eventuais problemas de seleção adversa. No que respeita a eventuais efeitos anticoncorrenciais, o TJUE preconizou uma apreciação casuística, pelo que, visto que o mercado não era concentrado, que o acesso ao registo era realizado em condições não discriminatórais e que os dados postos em comum não identificavam o credor que os disponibilizava, o TJUE chegou à conclusão de que este registo não teria o efeito de restringir a concorrência.

Tendo em conta que o tribunal nacional podia chegar a uma conclusão distinta quanto aos efeitos anticoncorrenciais deste registo, o TJUE analisou ainda a aplicabilidade do Artigo 101.º, n.º 3, do TFEU, considerando, desde logo, que, apesar de alguns consumidores poderem ser prejudicados pelo registo, dada a recusa de crédito, tal não tornava o Artigo 101.º n.º 3, do TFEU inaplicável. Na verdade, até nestes casos, poderia produzir-se um efeito benéfico, uma vez que se impedia o sobreendividamento destes consumidores, evitando-se situações de assimetria informativa e seleção adversa e melhorando, assim, o funcionamento dos mercados de crédito[417].

Neste caso, ao contrário do que sucedeu no acórdão John Deere, a "*redução da situação de incerteza*" quanto à atuação de concorrentes não foi utilizada como critério de determinação de efeitos restritivos, em particular efeitos restritivos potenciais, tendo em conta que o acordo em causa foi excluído do âmbito de aplicação do Artigo 101.º do TFUE, embora fosse um sistema comum de informação que permitia, claramente, uma redução da situação de incerteza quanto à atuação de concorrentes em relação a aspetos que podem ser considerados como elementos diferenciadores da oferta, como a capacidade de distinguir a solvabilidade dos potenciais clientes.

Por seu turno, em contraste com o silêncio das *Orientações gerais relativas a acordos restritivos da concorrência*, a CE quis referir-se expressamente a esta matéria nas *Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos serviços de transportes marítimos*, de 2008, que fazem menção expressa ao entendimento do TJUE nos acórdãos *John Deere* e *Asnef*

[417] BENNETT & COLLINS, p. 319.

Equifax. Estas orientações referiam, com aparente clareza, que os intercâmbios de informação podem ser, por um lado, acessórios "*em relação a uma prática anticoncorrencial*", não se referindo expressamente ao conceito de práticas concertadas, caso em que "*a sua apreciação deve ser realizada juntamente com a apreciação de tal prática*", e, por outro, podem "*por si só, constituir uma infracção ao artigo 81.º do Tratado em razão* ***dos efeitos que produz***" [418].

Esta última situação, nos termos destas *Orientações*, verificar-se-ia quando o intercâmbio de informação "*atenua ou suprime o* ***grau de incerteza*** *quanto ao funcionamento do mercado, sendo portanto* ***susceptível*** *de restringir a concorrência entre as empresas*", atendendo à natureza dos produtos fornecidos ou dos serviços prestados, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado[419].

Independentemente da precisão dos critérios utilizados, a que voltaremos no decurso deste trabalho, parece claro que a CE preconiza, nestas *Orientações*, que os efeitos reais ou potenciais de um intercâmbio de informação devem ser analisados numa base casuística, uma vez que os resultados da apreciação dependem de uma conjugação de fatores específicos do processo em causa. Para ser abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do Artigo 101.º do TFUE, o intercâmbio, que parece incluir um pressuposto de bilateralidade/multilateralidade, uma vez que estas Orientações não se referem a meras condutas unilaterais, deve ter um "***impacto negativo considerável*** *sobre os parâmetros da concorrência*", que concretiza com referência às *Orientações relativas ao Artigo 101.º, n.º 3*, e que serão o preço, a produção, a qualidade do produto, a variedade do produto e a inovação[420].

A mesma filosofia de apreciação casuística parece ter estado na base do Regulamento n.º 267/2010 da CE, de 24 de março de 2010, relativo à aplicação do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no setor dos seguros, sendo que o Artigo 1.º dispõe que todas estas formas de infração serão designadas, para maior facilidade, como "acordo"[421].

---

[418] JOUE C 245, 26.9.2008, p. 2–14, parágrafos 42 e 43, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC0926%2801%29 (consultado em 11 de maio de 2018).

[419] Parágrafo 43.

[420] Parágrafo 45.

[421] A vigência deste Regulamento terminou em 2016, aplicando-se a este setor as Orientações Horizontais.

Neste período, não obstante alguma amplitude excessiva dos critérios de apreciação do TJUE, responsáveis, em grande medida, pela génese da confusão de planos entre a forma da conduta e a restritividade desta, os intercâmbios de informação enquanto infrações autónomas só se afiguravam relevantes do ponto de vista da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência mediante a demonstração de efeitos restritivos da concorrência[422].

Em 2011, a CE publicou um novo enquadramento geral de *soft law* aplicável à cooperação horizontal, as *Orientações Horizontais*, a que nos referimos anteriormente, que incluem, pela primeira vez, num capítulo autónomo, o capítulo 2, relativo a intercâmbios de informação entre concorrentes, em particular no âmbito de práticas concertadas[423].

As *Orientações Horizontais* trouxeram *nuances* muito debatidas e interpretadas como inovadoras relativamente a todos os aspetos significativos da partilha de informação com concorrentes, incluindo a forma e as características da disponibilização da informação, bem como contributos quanto à delimitação de uma conduta deste tipo como infração autónoma do Artigo 101.º do TFUE, sob a forma de práticas concertadas.

De uma forma aparentemente distinta do que tinha sucedido anteriormente, a CE parece reconhecer, nas *Orientações Horizontais*, três patamares de apreciação da disponibilização de informação por parte de operadores económicos no mercado: (a) os intercâmbios de informação que permitem que as empresas "*tomem conhecimento das estratégias de mercado dos seus concorrentes*" e que podem provocar efeitos anticoncorrenciais; (b) a "***comunicação** de informações entre concorrentes"* que "*tem por objecto **nomeadamente** fixar preços ou quantidades*", caso em que as "comunicações", que afinal talvez não tenham de ser necessariamente intercâmbios, serão "***normalmente***" consideradas cartéis, "*sendo-lhes aplicadas coimas em conformidade*" e, por fim, (c) os intercâmbios de informação que podem facilitar o funcionamento de um cartel "*permitindo que as empresas **verifiquem** se os*

[422] BAÑOS FOS menciona também, como relevante para o posicionamento da CE neste período, as considerações tecidas pela CE na *Roundtable on facilitating practices*, no âmbito da OCDE, no sentido de que as "condutas facilitadoras" eram apreciadas primacialmente no contexto de infrações "hard core", apesar de serem também "possíveis" intervenções relativamente a condutas *stand alone*. BAÑOS FOS, 2018, p. 122. A intervenção da CE no âmbito da OCDE "Facilitating Practices in Oligopolies." OECD DAF/COMP(2008)24, 2008, está disponível em https://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[423] Este capítulo responde às solicitações dos aplicadores no sentido de terem um enquadramento de *soft law* que interpretasse adequadamente alguns desenvolvimentos jurisprudenciais e também no âmbito da análise económica. *Vide*, por exemplo, GRASSANI, 2010.

participantes cumprem as ***condições acordadas***" e que serão apreciados enquanto parte do cartel[424].

Deste modo, nos termos das *Orientações Horizontais*, parecem existir agora duas possibilidades de intercâmbio de informação como infração autónoma ao Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, sem que, curiosamente, surja citada, neste ponto, qualquer jurisprudência suscetível de sustentar esta aparente mudança[425].

Por um lado, os intercâmbios, entre concorrentes, de dados individualizados relativos às intenções futuras em matéria de preços ou quantidades, que constituem uma restrição da concorrência por objetivo "*serão normalmente considerados como cartéis, sendo-lhes aplicadas coimas em conformidade*", sendo ainda, segundo a CE, muito pouco suscetíveis de cumprir as condições do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE[426].

A imprecisão em termos da linguagem utilizada pela CE é patente, ao referir-se tanto a "intercâmbios" como a "comunicações" e ao utilizar expressões como "nomeadamente" e "normalmente", sem esclarecer que outras situações ou circunstâncias podem afastara inclusão de uma conduta do âmbito de aplicação da norma.

Por outro, as *Orientações Horizontais* mantêm o entendimento de que, nos restantes casos, os efeitos prováveis de um intercâmbio de informação sobre a concorrência devem ser analisados numa base casuística, de forma a apurar, de acordo com as características dos mercados e das informações em causa, se o intercâmbio é suscetível de ter um impacto negativo significativo num (ou em vários) parâmetros da concorrência, como o preço, a produção, a qualidade ou diversidade do produto ou a inovação[427].

Ademais, não obstante as *Orientações Horizontais* referirem, claramente, que o intercâmbio de informação pode ser apreciado nos termos do artigo 101.º do TFUE se constituir ou integrar um

[424] Parágrafos 58 e 59.

[425] Na verdade, a única jurisprudência citada nos parágrafos 58 e 59 é aquando da referência aos efeitos restritivos, em que se faz menção ao acórdão *John Deere*. Mais adiante, nos parágrafos 72 a 74, em que se volta a fazer referência ao intercâmbio de informação futura como restrição da concorrência por objetivo, o único acórdão a que se faz referência é o acórdão C-501/06 P e outros, *GlaxoSmithKlin*e, e C-209/07, *BIDS*, no que se refere à necessidade de considerar o contexto jurídico-económico.

[426] Parágrafo 74.

[427] Parágrafo 75.

acordo, uma prática concertada ou uma decisão de uma associação de empresas, parecem reconhecer, implicitamente, a maior probabilidade de uma situação deste tipo ter lugar em virtude de uma prática concertada, dedicando, como vimos, um conjunto alargado de parágrafos a este tipo de condutas[428].

Na verdade, a CE recorre, nas *Orientações Horizontais*, às considerações tecidas pelos tribunais da UE na determinação dos requisitos de uma prática concertada, misturando, uma vez mais, o requisito da restritividade, ao referir que a exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem, inteligentemente, ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes, mas "***impede qualquer contacto directo ou indirecto*** *entre esses operadores,* ***que tenha por objecto ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente efectivo ou potencial*** *quer revelar a esse concorrente o comportamento que se decidiu adoptar ou que se tenciona adoptar no mercado, favorecendo assim a adopção de um comportamento colusivo no mercado*". Deste modo, "***a partilha de dados estratégicos entre concorrentes equivale a uma concertação***", visto que, no entender da CE, reduz a independência do comportamento dos concorrentes no mercado e diminui os seus incentivos para concorrer[429].

Neste ponto, as *Orientações* referem o acórdão *T-Mobile* e as Conclusões da AG nesse, o qual é novamente citado, mas agora com mais amplitude, em 2014, nas muito debatidas *Orientações relativas às restrições por objetivo*, para efeitos da, como vimos, também pouco clara Comunicação *De Minimis*[430].

Nestas *Orientações*, a CE reitera a ideia de que os intercâmbios de informação entre concorrentes, relativos a dados individualizados de preços e quantidades futuras, constituem uma restrição por objetivo, embora não faça qualquer menção expressa ao conceito de cartel ou à necessidade de aplicar coimas a estas situações, como se de um cartel se tratassem[431].

---

[428] Parágrafo 60.

[429] Parágrafo 61.

[430] *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice,* disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[431] Ponto 2.6.

Acrescenta ainda que, quando o "intercâmbio de informação" faz parte de um mecanismo de monitorização ou de implementação de um "*existing cartel*", será analisado como parte do cartel, independentemente de dizer respeito a informação de preços ou quantidades atuais, passadas ou futuras. Neste caso, o acórdão *T-Mobile* e o acórdão *Dole* são citados como fundamentando a conclusão de que o mero intercâmbio/partilha de informação futura pode constituir uma infração do Artigo 101.º do TFUE por objetivo.

O acórdão *T-Mobile*, que figura, como vimos, destacado na *soft law* da CE no cenário pós-modernização, é uma decisão em sede de reenvio prejudicial, cujos pressupostos fácticos não eram, sequer, particularmente claros e que terminou, também como explicado, já no plano nacional, com uma decisão de anulação, por se entender ter havido, em termos gerais, uma violação da presunção de inocência[432].

Além disso, na verdade, conforme referido anteriormente, apesar de ter sido transformado num caso emblemático de "*intercâmbios de informação*", as perguntas colocadas pelo tribunal nacional prenderam-se com esclarecimentos relativos ao conceito de práticas concertadas[433]. É o TJUE, certamente influenciado pelas conclusões da AG, que transmuta este caso na discussão do caráter anticoncorrencial de um intercâmbio de informação e, aparentemente, num intercâmbio de informação desligado de qualquer impacto no preço dos produtos/serviços finais.

O caso *Dole*, a que também já nos referimos, suscita, igualmente, dúvidas, desde a utilização da estranha expressão "*concerted arrangements*" pela decisão da CE até à profusa citação do

[432] *Vide supra*, página 165.

[433] As questões colocadas pelo tribunal *a quo* foram as seguintes: *"1) Que critérios devem ser seguidos na aplicação do artigo 81.°, n.° 1, CE, quanto à apreciação da questão de saber se uma prática concertada visa impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comunitário?; 2) O artigo 81.° CE deve ser interpretado no sentido de que, na aplicação desta disposição pelo juiz nacional, a prova do nexo de causalidade entre a prática concertada e a actuação no mercado deve ser produzida e apreciada de acordo com as normas do direito nacional, desde que essas normas não sejam menos favoráveis do que as que seriam aplicáveis em processos nacionais do mesmo tipo e não tornem o exercício dos direitos decorrentes do direito comunitário impossível na prática ou extremamente difícil?; e 3) Na aplicação do conceito de prática concertada previsto no artigo 81.°, n.° 1, CE, continua a aplicar-se ainda a presunção da existência do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado, mesmo quando a concertação apenas tenha ocorrido uma única vez e a empresa que nela participou continuar activa no mercado, ou apenas se aplica nos casos em que a concertação teve lugar regularmente durante um longo período?*"

acórdão *T-Mobile* pelo TJUE, não obstante a substancial divergência fáctica entre os dois casos[434].

A dificuldade em extrair regras de conduta claras das proclamações genéricas do TJUE é manifesta e o facto de a jurisprudência deste Tribunal poder ter, inclusivamente, conduzido a um resultado final correto, não significa, como veremos, que esta mistura de decisões independentes, com práticas concertadas e intercâmbios de informação como restrições por objetivo não apresente riscos relevantes, em particular, como veremos, em termos de certeza jurídica.

No plano nacional, a AdC fez algumas incursões na tentativa de delimitar a existência de prática concertada de intercâmbio de informação. Na verdade, a decisão da AdC sancionando as empresas *Conforlimpa / Number One* por condutas anticoncorrenciais no âmbito de procedimentos públicos de aquisição de serviços de limpeza fazia também, erroneamente, como vimos, referência à existência de práticas concertadas de intercâmbio de informação sensível entre ambas[435]. Esta decisão faz já menção às *Orientações Horizontais*, aquando da determinação do cumprimento do requisito da existência de uma prática concertada, realçando que estas orientações admitem que o intercâmbio de informação sensível entre concorrentes pode constituir uma infração autónoma[436].

Neste caso, misturando os conceitos de práticas concertadas e restrição da concorrência, a AdC, apesar de não ter evidência direta de intercâmbios de informação entre empresas independentes (o que, como já vimos, não era, sequer, o caso), entende que o grau de semelhança da apresentação das propostas e dos preços indicados pelas arguidas, a cada um dos concursos públicos em causa, é tão forte que não pode ser explicado como uma coincidência, não sendo plausível sem uma concertação prévia e/ou uma troca de informação, entre as arguidas, motivo pelo qual se considera verificada uma prática concertada[437].

---

[434] C-286/13 P - *Dole Food, cit.*, parágrafos 120 a 135.

[435] PRC 2010/09, de 1 de junho de 2011, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/PRC200910.pdf (11 de maio de 2019).

[436] Parágrafo 326.

[437] Parágrafos 327 a 332.

A sentença do TCL relativa ao alegado *Cartel dos Serviços de Limpeza* manteve, espantosamente, a decisão condenatória da AdC na íntegra e é particularmente interessante, na medida em que empreende uma invocação ainda mais clara dos princípios do acórdão *T-Mobile*, ao mesmo tempo que traça paralelos com as categorias contraordenacionais de infrações de perigo, de dano, de resultado e de mera atividade, a que voltaremos infra, aquando do enquadramento das condutas em causa nas categorias do direito sancionatório[438].

A decisão central, até à data, no plano nacional, relativamente a partilha de informação entre concorrentes é a decisão relativa ao designado *Cartel das Cantinas*, a que já nos referimos, uma investigação iniciada em virtude de um pedido de clemência, em que a AdC identificou duas infrações à disposição correspondente ao Artigo 9.º da Lei da Concorrência. Por um lado, um intercâmbio de informação sensível e, por outro, um acordo de repartição de clientela (tendo esta última infração, para a generalidade dos operadores, absorvido a primeira, numa única infração, uma vez que tinha maior gravidade)[439].

No que respeita ao cumprimento dos requisitos da proibição, a AdC, um pouco como vimos suceder também no plano da UE, inclui o caráter restritivo da concorrência na própria delimitação da existência de uma prática concertada, ao referir que "*a prática concertada consistiu no seguinte: a) Uma troca de informações; b) Um condicionamento da própria estratégia de mercado de cada uma das empresas com base na troca de informações; c) Uma reciprocidade de comportamentos das empresas que participavam na troca de informações; e d) um* ***efeito de restrição de forma sensível da concorrência entre empresas no mercado relevante***"[440].

[438] Sentença do TCL no Processo 1085/11.0TYLSB, de 24 de julho de 2012, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/DJC_21_11_TCL24jul2012.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[439] Decisão da AdC no processo n.º PRC 2007/02, de 31 de julho de 2012, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/PRC200702.pdf (consultado em 11 de maio de 2019). No que se refere, especificamente, ao intercâmbio de informação, a AdC considerou que, da prova documental e testemunhal junta aos autos, resultava a existência de um sistema de intercâmbio de informação relativo à identificação de clientes, à sua distribuição geográfica e às quantidades vendidas e/ou produzidas, que, numa "situação normal de funcionamento regular da concorrência", constituiriam segredos de negócio.

[440] Idem, parágrafo 863.

De forma não muito distinta do que tem sido a abordagem, à cautela, da CE, a AdC refere-se, neste caso, à existência de intercâmbios de informação sensível com o "*objecto e o efeito"* de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado em causa.

O recurso de anulação relativo à decisão da AdC no designado *Cartel das Cantinas*, decidido já pelo TCRS, declarou prescrita a infração que correspondia a um acordo de repartição de mercado entre as empresas em causa. Subsequentemente, debruçou-se, com algum detalhe, sobre a infração de intercâmbio de informação sensível, que estava agora desprovida do contexto que lhe era proporcionado pela infração mais grave[441].

Na apreciação do requisito da restrição da concorrência o TCRS discordou quanto à classificação da infração por objeto e por efeito empreendida pela CE, uma vez que não é claro se a informação disponibilizada pode ser considerada sensível e apta a restringir a concorrência[442].

Recorrendo às *Orientações Horizontais*, o TCRS considerou que uma troca de informações como a dos autos, em que não estão em causa dados futuros, mas sim passados, em que não se referem preços nem volumes de faturação e dos quais não é possível extrair diretamente, de forma imediata e linear, a estratégia de atuação futura destas empresas, não pode ser considerada uma restrição por objetivo. Deste modo, "*a natureza dos dados transmitidos não é de molde a considerar-se* ***à partida*** *que houve uma restrição da concorrência*"[443].

Relembra o TCRS, numa nota que tinha escapado à generalidade da jurisprudência até à data e, em alguma medida, à AdC, que, de acordo com a jurisprudência da UE e com a *soft law* da CE, a análise dos efeitos compreende efeitos restritivos da concorrência reais ou potenciais. Citando o acórdão *John Deere* e as *Orientações Horizontais*, o Tribunal considera que, na apreciação de efeitos neste âmbito, há que comparar os efeitos prováveis do intercâmbio de informação com a situação concorrencial que existiria na ausência daquele, tendo em conta as características da informação em causa (se eram públicas ou confidenciais, agregadas ou

[441] Sentença do TCRS no Processo 88/12.1YUSTR, de 19 de julho de 2013. Para mais desenvolvimentos, *vide* MOURA E SILVA, 2018: 709-717.

[442] Páginas 255 e 256.

[443] Página 256.

pormenorizadas, históricas ou atuais) e a sua importância em termos da fixação dos preços, dos volumes ou das condições de serviço.

A utilidade da informação resultou também, no entender do Tribunal, provada, uma vez que permitia às empresas, em conjugação com os outros elementos que recolhiam, ter uma visão clara do mercado e da sua posição relativa face às concorrentes. Por último, possibilitava-lhes detetar a entrada de novas concorrentes no mercado, monitorizando a sua ação e reduzindo a normal incerteza do mercado. Realçou ainda o TCRS que o mercado de restauração coletiva é fortemente concentrado em torno das empresas participantes no intercâmbio de informação, pelo que, face às características daquele e às características das informações trocadas, entendeu que o intercâmbio tem potenciais efeitos restritivos da concorrência[444].

Subsequentemente ao caso *Eurest*, a CE incluiu um capítulo dedicado a "intercâmbios de informação" no *Guia para Associações de Empresas*, publicado em 2016. A AdC refere que, dependendo do tipo, da atualidade, do nível de agregação, das características do mercado e da forma como a informação é partilhada e divulgada, a troca de informação poderá ser anticoncorrencial. Apesar de o documento estar formulado em termos pouco técnicos, tendo em conta que se trata de um alerta geral dirigido a associações de empresas, recorre ao nosso já conhecido critério da "incerteza estratégica entre os operadores", considerando que a disponibilização de informação estratégica pode apresentar risco jusconcorrencial, ainda que aquela (no todo ou em parte) esteja no domínio público.

Foram também arquivados, com compromissos, em 2017, pela AdC, dois casos relativos a atividades de concessão de crédito, sobre alegadas partilhas de informação no âmbito das associações de empresas ALF e ASFAC, cuja investigação teve início após a apresentação de um pedido de clemência e compreendeu diligências de busca e apreensão[445]. Nestes casos, nos termos das decisões públicas, estavam em causa, tão somente, dados passados de produção e

[444] Página 260.

[445] PRC/2015/08, disponível em http://concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC201508.aspx (consultado em 11 de maio de 2019) / e PRC/2015/09, disponível em http://concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC201509.aspx (consultado em 11 de maio de 2019)

carteira de clientes e os visados pela investigação eram as associações, mas também importa não perder de vista os respetivos associados, parte da alegada partilha de dados.

Segundo a AdC, tendo em conta o conteúdo, a atualidade, o nível de desagregação e o alvo da informação trocada, o alegado sistema de intercâmbio de informação no âmbito das referidas associações poderia ser suscetível de potenciar um efeito restritivo da concorrência[446]. A AdC considera que este intercâmbio poderia "***contribuir para reduzir a incerteza no mercado, aumentando a transparência*** *e permitindo às empresas participantes uma atuação na posse de informação sensível dos seus concorrentes, bem como a monitorização do posicionamento destes no mercado*"[447]. Regressa, uma vez mais, à ideia de que o potencial restritivo do sistema de informação deve ser visto à luz da conceção inerente às regras nacionais e europeias da concorrência, segundo as quais qualquer operador económico deve determinar, de maneira autónoma, a política que pretende seguir no mercado e as condições que deseja praticar.

É de notar que, apesar da aparente qualificação da conduta como decisão de associação de empresas, a autoridade não empreende uma distinção entre esta qualificação jurídica e a existência de práticas concertadas entre os operadores que eram, afinal, de acordo com a informação pública, como vimos, visados pela investigação. Ambas as investigações foram arquivadas mediante ajustes na antiguidade da divulgação de informação individualizada.

Por fim, encontra-se ainda em investigação um conjunto relevante de casos aparentemente relacionados com práticas concertadas, intercâmbios de informação e, em grande medida, pedidos de clemência.

Por um lado, a comunicação da AdC, aquando da adoção da nota de ilicitude no designado *Cartel da Banca*, cuja investigação foi impulsionada por pedidos de clemência, refere-se à "*suspeita de* ***prática concertada, na forma de intercâmbio de informações comerciais sensíveis****, no que respeita à oferta de produtos de crédito na banca de retalho*"[448]. Por outro, os casos recentemente sancionados pela AdC, ao abrigo do Artigo 9.º da Lei da Concorrência

[446] Parágrafo 45.

[447] Parágrafo 46.

[448] Comunicado 11/2015, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201511.aspx?lst=1&Cat=2015 (consultado em 11 de maio de 2019)

e do Artigo 101.º do TFUE, no setor dos seguros e da manutenção ferroviária, não têm ainda decisões públicas disponíveis, nem foram sujeitos ao escrutínio judicial, pelo que não é claro o seu contributo para este trabalho[449].

Ademais, foi também recentemente emitido pela AdC um comunicado relativo a alegadas condutas de intercâmbio indireto de informação no setor da distribuição alimentar, cujos desenvolvimentos também aguardamos, com expectativa[450].

Também em termos de direito comparado, com enfoque nos EM de matriz romano-germânica, podemos encontrar uma espécie de propagação do intercâmbio de informação como infração autónoma, sob a forma de prática concertada.

A título exemplificativo, a *Comisión Nacional de Competencia* ("**CNC**"), a autoridade de concorrência espanhola antes da criação da *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* ("**CNMC**"), qualificou como prática concertada de cartel, e sancionou, nos mesmos termos, um intercâmbio de informação entre operadores ativos na comercialização de produtos profissionais de cabeleireiro[451]. Este caso foi desencadeado por um pedido de clemência e a CNC, citando as *Orientações Horizontais* e os acórdãos *Suiker Unie* e *T-Mobile*, repete, também, a ideia de que a conceção inerente à concorrência é a de que todos os operadores económicos devem determinar, de maneira autónoma, a política que têm intenção de aplicar no mercado, atribuindo pouca relevância aos fatores estruturais, não sendo também relevante, para esta autoridade, se a eliminação da incerteza ("*eliminación de la incertidumbre"*) se produz a respeito do preço final ou quanto a um elemento da fixação do preço[452].

---

[449] Comunicado 5/2019, de 12.04.2019, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201905.aspx?lst=1&Cat=2019 (consultado em 11 de maio de 2019).

[450] Comunicado 2/2019, de 22.03.2019, disponíveil em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201902.aspx?lst=1&Cat=2019 (consultado em 11 de maio de 2019).

[451] S/0086/08: *Peluqueria Profesional*, disponível em https://www.cnmc.es/expedientes/s008608 (consultado em 11 de maio de 2019)

[452] Página 98 "*Tampoco son determinantes ciertos factores estructurales del mercado para la constatación de un cártel para fijar los precios. Es cierto que determinados elementos facilitan la existencia de un cártel conforme con la teoría económica, pero ello no implica que no se puedan producir en mercados con otras características. En este caso, ha quedado debidamente acreditado, que las partes imputadas intercambiaron en las reuniones*

Esta decisão, particularmente ortodoxa na formulação dos princípios, acabou por ser sujeita a uma longa saga judicial, com deteção, pelos vários tribunais de recurso, de inconsistências formais na investigação e erros na determinação das coimas, que ocasionaram alterações significativas nas sanções aplicadas[453].

Ademais, no muito debatido caso *AENA*, a agora CNMC concluiu pela existência de uma infração de Direito da Concorrência consubstanciada no intercâmbio de informação comercial sensível, envolvendo empresas de aluguer de automóveis em vários aeroportos de Espanha[454]. A informação, neste caso, correspondia a informação mensal desagregada relativa a volumes de negócios e número de contratos. Todavia, a CNMC, talvez confrontada com algumas dificuldades em provar a existência de uma segunda infração autónoma, limitou-se, na decisão final, a integrar este intercâmbio num cartel anteriormente sancionado, no mesmo setor, enquanto infração única e continuada abstendo-se de empreender qualquer análise do mercado no sentido de demonstrar efeitos tendo em conta a natureza da informação em causa[455].

A decisão foi, posteriormente, anulada pela *Audiencia Nacional* por motivos processuais, que se prenderam com a violação de direitos de defesa, uma vez que a colagem ao caso anterior não foi comunicada às visadas antes da decisão final, pelo que não foram analisadas as questões substantivas que se suscitavam do ponto de vista da insuficiência da demonstração de uma infração autónoma[456].

Uma investigação semelhante, também relativa à partilha de informação sobre volume de negócios e número de contratos neste mercado, em França, foi encerrada, largos anos depois

semestrales información sensible. Y más específicamente los incrementos de precios futuros y la fecha prevista para su incremento" e página 99.

[453] Expediente 617/06: Cajas Vascas y Navarra, disponível em https://www.cnmc.es/expedientes/61706 (consultado em 11 de maio de 2019.

[454] Resolucion S/0404/12, disponível em https://www.cnmc.es/expedientes/s040412 (consultado em 11 de maio de 2019.

[455] Para mais desenvolvimentos http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2014/PUB_English_Intercambios_Info_Entre_Competidores_Spain_Eng_1214.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[456] Decisão de anulação disponível em http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8120166&links=&optimize=20170817&publicinterface=true (consultado em 11 de maio de 2019)

do seu início, pela *Autorité de la concurrence*, sem imposição de sanções[457]. Aquela autoridade utilizou, também, como critério, a redução da incerteza estratégica, mas analisou a estrutura do mercado, que qualificou como um oligopólio, bem como a natureza da informação intercambiada. Quanto a este último ponto, e muito relevantemente, sublinhou que não existia qualquer evidência de que as empresas em causa tivessem alterado o seu comportamento no mercado, pelo que a informação não era estratégica e não tinha impacto na concorrência.

Tendo em conta a semelhança dos casos em Espanha e em França, é interessante notar o contraste entre a aparente tentativa de dispensar a demonstração de efeitos por parte da CMNC, integrando, já depois da acusação e à revelia dos visados, as condutas num cartel anterior, e o reconhecimento, por parte da autoridade francesa, mesmo após longos anos de investigação, da ausência de relevância jusconcorrencial da informação em causa.

Também em Itália, a *Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato* ("**ACM**") procurou adotar uma abordagem do intercâmbio de informação como "*pratica concordata*" com objetivo anticoncorrencial, no que foi secundada pelo supremo tribunal administrativo italiano (o *Consiglio di Stato*), que corresponde ao último nível de recurso das decisões da ACM, como é exemplo o caso *IAMA Consulting*, decidido em 2010[458]. Todavia, em 2016, a tentativa por parte da ACM no sentido de sancionar alegados intercâmbios de informação sensível, enquanto infração por objetivo, nos serviços de pós-produção televisiva, parecia ter esbarrado, pelo menos num primeiro momento, no critério mais exigente do *Tribunale amministrativo regionale del Lazio* ("**TAR**")[459].

O TAR recusou a aplicação da abordagem da prática concertada por objeto, entendendo que os intercâmbios de informação são ilegais na medida em que a autoridade puder provar que as partilhas de informação podem ajudar as empresas a prever as estratégias comerciais dos seus

[457] Décision n.° 17-D-03 du 27 février 2017 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location de voitures, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/17d03.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[458] Decisões dispníveis em http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/968347A2F8524714C1256F320033AFB5/$File/p13622.pdf / https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=UEJ2PHT2T3RZ53CKQMSPALHMYY&q=Iama%20or%20Consulting (consultado em 11 de maio de 2019)

[459] Decisão disponível em http://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/I771_ch._istr.sanz_omi_x_pubbl.pdf (consultado em 11 de maio de 2019). Para mais desenvolvimentos, *vide* BOROCCI, 2016

concorrentes, o que não teria sucedido neste caso, uma vez que estavam em causa dados de concursos passados com um monopsonista, com grande controlo sobre os preços e os concorrentes, que podiam ser recolhidos de outras fontes. Existia ainda, no entender do tribunal, prova insuficiente de indícios de colusão e dos contornos concretos dos contactos entre concorrentes, não se tendo empreendido uma análise de efeitos, porquanto a ACM não considerou a estrutura de tendências no mercado nem possíveis explicações alternativas para a conduta relevante.

No entanto, já em 2018, o *Consiglio di Stato* contrariou o entendimento do TAR, citando os nossos conhecidos acórdãos *Dole*, *Anic* e *Treuhand*, reiterando o entendimento anterior da ACM[460]. Este órgão reafirmou a necessidade de os operadores económicos determinarem a sua conduta de forma autónoma, considerando ainda que o facto de os dados serem passados não invalida a natureza estratégica da informação, uma vez que dados relativos a transações recentes podem ser idóneos a revelar a política de preços dos concorrentes, constituindo, por isso, uma restrição por objetivo[461]. Tendo em conta o conceito de objeto/objetivo utilizado por este tribunal, como uma conduta com potenciais efeitos anticoncorrenciais, não é claro se não estará a ter lugar uma confusão de planos entre a determinação de um objetivo concorrencial ou um efeito anticoncorrencial da conduta em apreço, que, em qualquer caso, não iremos desenvolver em maior detalhe, uma vez que é alheia ao objeto principal desta investigação[462].

Também as autoridades de concorrência com menos experiência, no espaço da UE, contribuíram para a incerteza neste campo, num cenário em que as atividades das empresas são cada vez mais globalizadas, provavelmente influenciadas pelas proclamações genéricas da jurisprudência da UE. A autoridade da concorrência lituana, a que já nos referimos anteriormente, adotou uma decisão condenatória com base em intercâmbios de informação

---

460 Decisão disponível em https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=T3EGMFBH7XCCDIZO6GT7YYASLA&q= (consultado em 11 de maio de 2019)

461 Decisão disponível em https://www.bakermckenzie.com/it/insight/publications/2018/03/italy-antirust-and-competition-nl (consultado em 11 de maio de 2019)

462 "*Più precisamente, i termini "oggetto" ed "effetto" costituiscono semplicemente diverse prospettive di uno stesso fenomeno, che passa da un effetto anticoncorrenziale potenziale (oggetto) a un effetto anticoncorrenziale effettivamente prodotto (effetto), con i seguenti corollari sul piano del regime probatorio: per un verso, la prova dell'effetto concreto è sufficiente ai fini dell'accertamento della violazione del divieto e, per altro verso, il divieto può applicarsi anche in caso di effetto anticoncorrenziale solo potenziale*".

passada, mas recente, relativa a volumes de venda e *procurement*. Surpreendentemente, e aparentemente em contradição com as *Orientações Horizontais*, sugeriram que este tipo de informação poderia gerar uma infração por objetivo, sendo desnecessária a demonstração de efeitos. O tribunal de recurso, considerou, citando o caso *T-Mobile*, que esta decisão era precipitada e devia ser anulada, tendo em conta que não se tinha demonstrado que a informação em causa reduzia a incerteza quanto à conduta futura dos participantes no intercâmbio, limitando a independência destes no que concerne as respetivas decisões estratégicas, um critério que vimos ser utilizado para delimitar a existência de práticas concertadas[463].

Na verdade, tanto as entidades da UE, quer os *enforcers* nacionais, manifestaram dificuldade em distinguir entre práticas concertadas e restrições da concorrência, dificuldade que parece obrigar a uma dupla apreciação do enquadramento económico e jurídico da conduta ou, em alternativa, a uma apreciação abreviada desta, na qual tudo o que as autoridades teriam de demonstrar seria contacto e inação, uma vez que a restritividade estaria já incluída na comprovação do contacto. Ademais, tendo em conta que o requisito da restritividade poderia estar cumprido em virtude da prossecução de um propósito anticoncorrencial ou através da demonstração de um efeito dessa natureza, importa também perceber como é que esta última modalidade se articula com o elemento comportamental que vimos ter merecido algum reconhecimento na construção do conceito de prática concertada.

Na verdade, no que concerne a delimitação do intercâmbio de informação com concorrentes como infração autónoma por efeitos, efetivos ou potenciais, pudemos detetar sinais contraditórios, que conjugam alguma ponderação com situações de precipitação declarada.

1.2.2 Práticas Concertadas, Elemento Comportamental e Infrações de Concorrência por Objetivo e por Efeito

Em face do *supra* exposto, poderia também questionar-se até que ponto a noção de práticas concertadas - ao incluir, em alguma medida, a necessidade de manutenção de um determinado comportamento no mercado - é compatível com a ideia de restrição da concorrência por

[463] Para mais desenvolvimentos, tendo em conta as limitações linguísticas no acesso a estas decisões, *vide* KESERAUSKAS, 2009.

objetivo, não obstante a progressiva limitação do "elemento comportamental". Conforme indiciado, o conceito original de práticas concertadas parecia exigir um elemento comportamental, o que resulta, por exemplo, das conclusões do Advogado-Geral MAYRAS no caso *Dyestuffs*, onde se refere a necessidade de um elemento objetivo que corresponde a um "*comportamento de facto comum às empresas participantes*"[464].

Também no plano interno se verificou a associação entre efeitos restritivos e práticas concertadas, pelo menos em determinados momentos, por parte dos tribunais nacionais.

Na decisão relativa ao *Cartel das Escolas de Condução,* por exemplo, da existência de contactos entre as partes e da alegada simultaneidade ou quase simultaneidade de incremento de preços, a AdC retira, sem grandes desenvolvimentos diferenciados, que a alegada prática concertada entre as arguidas teve como objeto a coordenação das estratégias comerciais das mesmas (*i.e.*, a fixação dos preços) e como efeito o aumento generalizado e simultâneo dos preços no mercado relevante (*i.e.*, a indução, de uma forma artificial, da alta dos preços praticados pelas visadas no mercado relevante)[465].

Na sentença relativa ao denominado *Cartel do Sal*, o TRL, ao caracterizar os tipos contraordenacionais incluídos no Artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, que corresponde ao atual Artigo 9.º da Lei da Concorrência, distingue "três tipos contraordenacionais", dois relativos a acordos com objetivo e efeitos restritivos e um terceiro que "*requer que a prática concertada entre empresas tenha* ***como efeito*** *impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional*"[466]. Esta sentença parece indicar que o "tipo contraordenacional" envolvendo práticas concertadas terá de incluir uma conduta com "efeito" no mercado.

Deste modo, poderia também entender-se, como parece sugerir ODUDU, que se o conceito de acordo não exige uma particular materialização, não é claro porque é que tal deveria ter lugar no caso das práticas concertadas[467]. Em alternativa, poderia considerar o alegado elemento comportamental como prova circunstancial, não obstante o risco de que as autoridades possam

[464] Conclusões do AG Mayras no caso *C-48/69 - Imperial Chemical Industries conta CE*, parágrafo 238.

[465] PRC/2008/06, parágrafo 394.

[466] Acórdão do TRL no Processo n.º 7251/2007, de 7.11.2007.

[467] ODUDU, 2006: 86.

vir a concluir que as empresas adotaram um comportamento colusivo em situações em que se tinham procurado adaptar, unilateralmente, às condições de mercado[468].

Apesar da recusa por parte do TJUE, no caso *Woodpulp,* em valorizar paralelismos comportamentais sem elementos de comunicação que não meros anúncios públicos, as autoridades nacionais foram mais arrojadas na utilização do comportamento no mercado como prova circunstancial da alegada concertação.

Por exemplo, a CNC considerou, no caso dos *Distribuidores Cine,* que a similitude das condições contratuais acordadas entre distribuidores de filmes e cinemas correspondia a uma prática concertada, uma vez que não existia uma explicação alternativa para este paralelismo[469]. Também as autoridades da República Checa sancionaram empresas no setor da panificação que anunciaram aumentos de preço aos clientes de retalho, no mesmo dia, através de comunicações formuladas de forma idêntica, uma decisão posteriormente confirmada pelos tribunais, apesar de terem reconhecido a existência de elementos exógenos que poderiam justificar a necessidade de aumentar os preços. A coincidência temporal e na forma de comunicação foi considerada, neste caso, decisiva.[470].

Em qualquer caso, como vimos, nos termos da jurisprudência aparentemente maioritária, o elemento comportamental, a existir, não implica uma conduta ativa no mercado que se possa

---

[468] *Cfr.* RIVAS &, DE GHELCKE, 2012.

[469] Na formulação do *Tribunal de Defensa de la Competencia* "*Aunque no existe constancia formal de la existencia de un acuerdo expreso o tácito entre las imputadas sobre los extremos indicados,* ***la coincidencia en sus prácticas comerciales demostrada en el expediente no puede valorarse, conforme a las reglas de la lógica y la experiencia humana, más que como la consecuencia de una concertación entre las distribuidoras imputadas para eliminar los aspectos más sensibles de la competencia horizontal entre los cinco operadores más destacados del sector****, que en 2002 representaron el 67 % del mercado español de la distribución cinematográfica, manteniéndose dicho porcentaje en cifras similares en las diferentes anualidades a que se contrae el expediente y, al mismo tiempo, llevando a cabo un reparto del segmento de mercado correspondiente a los grandes estrenos (en 2002 las 25 películas más taquilleras, de las que 20 correspondían a las imputadas, representaron el 50 % de la recaudación anual de todas las películas exhibidas en España ese mismo año, según fuentes oficiales del Ministerio de Cultura) al evitar competir en la libre elección de las fechas de estreno, en los precios fijados a los exhibidores para esos mismos estrenos y, en consecuencia, en la previsible lucha para obtener las mejores salas de exhibición, que se produciría de competir en los anteriores elementos. La ausencia de prueba sobre los aspectos formales del acuerdo expresado no implica en modo alguno su inexistencia, ya sea en forma expresa, ya tácita, teniendo en cuenta que para este caso, como señaló el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 14 de julio de 1972, tales prácticas concertadas constituyen 'una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas*", Cfr. Resolución (Expte. 588/05, Distribuidores Cine), de 10.05.2006.

[470] Tendo em conta as limitações linguísticas, para mais desenvolvimentos *vide* CIHULA & FORYTEK, 2010.

confundir com a ideia de "efeito". Na verdade, acórdãos do TJUE como os acórdãos *Anic* ou *Cimenteries* exigiam, neste contexto, apenas emissores e recetores, sendo que os recetores teriam, em qualquer caso, de se manter no mercado em causa. No entanto, o caso *E-Turas* pode, eventualmente, ter reaberto a questão, tendo em conta que o TJUE parece admitir a possibilidade de o requisito das práticas concertadas não se verificar caso possa ser demonstrado que a empresa em questão aplicou, sistematicamente, descontos mais elevados do que os descontos previstos no sistema informático, o que parece permitir uma espécie de defesa de ausência de efeitos no mercado, ainda que incluída no âmbito da avaliação do requisito das práticas concertadas.

Não é, contudo, claro em que medida a exteriorização da articulação entre operadores económicos é relevante nesta sede, sendo que, em nosso entender, é manifesto que, a ausência de um plano comum, ao contrário do que sucede no acordo, exigem uma demonstração clara de que a coordenação existe, de forma a evitar a restrição de condutas lícitas. Veremos, no capítulo III, a melhor forma de compatibilizar estes elementos, aparentemente contraditórios.

1.3 Novas Formas de Práticas Concertadas Potencialmente Restritivas da Concorrência

A amplitude e as hesitações com que o conceito de práticas concertadas foi sendo formulado, tal como descrito *supra,* oferecem margem de manobra para a emergência de novas condutas potencialmente restritivas da concorrência, assentes no conceito de práticas concertadas.

A generalidade das condutas em causa não foi ainda sujeita a escrutínio judicial. Todavia, procuraremos caracterizar a inteligibilidade jusconcorrencial e a coerência interna das mesmas no decurso deste capítulo.

1.3.1 Práticas Concertadas com base em Condutas Unilaterais Públicas – Comunicações / Anúncios de Preços

A ideia de concertação presente no requisito das práticas concertadas, conforme referimos anteriormente, parecia incluir, originalmente, um elemento de multilateralidade e até de

reciprocidade que a jurisprudência posterior, nos casos *Anic*, *Cimenteries* e *British Sugar*, pareceu atenuar.

Todavia, como vimos, no plano da UE, a primeira tentativa de retirar, relativamente a condutas unilaterais de comunicação de preços, a existência de uma prática concertada restritiva da concorrência suscetível de integrar a esfera de aplicação do Artigo 101.º do TFUE foi o caso *Woodpulp*. A rejeição desta tentativa por parte do TJUE, já no início da década de 1990, constitui um dos mais debatidos revezes do *enforcement* da CE [471].

Importa notar que toda a apreciação do TJUE a este respeito assentou na delimitação do conceito de prática concertada, tendo em conta que a CE se baseava no paralelismo comportamental das partes, em termos de anúncios de preços ao mercado, preços esses que a CE considerava que não poderiam ser encarados como preços de equilíbrio, ou seja, como o resultante do funcionamento normal da lei da oferta e da procura no mercado, recusando também o argumento do seguimento do "*price leadership*" apresentado pelos operadores[472].

O TJUE entendeu que, no caso em apreço, não se poderia extrair o requisito da concertação entre concorrentes do mero paralelismo de comportamento nos anúncios ao mercado, na ausência de prova (admissível) de outros contactos. Assim, a transparência no mercado foi qualificada como não artificial, tendo em conta que o paralelismo de preços e a evolução dos mesmos poderiam ser explicados, satisfatoriamente, pelas tendências oligopolísticas do mercado[473]. Mesmo recorrendo ao debatido critério da incerteza, e na ausência de qualquer contacto preliminar entre produtores, aqueles anúncios não cumpriam, desde logo, o requisito da existência de uma prática concertada[474].

Uma vez mais, também neste capítulo, as *Orientações Horizontais* da CE, de 2011, parecem ter introduzido alterações, afirmando, de forma clara que, se apenas uma empresa divulga

[471] Decisão IV/29.725, de 19 de dezembro de 1984, JO 1985, L 85, p. 1, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0089 (consultado em 11 de maio de 2019) / C-89/85 - *Ahlström Osakeyhtiö e outros contra CE, cit.*

[472] Parágrafo 90 a 92.

[473] Parágrafos 126 e 127.

[474] Parágrafo 64.

"informações estratégicas" aos seus concorrentes e estes as aceitam, podemos estar perante uma prática concertada relevante para a aplicação do Artigo 101.º do TFUE.

No entender da CE, o critério relevante é a redução da "*insegurança estratégica sobre o comportamento futuro no mercado*", sendo que este critério tem aplicação, quer quando uma empresa, unilateralmente, informa as suas concorrentes sobre o comportamento no mercado que tenciona adotar, quer quando todas as empresas participantes trocam informações recíprocas sobre intenções, sem que se perceba, uma vez mais, se a redução da incerteza é o critério para determinar a existência de uma prática concertada ou de uma restrição da concorrência[475]. A CE refere, inclusivamente, as situações em que a informação é pública e simultaneamente transmitida ao mercado, como no caso *Woodpulp*, admitindo que podem constituir práticas concertadas que apresentam, da perspetiva da CE, riscos jusconcorrenciais.

Neste âmbito, as *Orientações Horizontais* começam por considerar que a partilha unilateral e pública de informação não corresponde, em geral, a uma conduta relevante no âmbito da aplicação do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, embora admitindo que, em certos casos, não pode ser excluída a existência de uma prática concertada de intercâmbio de informação futura por parte de concorrentes, por exemplo, no caso de tal anúncio ser seguido de anúncios públicos de outros concorrentes[476]. Referem ainda as *Orientações Horizontais* que, apesar de a partilha de informação verdadeiramente pública, em que os dados trocados estão acessíveis de forma idêntica (em termos do custo do acesso) a todos os concorrentes e clientes, não apresentar, à partida, riscos jusconcorrenciais, não se pode, segundo a CE, excluir totalmente que mesmo esse tipo de partilha possa facilitar um comportamento colusivo no mercado[477]. Com efeito, as *Orientações Horizontais* admitem um alargamento do âmbito de aplicação da proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência, sem providenciarem, todavia, um critério claro para esse alargamento.

Não obstante estas dificuldades e a ambivalência das *Orientações Horizontais*, a CE, à semelhança do que sucedeu em alguns EM, entendeu investigar até à data, no cenário pós-

[475] Parágrafo 62.

[476] Parágrafo 63.

[477] Parágrafo 94.

Orientações, pelo menos num caso, comunicações unilaterais e, sobretudo, públicas, de preços ao mercado.

Em 2013, a CE iniciou uma investigação ao setor do transporte marítimo, intrigada pela circunstância de as empresas em causa publicitarem, com antecedência, nos seus *websites* e na imprensa especializada os perspetivados incrementos de preços, os designados GRI (*General Rate Increases*) para a prestação dos respetivos serviços.

Não obstante, esta investigação foi encerrada pela CE mediante a aceitação dos compromissos propostos pelas empresas investigadas que passavam por deixar de publicar e comunicar os GRI. As empresas em causa passariam a publicar preços máximos e os vários elementos do preço global, incluindo a taxa base, as taxas de combustíveis, as taxas de segurança, as taxas de terminais e as taxas aplicáveis em "épocas altas". Ademais, a antecipação dos anúncios em relação à efetivação da alteração não poderia ser superior a um mês, tendo em conta que os clientes só começam a solicitar, de forma significativa, estes serviços com uma antecedência de uma a quatro semanas[478].

No que para este trabalho releva, esta decisão de arquivamento da CE reafirma o conceito de prática concertada como a substituição "consciente" dos riscos da concorrência pela coordenação. A CE relembra que, de forma a provar que teve lugar uma prática concertada, não é necessário demonstrar que uma empresa se comprometeu a adotar uma conduta particular, ou que os concorrentes se tenham coordenado no sentido da futura conduta no mercado. É suficiente que, através de uma declaração da intenção da empresa em causa, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida a incerteza quanto à conduta a ser esperada pelo mercado. Voltou também a CE a relembrar a presunção de causalidade entre concertação e comportamento, em particular se a conduta tiver lugar de forma regular durante um período alargado de tempo[479].

A CE, neste caso particular, suscitava a sua preocupação preliminar no sentido de as empresas participantes estarem, por esta via, a testar se poderiam, razoavelmente, implementar um

[478] Decisão no processo n.º 39850 - *Container Shipping*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39850 (consultado em 11 de maio de 2018).

[479] Parágrafos 32 a 34 com base, uma vez mais, na jurisprudência, *T-Mobile, cit.* parágrafo 33; *Cimenteries CBR, cit.*, parágrafos 1849 e 1852.

incremento de preços sem correr o risco de perder clientes, reduzindo a incerteza estratégica para as partes e diminuindo os incentivos para concorrer[480].

Citando o "terreno escorregadio" das *Orientações Horizontais*, a decisão da CE repete que os anúncios unilaterais que são genuinamente públicos não constituem uma prática concertada, embora esta possibilidade não possa ser excluída numa situação em que este anúncio é seguido por outros anúncios de concorrentes o que, uma vez mais não acrescenta qualquer segurança em termos de critério, tendo em conta que o paralelismo consciente de comportamentos faz, um muitos casos, parte da estratégia economicamente racional dos operadores no mercado.

Fundamentando com o acórdão *Dole*, um caso que, como vimos, correspondia a um cartel, a CE considerou que as comunicações de GRI neste caso diziam respeito ao montante do incremento de preços, à data de implementação e à área geográfica em causa, sendo que um intercâmbio de informação que é capaz de remover a incerteza entre participantes no que respeita ao momento, à extensão e aos detalhes das modificações a serem adotadas pelas empresas relativamente à conduta no mercado poderia ser visto como prosseguindo um objetivo anticoncorrencial[481]. É interessante notar que a divulgação unilateral paralela foi considerada, neste contexto, uma espécie de comportamento paralelo no mercado, cuja explicação alternativa e utilidade para os consumidores não foi verdadeiramente explorada pela CE, tendo em conta a capitulação dos investigados, como tem vindo a acontecer, recentemente, num conjunto alargado de casos, tendo em conta que os tempos dos processo de direito da concorrência não se compadecem com a dinâmica da economia moderna, o que tem levado muitas empresas investigadas a procurar encerrar casos com compromissos, ou através do mecanismo da transação, mesmo antes de ter sido emitida uma nota de ilicitude[482].

Apesar de o alargamento da ideia de que a divulgação unilateral, em termos crescentemente amplos, poder fazer concluir pela existência de um comportamento alegadamente (e

[480] Parágrafos 37 a 47.

[481] Parágrafo 50, referindo-se ao acórdão C-286/13 P - *Dole contra CE*, *cit*., parágrafo 122.

[482] Este foi o caso, por exemplo, das investigações no setor do *ecommerce*, a que nos vamos referir infra, no ponto 1.3.3. Resulta, por exemplo da decisão da CE no caso CASE AT.40465 – *ASUS*, de 24.07.2018, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40465/40465_337_3.pdf (consultado em 11 de maio de 2019), que "*(20) Shortly after the initiation of proceedings, Asus indicated its interest in cooperating with the Commission. On […], Asus submitted further evidence regarding the relevant conduct. (21) On […], Asus submitted a formal offer to cooperate in view of the adoption of a decision pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 ("settlement submission")*".

conscientemente) paralelo, protagonizado pela CE, a verdade é que a última palavra do TJUE quanto a anúncios públicos é ainda a posição adotada no caso *Woodpulp*, tendo em conta que este tribunal que não teve ainda oportunidade de voltar a pronunciar-se especificamente sobre esta matéria.

Também no plano dos EM a ideia de prática concertada com base em comunicações aparentemente unilaterais, em particular comunicações públicas, foi alvo do *enforcement* do Direito da Concorrência, com base em várias formas, desde declarações à imprensa até comunicações aos clientes, a que os concorrentes tinham acesso.

No caso português, as declarações públicas protagonizadas por representantes do setor da panificação foram consideradas insuficientes, por si só, para desencadear uma investigação por parte da AdC[483]. Todavia, uma situação semelhante de declarações unilaterais à imprensa por parte de um representante associativo foi investigada, em 2011, pela antiga CNC espanhola. O presidente da associação de turismo espanhola, e figura de proa do clube de futebol Futbol Club Barcelona, Juan Gaspart, que tinha, simultaneamente, atividade em grupos hoteleiros, fez declarações públicas em que defendia a necessidade de incrementar os preços dos serviços de hotelaria entre 6% a 7%. Aquela autoridade considerou que as referidas declarações constituíam prova da existência de uma recomendação coletiva, *i.e.*, por parte da associação, no sentido do incremento de preços, correspondendo à violação da disposição equivalente ao Artigo 101.º do TFUE[484].

Este entendimento da CNC foi anulado em sede de recurso, tendo em conta que, no entender da *Audiencia Nacional*, a declaração em causa não podia ser atribuída à associação, ou aos demais associados, apenas porque tinha sido proferida pelo seu presidente. Neste sentido, no entender do tribunal, não era uma recomendação coletiva, mas uma mera resposta a uma questão relativa à previsão da evolução dos preços no setor hoteleiro, um exercício de liberdade de expressão, sendo que não existia qualquer prova de que tivesse sido seguida.

---

[483] Comunicado n.º 2/2008, de 21 de abril de 2008, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200802.aspx (consultado em 11 de maio de 2019).

[484] CNC Expte. S/0335/11, CEOE, de 26.09.2012.

Não obstante estarmos perante a questão particular de alegadas recomentações por parte de associações, entendemos que a ideia que está na base da anulação desta decisão traz alguma luz à nossa investigaçao, visto que se tratou de uma mera declaração unilateral insuscetível de corresponder à articulação de condutas que o regime do Artigo 101.º do TFUE, bem como as normas nacionais paralelas, parecem exigir.

Por seu turno, a autoridade de concorrência italiana considerou que a *Associazione Pubblici Esercizi di Roma* (APER) tinha disseminado, através de artigos de jornais, informação relativa ao incremento, nos últimos dez anos, dos custos, sugerindo, consequentemente, um aumento de preços do café entre 10 e 20 cêntimos. Em março de 2017, a autoridade decidiu arquivar o caso, mediante uma declaração pública contrariando a sugestão anterior de incremento de preços[485].

Também a CMA do Reino Unido chegou à conclusão de que os produtores de cimento estariam, alegadamente, a utilizar anúncios genéricos de preços aos consumidores de forma a sinalizar o seu comportamento aos concorrentes. Em janeiro de 2016, a CMA publicou a *Price Announcement Order 2016*, que proibia os fornecedores de cimento do Reino Unido de enviarem anúncios genéricos de alterações de preços aos seus clientes, determinando que cada carta tem de ser especificamente relevante para os seus destinatários. A CMA reconheceu que, embora essa informação possa ser transmitida pelos clientes aos concorrentes, como sucede, frequentemente, no âmbito negocial, a especificidade da divulgação mitiga o risco jusconcorrencial[486].

Resulta do *supra exposto* que as coordenadas para a determinação da existência de uma violação do Artigo 101.º do TFUE, bem como das disposições nacionais equivalentes, caso do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, não se encontram, atualmente, suficientemente definidas, indefinição essa que é atribuível, em grande medida, à dificuldade em estabelecer os elementos-chave para determinar uma prática concertada, tendo em conta as hesitações da prática decisória e os desfechos marcados por soluções de compromisso.

---

[485] *Vide* o comunicado da ACM italiana, I807 - *Moral suasion su Associazione Pubblici Esercizi, non aumenta il prezzo del caffè nei bar di Roma*, disponível em http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/6/alias-8816 (consultado em 11 de maio de 2019).

[486] *CMA Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation*, disponível em https://www.gov.uk/cma-cases/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete-market-investigation (consultado em 11 de maio de 2019).

Por fim, importa considerar ainda que a questão da inclusão, em geral, de condutas predominantemente unilaterais/multilaterais no plano do Artigo 101.º do TFUE é uma discussão aberta pelo menos desde o acórdão *Bayer/Adalat*, debate que, em nosso entender, deverá ser renovado com a imposição recente de sanções em condutas classificadas como verticais no âmbito do *ecommerce*[487]. Na verdade, nestes casos, a que já fizemos referência, as condutas nos mercados digitais foram consideradas bilaterais/multilaterais e incluídas no Artigo 101.º do TFUE, não obstante apenas as empresas fornecedoras com maior poder de mercado, como a *Phillips*, a *Asus* ou a *Guess*, terem sido as únicas sancionadas, diferentemente do que sucedeu com os seus clientes que, de uma forma ou de outra, "alinhavam" nas condutas sancionadas[488].

1.3.2 Práticas Concertadas com base em Contactos Indiretos com Concorrentes – "Middlemen" e "Hub and Spoke"

O alargamento das fronteiras das práticas concertadas abrange também a tentativa de desenvolver o conceito, de modo a incluir condutas que correspondem a contactos ou comunicações indiretas entre concorrentes, através de intermediários que podem estar ou não ativos em mercados relacionados com os mercados em que os concorrentes atuam.

As já muito mencionadas *Orientações Horizontais* da CE referem, expressamente, a possibilidade de práticas concertadas tendo por base partilhas de informação indiretas, através de uma associação do setor ou de um terceiro, como uma organização de estudos de mercado, dos fornecedores da empresa ou, ainda, dos distribuidores retalhistas[489].

Todavia, as *Orientações Horizontais* não foram o primeiro documento de *soft law* a tratar a questão da partilha de informação indireta. As *Orientações Verticais* da CE, a que fizemos referência na Parte I do nosso trabalho, identificavam já uma preocupação com as partilhas

[487] T-41/96 – *Bayer AG contra CE*, 26.10.2000, parágrafo 71. Neste caso o tribunal entendeu que uma conduta apenas é considerada unilateral quando os seus objetivos puderem ser atingidos sem a participação expressa ou implícita de outra empresa. Para que exista uma conduta bilateral/multilateral, a participação de outra entidade é necessária, ainda que de forma passiva.

[488] Comunicado da CE, de 24.07.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (consultado em 11 de maio de 2019).

[489] Parágrafo 55.

deste tipo, revelando alguma apreensão com atividades de gestão de uma determinada categoria (*category management*) de produtos por parte de fornecedores (no âmbito de um contrato de distribuição), uma vez que estas podem promover "***um aumento das oportunidades de trocar informações de mercado sensíveis através dos retalhistas***, *como por exemplo informações relativas à futura política de preços, planos promocionais ou campanhas publicitárias*", o que poderia facilitar uma eventual colusão entre fornecedores[490].

Apesar de realçar a preocupação relativa à partilha de informação indireta entre concorrentes, tendo em conta o papel desses fluxos de informação no sentido de facilitar uma eventual cooperação entre concorrentes, a CE não conferia qualquer orientação quanto aos critérios de apreciação de condutas deste tipo, em particular no que concerne a sua qualificação como práticas concertadas.

As *Orientações Horizontais* também não providenciaram qualquer diretriz particular quanto a este tema, para além das menções já referidas, de onde se pode extrair que as trocas indiretas de informação entre concorrentes assumem, essencialmente, duas formas, cujo impacto importará aferir, em seguida. Na primeira hipótese apontada pelas *Orientações Horizontais*, a prática concertada tem lugar através da partilha de informação por intermédio de um terceiro que não é parte da mesma cadeia de produção/distribuição, que estará ativo noutro mercado e que atua como facilitador/cúmplice, que designamos como "*middlemen*" (intermediário). Apesar da parcimónia das *Orientações Horizontais*, a CE apreciou já alguns casos em que existia um intermediário, sendo este sancionado por facilitar a colusão entre concorrentes, tipicamente através de condutas mais elaboradas do que meras partilhas de informação.

A decisão da CE no cartel dos *Peróxidos Orgânicos* correspondeu ao primeiro caso em que a AdC sancionou um intermediário, a *AC-Treuhand*, uma consultora suíça, por facilitar uma conduta suscetível de ser caracterizada como um caso de cartel. Neste caso, foi imposta uma coima simbólica de 1.000 euros, tendo em conta, segundo a CE, a novidade desta abordagem[491]. As condutas em causa, por parte do intermediário, incluíam a organização de reuniões, a

[490] Parágrafo 212. As atividades de gestão de categorias (*category management*) correspondem a uma das técnicas de comercialização de produtos a partir da organização da estrutura de localização dos produtos dentro do ponto de venda, com base na categoria de cada produto, bem como no comportamento dos compradores.

[491] Decisão 2005/349/EC, de 10 de dezembro de 2003, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005D0349&from=EN (consultado em 11 de maio de 2018).

mediação de conflitos entre os participantes e a manutenção de documentação relativa a estas condutas nas suas instalações[492].

A *AC-Treuhand* foi novamente sancionada pela CE, em 2009, por facilitar o cartel dos *Estabilizadores Térmicos*[493]. A consultora, segundo a CE, transmitia a informação necessária e organizava o cartel, tendo pleno conhecimento das condutas anticoncorrenciais e auferindo uma remuneração para o efeito, motivo pelo qual foi sancionada com uma coima, agora mais elevada, de 348.000 euros[494].

A decisão da CE de sancionar os intermediários contrasta com a ausência de sanção de entidades desempenhando condutas deste tipo, em geral consultoras, no âmbito de cartéis como o *Italian Flat Glass* ou o cartel do *Polipropileno*, que, curiosamente, envolvia uma consultora posteriormente adquirida pela *AC-Treuhand*, a *Fide Trust*, em que a CE se limitou a determinar que essas entidades cessassem as referidas condutas, o que poderá indiciar algumas dúvidas quanto à base legal para sancionar as entidades que atuavam como "*middlemen*"[495].

Posteriormente, em 2015, a CE reforçou a sua abordagem a este tipo de condutas ao sancionar a corretora *ICAP*, no montante de 14,9 milhões de euros, por atuar como facilitadora no cartel relativo à taxa de referência *Libor*, em ienes japoneses[496].

A CE entendeu que a conduta da *ICAP*, utilizando os seus contactos com vários bancos e servindo como canal de comunicação entre entidades bancárias, permitiu a implementação de seis cartéis distintos, sendo que a empresa tinha conhecimento, ou devia ter conhecimento, de

[492] Parágrafo 9.

[493] COMP/38589 – *Heat Stabilisers*, de 11 de novembro de 2009, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38589/38589_4669_7.pdf (consultado em 11 de maio de 2018).

[494] Parágrafos 748 e 749.

[495] Decisão IV.29.988 - *Italian Flat Glass*, de 28 de setembro de 1981, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31981D0881 (consultado em 11 de maio de 2018). e Decisão 86/398/EEC, de 23 de abril de 1986 (IV.31.149 - Polypropylene), disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986D0398&rid=1 (consultado em 11 de maio de 2018).

[496] AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, de 4 de fevereiro de 2015, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39861/39861_4230_3.pdf (consultado em 11 de maio de 2018).

que a sua conduta contribuía para a restrição ou distorção da concorrência, tendo em conta o objetivo daquela[497].

Estes casos foram também, embora com graus de completude e profundidade distintos, sujeitos ao escrutínio dos tribunais da UE e deram origem à exígua jurisprudência da UE existente, até à data, relativamente à inclusão de intermediários no âmbito da proibição do Artigo 101.º do TFUE.

No primeiro caso *AC-Treuhand*, a que nos vamos referir como *AC-Treuhand I*, o TG considerou, de forma relativamente linear, que o facto de a consultora não estar ativa no mercado em que a restrição da concorrência teve lugar não excluía a responsabilidade neste âmbito[498]. No segundo caso, que vamos designar *AC-Treuhand II*, o TG confirmou a coima aplicada pela CE e, subsequentemente, o TJUE indeferiu o recurso da *AC-Treuhand* e confirmou o acórdão do TG[499]. O TJUE considerou que a consultora desempenhou um papel "essencial" na implementação e monitorização das infrações em causa, sendo que, de acordo com o Tribunal, podia ter razoavelmente previsto que a sua conduta era incompatível com as regras de concorrência[500]. Não é claro se uma intervenção menos "essencial" teria sido alvo da mesma apreciação.

Deste modo, o critério definido no acórdão *AC-Treuhand* assentou na demonstração de que a referida empresa tencionou, através do seu próprio comportamento, contribuir para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais equacionados ou aplicados por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos ou que os podia, razoavelmente, prever e que estava disposta a assumir o risco daí decorrente[501]. Ademais, no entender do TJUE, os modos passivos de participação na infração, como a presença de uma empresa em reuniões em que foram celebrados acordos com objeto anticoncorrencial, sem se ter manifestamente oposto a essas reuniões, "*traduzem uma* ***cumplicidade*** *que era de natureza a implicar a sua responsabilidade no âmbito do artigo 101.º,*

[497] Parágrafo 221.

[498] T-99/04 – *AC-Treuhand AG contra CEE*, de 8.07.2008.

[499] T-27/10 – *AC-Treuhand AG contra CE*, de 6.02.2014 e C-194/14 P – *AC-Treuhand AG contra CE*, de 22.10.2015.

[500] Parágrafo 37 e 38.

[501] Parágrafos 30 e ss.

n.º 1, TFUE, uma vez que a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo nem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuidade da infração e comprometer a sua descoberta"[502].

Posteriormente, o TG voltou a apreciar esta matéria no recurso de anulação resultante na decisão visando a *ICAP*, que levou à anulação parcial desta decisão, tendo em conta, no entender do Tribunal, a ausência de prova suficiente quanto a algumas infrações e períodos temporais considerados pela CE[503].

Quanto à questão que aqui nos ocupa, o conceito de prática concertada incluindo intermediários, o recorrente *ICAP* argumentava que os requisitos para incluir os intermediários no âmbito de aplicação no escopo do Artigo 101.º do TFUE não estavam preenchidos, tendo em consideração as diferenças existentes em relação ao caso *AC-Treuhand*. Neste caso, o intermediário tinha tornado a infração possível enquanto a *ICAP* apenas tinha contribuído para a infração, não sendo previsível para esta empresa, de acordo com a jurisprudência anterior, a aplicação de uma sanção por parte da CE.

Por seu turno, o TG considerou, em primeiro lugar, que a previsibilidade deve ser avaliada tendo em conta a entidade em causa, uma vez que algumas empresas podem ter deveres de especial cuidado em avaliar os riscos da sua atividade e que a *ICAP* devia estar ciente da noção ampla de acordo e de prática concertada para efeitos de aplicação do Artigo 101.º do TFUE[504].

A aplicação destes critérios, por parte do TG, permitiu concluir que, no caso da alegada concertação entre a *UBS* e o *RBS* não existiam provas sérias, precisas e concordantes no sentido do conhecimento da infração por parte da *ICAP*. Pelo contrário, a ambiguidade dos termos da prova implicava, necessariamente, uma dúvida quanto ao facto de a *ICAP* ter conhecimento do papel do *RBS* na infração *UBS/RBS* de 2008. Deste modo, o TG considerou que se pode concluir que a *ICAP* não deveria estar ciente de que os pedidos da *UBS* se inscreviam na execução de

[502] Parágrafo 31 e ss.

[503] T-180/15 - *ICAP e outros contra CE*, de 10.11.2017. O TG não encontrou erros de direito na conclusão da CE de que a *ICAP* tinha incorrido numa infração por objeto por ter facilitado quatro das infrações de cartel. Todavia, considerou que a CE não tinha demonstrado a verificação do standard legal de que a *ICAP* estava ciente do papel do *RBS* num cartel bilateral entre este banco e a *UBS* e que a CE tinha errado no cálculo da duração do papel da *ICAP* em quatro dos cartéis. O TG também considerou que a CE tinha violado os direitos de defesa da *ICAP* e a presunção de inocência e não tinha fundamentado de forma suficiente para a determinação da coima.

[504] Parágrafo 196.

uma colusão com outro banco, uma vez que tais pedidos podiam perfeitamente ter sido feitos "*na prossecução dos interesses exclusivamente da UBS*"[505].

Quanto à comparação do papel da *ICAP* com a *AC-Treuhand*, com exceção da referida infração de 2008, em que uma sanção poria efetivamente em causa a segurança jurídica, o TG entendeu que, na medida em que as taxas do *JPY Libor* são calculadas a partir das propostas dos membros do painel, a influência exercida pela *ICAP* sobre os seus clientes membros do referido painel permitiu dar às manipulações das referidas taxas uma amplitude muito mais importante do que se tivessem ficado confinadas apenas às propostas dos dois bancos envolvidos em cada uma dessas infrações[506]. Deste modo, o TG parece definir uma espécie de critério de valor acrescentado para a inclusão do intermediário, "*middleman*", numa prática concertada. Veremos qual será o entendimento final do TJUE, que se encontra a apreciar um recurso de anulação desta decisão, quanto a este ponto.

Também o referido acórdão *VM Remonts* poderá, potencialmente, dar um contributo válido para esta discussão[507]. Este acórdão não contraria a possibilidade de uma entidade terceira poder atuar como coordenadora da conduta das partes, no caso entidades participantes num concurso público de fornecimento, mas realça, contudo, que, para que exista uma prática concertada entre todos os participantes, que utilizem o mesmo prestador de serviços, é, sobretudo, necessário que as empresas tenham conhecimento dos objetivos concorrenciais prosseguidos pelos seus concorrentes e pelo prestador de serviços, tencionando contribuir para tais objetivos através do seu próprio comportamento, ou que possam prever razoavelmente os atos anticoncorrenciais dos seus concorrentes e do prestador de serviços e estejam dispostas a aceitar esse risco[508].

Não obstante os casos *supra* expostos não corresponderem a condutas *hub and spoke*, em sentido estrito, como veremos *infra*, estes acórdãos reconhecem que, no entender dos tribunais da UE, uma empresa a operar num mercado distinto do mercado em que a concertação tem lugar, e, no caso, num mercado não relacionado, é considerada parte da conduta horizontal e

[505] Parágrafos 143 e ss.

[506] Parágrafo 198. Para mais desenvolvimentos quanto a este acórdão, *vide* ALIENDE RODRIGUEZ & NOORALI, 2018: 320–322.

[507] C-542/14 - *VM Remonts*, de 21.07.2016.

[508] Parágrafo 33.

sancionada nos termos do Artigo 101.º do TFUE, uma vez que o intermediário "pretendeu" contribuir através da sua conduta para os objetivos comuns, estava "ciente" da conduta anticoncorrencial dos participantes ou poderia razoavelmente ter "previsto" essa conduta restritiva e estava disposto a aceitar o risco[509].

Na verdade, as considerações destes acórdãos poderão ter implicações, no plano da UE, para todos os tipos de intermediários que têm envolvimento, aparentemente em termos ativos, apoiando outras empresas na prossecução de objetivos anticoncorrenciais, *i.e.*, empresas de estudos de mercado, associações comerciais, plataformas *online*, bem como corretores, mediadores e outros intermediários, e, no limite, intermediários que são fornecedores e distribuidores. Todavia, não é claro qual o critério utilizado para a responsabilização dos intermediários/facilitadores/cúmplices, tanto no que concerne à participação numa prática concertada, como na restritividade da conduta para a concorrência, tendo em conta as referências gerais ao papel essencial, à intencionalidade, ao conhecimento e à ampliação do potencial restritivo.

Neste contexto, importa, em nosso entender, considerar que as Conclusões do AG Wahl, no acórdão *AC-Treuhand II*, que não foram seguidas pelo TJUE, expressavam o entendimento de que será sempre necessário, nos termos do princípio da legalidade, apurar a medida em que a concorrência no mercado foi potencialmente restringida ou eliminada como resultado da participação do intermediário em causa, uma ideia a que voltaremos *infra*, tendo em conta que o Artigo 101.º do TFUE não se refere, de forma autónoma, à tipificação de condutas de cumplicidade ou "facilitação"[510].

Nos EM, no que concerne condutas facilitadoras da colusão por parte de uma empresa não ativa nos mercados em causa, e num momento temporal contíguo ao acórdão *AC-Treuhand*, no Reino Unido, a entidade facilitadora do cartel *Marine Hose* foi responsabilizada criminalmente[511]. Também o caso *AENA*, a que nos referimos *supra*, nos dá conta da tendência de responsabilização do "*middleman*", tendo em conta que a CNMC espanhola, uma vez mais sem grandes explicações, sancionou as empresas que geriam os aeroportos, que não eram operadores

[509] DE STEFANO, 2015: 689–690.

[510] Conclusões do AG Wahl no Processo C-194/14 P, de 21.05.2015.

[511] HARDING, 2009: 301 e 302.

no mercado em causa, como "co-atoras", por terem facilitado o intercâmbio de informação, referindo-se, mais uma vez, ao papel determinante destas entidades[512].

Já as condutas designadas como *hub and spoke*, em sentido estrito, a que as *Orientações Verticais* faziam uma referência muito precária, correspondem à partilha de informação entre concorrentes, os *spokes*, através de um parceiro contratual comum, o *hub*, ativo noutro nível da cadeia de distribuição ou de produção.

Estes modelos têm elementos horizontais e verticais e emergem, tipicamente, de duas relações verticais distintas, o que dificulta, uma vez mais, o estabelecimento de fronteiras entre condutas lícitas e ilícitas, desde logo para efeitos sancionatórios, mas também, no plano da ilicitude, e como veremos mais detidamente *infra*, no que concerne a aplicação de regimes como a clemência, a transação e até as ações de indemnização para efeitos de Direito da Concorrência.

Fora das relações de intermediação, no âmbito de condutas entre concorrentes, assumidas *ab initio*, o caso mais relevante, decidido no plano da UE, envolvendo práticas concertadas com base em fluxos de informação indiretos entre concorrentes, foi o caso *Apple e-books*, que acabou por ser encerrado como um caso de aplicação anticoncorrencial de MFN, uma vez mais mediante a adoção de compromissos, o que limitou, naturalmente, a profundidade da análise jurídica empreendida pela CE[513].

O substrato fáctico deste caso resulta da tentativa de as editoras reagirem à agressividade dos preços dos *e-books*, tal como praticados pela *Amazon*. Com efeito, desde a introdução do *Kindle*, em 2007, todas as editoras mais relevantes tinham começado a comercializar *ebooks* na plataforma da *Amazon*, através de um modelo de distribuição clássico, em que a *Amazon* atuava como revendedor, tendo decidido oferecer estes produtos, para popularizar a oferta, a um preço

[512] P. 25 "*AENA como AENA AEROPUERTOS, sin ser operadores en el mercado afectado* ***han jugado un papel fundamental*** *recabando la información y facilitando el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, en la práctica totalidad de los aeropuertos españoles (excepción hecha de los tres citados) por lo que deben ser consideradas* ***coautoras*** *de la infracción junto al resto de las empresas imputadas en este expediente en cuanto han contribuido sustantivamente al mantenimiento de la conducta y, por ello, a restringir la competencia, grave y prolongadamente, en dicho mercado*".

[513] Decisões da CE no caso COMP/39.847 - *EBooks*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39847 (consultado em 11 de maio de 2018). Estas condutas foram também objeto de ações judiciais por parte das autoridades norte-americanas no caso *United States contra Apple Inc.*, No. 12 Civ. 2826 (2013).

inferior ao pago às editoras, o que suscitou a reação destas, que receavam um impacto negativo nos livros em papel, que eram significativamente mais caros.

Deste modo, quando a *Apple* apresentou o *iPad*, que permitia igualmente disponibilizar *e-books*, as editoras celebraram contratos de agência com esta empresa, que incluíam cláusulas MFN em benefício da *Apple*, o que lhes permitia determinar os preços dos livros, tendo também conseguido, mediante a ameaça de recusa de venda de *e-books* à *Amazon*, transformar as relações de distribuição com esta empresa também num modelo de agência[514].

A CE entendeu que as editoras intercambiavam indiretamente, através da *Apple*, informação quanto às suas intenções de mudarem o modelo contratual de comercialização de *e-books*, o que lhes permitiu harmonizar a estratégia comercial neste âmbito[515]. Segundo a CE, o objetivo das práticas concertadas entre a *Apple* e cinco editoras era incrementar os preços de retalho dos *e-books* no EEE ou impedir a emergência de preços mais baixos no EEE[516].

Tendo em conta a exiguidade da apreciação jurídica, não é claro qual a qualificação jurídica que a AdC fez desta conduta - apesar de existirem referências, em rodapé, ao acórdão *AC-Treuhand I*, que, em nosso entender, tem, como vimos, uma configuração distinta, por não estarem em causa mercados relacionados - nem qual o critério utilizado para concluir pela existência de uma prática concertada.

Um caso semelhante, relativo à alegada imposição de MFN em acordos com editores de *e-books*, desta vez envolvendo a *Amazon*, foi resolvido também pela CE mediante um arquivamento com compromissos, mas enquadrado como um abuso de posição dominante[517].

A apreciação mais próxima do TJUE a uma situação deste tipo foi o já referido acórdão *E-Turas*, em virtude de um reenvio prejudicial, já que o papel desta plataforma *online* se podia aproximar da ideia de um distribuidor *online* dos serviços das várias agências de viagens. Não obstante a falta de clareza quanto a este ponto, parece ter sido reconhecido que os operadores e

[514] COMP/39.847- *E-Books*, parágrafo 42-43.

[515] COMP/39.847- *E-Books*, parágrafos 77, 87-93, 97 e 129.

[516] COMP/39.847- *E-Books*, parágrafo 90.

[517] 40153 - E-book MFNs (Amazon), disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40153 (consultado em 11 de maio de 2018).

administradores de plataformas podem ser responsabilizados e que a defesa do desconhecimento parece não estar disponível para a parte que, como sucedia neste caso, inicia a alteração dos termos negociais.

As condutas *hub and spoke* em sentido estrito têm sido mais frequentemente objeto de investigação no plano dos EMsdo que da UE, em que, como vimos, não foi ainda empreendida uma análise jurídica aprofundada a condutas deste tipo, tendo em conta as qualificações jurídicas alternativas adotadas, bem como os procedimentos de terminação convencional adotados.

Merece particular destaque, nesta sede, o conjunto significativo de decisões relativas a alegados cartéis *hub and spoke* emitidas pelo *Office of Fair Trade* ("**OFT**") desde 2003. Os primeiros casos neste âmbito foram as decisões *Replica Football Kit* e *Hasbro*, que diziam respeito a alegadas condutas de coordenação entre retalhistas, utilizando um fornecedor comum como *hub*, condutas essas caracterizadas, em ambos os casos, como constituindo restrições horizontais por objetivo e por efeito, sendo que, nas duas situações, note-se, houve lugar à aplicação do regime de clemência[518].

Todavia, os casos apresentam pequenas *nuances* fácticas, uma vez que, no caso da *Hasbro*, os retalhistas *Argos* e *Littlewoods* entraram num "*overall agreement and/or concerted practice*", em virtude de dois entendimentos bilaterais entre a *Hasbro* e a *Argos* e entre a *Hasbro* e a *Littlewoods*, tendo como objetivo e efeito a restrição da concorrência, enquanto a decisão *Replica Football Kit*, em termos de substrato fáctico, para além dos fluxos de informação entre retalhistas e fornecedores, se refere à existência de alguns contactos diretos entre retalhistas, provavelmente não tão confiantes nas capacidades de coordenação dos fluxos de informação por parte do fornecedor comum.

[518] CP/0480–01 - *Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd Fixing the Price of Hasbro Toys and Games* de 21 de novembro de 2003, disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4d340f0b666a2000168/hasbro3.pdf (consultado em 11 de maio de 2018). e CP/0871/01 - *Price-Fixing of Replica Football Kit*, de 1 de agosto de 2003, disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de4c5e5274a74ca00014b/replicakits.pdf (consultado em 11 de maio de 2018).

A *JJB Sports*, um dos retalhistas sancionados na decisão *Replica Football Kit*, recorreu desta decisão junto do *Competition Appeal Tribunal* ("**CAT**"). Este tribunal indeferiu o recurso, considerando que estavam preenchidos os requisitos para a verificação de uma concertação *hub and spoke* entre concorrentes, na medida em que os operadores que disponibilizaram a informação podiam, razoavelmente, prever que a informação disponibilizada ao fornecedor seria passada a um concorrente. Este tribunal admitiu inclusivamente, que este critério se estendia às queixas dirigidas por um retalhista a um fornecedor, que permitam ao fornecedor tomar medidas limitadoras da atividade do concorrente[519].

Esta empresa recorreu, novamente, para o *Court of Appeal*, argumentado que o critério da previsibilidade razoável, delineado pelo tribunal de primeira instância, era muito abrangente. Neste contexto, aquele tribunal introduziu *nuances* adicionais ao critério, exigindo que as circunstâncias do caso revelem um entendimento comum a todas as partes no fluxo de informação, quando divulgam a informação em causa e quando a esta têm acesso[520].

No caso *Hasbro*, os recursos judiciais não tiveram, também, provimento, tendo o *Court of Appeal* referido expressamente, de forma bastante ampla, que as práticas concertadas podem adotar muitas formas, não se podendo definir um limite taxativo em relação às condutas que podem constituir uma prática concertada para efeitos de Direito da Concorrência[521].

Utilizando o mesmo critério de entendimento revelado, de "*meeting of minds*", em relação a todos os intervenientes na conduta, o *CAT* anulou, no fim de 2011, a decisão do antigo OFT, no setor do tabaco, que tinha aplicado coimas recorde a dez retalhistas e dois fornecedores, tendo considerado que aquela autoridade não tinha fornecido prova suficiente relativamente à intenção dos retalhistas de que a informação comunicada aos fornecedores fosse disponibilizada a retalhistas concorrentes[522]. Neste caso, a decisão do OFT concluiu pela existência de uma infração da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, em que cada produtor/fornecedor pretendia garantir, em virtude de um conjunto de acordos

[519] 022/1/1/03 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading*, parágrafo 659.

[520] 2005/1071, 1074 e 1623 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading*, parágrafos 32 – 34 e 91.

[521] 2005/1071, 1074 e 1623 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading*, parágrafo 21.

[522] *Imperial Tobacco Group Plc v Office of Fair Trading*, parágrafo 41.

anticoncorrenciais com os retalhistas, que os preços de retalho fossem estabelecidos em paridade ou com um determinado diferencial em relação a certas marcas concorrentes[523]. O caso podia ter uma abordagem meramente vertical com elementos de cláusulas MFN, mas o OFT pretendia demonstrar um elemento de cartel *hub and spoke*, que teve, subsequentemente, de deixar cair.

O critério de *meeting of the minds* foi novamente afirmado pelo CAT no caso *Dairy Retail*, de 2011, em que o OFT sancionou grandes cadeias de supermercados do Reino Unido, por partilha de informação quanto às intenções de preços para o leite e o queijo, em que todos os retalhistas, com exceção da Tesco, admitiram as infrações e chegaram a um entendimento com a então autoridade de concorrência do Reino Unido (*Resolution Agreements*)[524].

Em nosso entender, a abordagem dos tribunais do Reino Unido influenciou, por exemplo, a recente decisão das autoridades belgas que determinou a imposição de coimas a 11 fornecedores e 7 retalhistas pela participação num cartel *hub and spoke* no setor da perfumaria e dos produtos de higiene[525]. Este caso foi, uma vez mais, iniciado em virtude de um pedido de clemência, a que se juntaram, no decurso do procedimento, dois outros, e decidido também com recurso ao procedimento de transação. Segundo a investigação das autoridades belgas, a informação era transmitida por fornecedores, por sua própria iniciativa ou a pedido dos retalhistas, de forma a propiciar um aumento coordenado dos preços de retalho, tendo sido aplicado um critério próximo do definido pelos tribunais do Reino Unido.

A circunstância de estas condutas não terem grande sucesso, uma vez que muitos retalhistas não aplicavam os preços, ou faziam-no por períodos muito limitados, teve apenas impacto no montante da coima, tendo em conta que as autoridades consideraram estar perante uma infração horizontal, por objetivo, motivo pelo qual procedeu à validação, pedidos de clemência, nos termos da legislação aplicável.

---

[523] OFT, case CE/2596-03, 7.32.

[524] Decisão Disponível em https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/1188_Tesco_Judgment_CAT_31_201212.pdf (consultado em 11 de maio de 2018).

[525] Décision n° ABC-2015-I/O-19-AUD, de 22 de junho de 2015, disponível em https://www.mededinging.be/sites/default/files/content/download/files/2015IO19-AUD.pdf. (consultado em 11 de maio de 2018). Para mais desenvolvimentos, *vide* MATTIOLI, 2016: p. 261–266.

Também o *Bundeskartelamt* ("**BkA**") alemão procurou investigar condutas *hub and spoke* no setor do retalho alimentar, tendo realizado *dawn raids* alargados a várias empresas do setor. Estas investigações desembocaram na sanção de condutas de manutenção de preço de revenda, por parte de fornecedores e retalhistas, pela participação ativa de ambos nas referidas condutas[526]. Nestes casos, o BkA concedeu, pela primeira vez, dispensas de coima em virtude de pedidos de clemência em infrações que parecem ter sido caracterizadas como de natureza vertical.

As dificuldades enfrentadas pelo BkA traduzem a complexidade do enquadramento jurídico de condutas deste tipo, que a sanção dos retalhistas e a aceitação plena dos pedidos de clemência procuram equilibrar.

A AdC e os tribunais nacionais não tiveram ainda oportunidade de se pronunciar relativamente a esta temática. Todavia, a oportunidade para o fazerem parece estar a aproximar-se, desde logo porque tiveram lugar buscas no setor da grande distribuição, na segunda metade de 2017, as quais apontam para a potencial investigação de fluxos de informação entre retalhistas de fornecedores, e já em 2019 foram emitidas três notas de ilicitude visando várias empresas de distribuição alimentar e fornecedores de bebidas por condutas que a AdC caracterizou, expressamente, como os "*primeiros casos de 'hub-and-spoke' investigados em Portugal*"[527].

Consequentemente, aguardam-se, nesta frente de análise, "cenas dos próximos" capítulos.

1.3.3 Práticas Concertadas, Plataformas Digitais e Software Utilizando Algoritmos

Por último, importa notar que a digitalização da atividade económica pode colocar desafios particulares no que concerne as fronteiras da aplicação do Direito da Concorrência e que a crescente utilização de plataformas *online* e de *software* de monitorização da atuação de

[526] Comunicado disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikalfall.html?nn=3591568 / https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_05_2016_Bier.html /

[527] De acordo com a apresentação da Presidente da AdC ao Parlamento, disponível em https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=109111 (consultado em 11 de maio de 2018). e nos termos do Comunicado 2/2019, de 22 de março de 2019, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201902.aspx (consultado em 11 de maio de 2018).

concorrentes de parceiros comerciais pode, eventualmente, exigir uma revisão ou adaptação dos critérios utilizados para delimitar a existência de práticas concertadas.

Uma das caraterísticas distintivas da economia digital é a proliferação de plataformas, em mercados *multi-sided*, plurilaterais, que permitem interações entre um grande número de agentes, em localizações geográficas globais e sem qualquer contacto que não o que é proporcionado pela intermediação online. O conceito de plataforma digital que vamos utilizar, para o propósito deste trabalho, inclui *marketplaces* de *e-commerce*, app stores, redes sociais e plataformas de anúncios online. Estas plataformas, que reduzem, de sobremaneira, os custos de transação para oferta e procura, podem também, como a generalidade dos intermediários, ocasionar um contexto adequado para a articulação estratégica anticoncorrencial, bem como para outras questões que ora não nos ocupam, como o encerramento anticoncorrencial do mercado baseado em efeitos de rede. Associadas a estas plataformas, de um ponto de vista do Artigo 101.º, têm estado cláusulas de paridade e articulação ilicíta de termos e condições oferecidos ao mercado.[528]

Vimos já, ao longo deste trabalho, um acórdão relativo a plataformas *online*, que aproximámos de uma ideia de *hub and spoke*, ao qual imputámos algumas particularidades. Na verdade, se o acórdão *E-turas* reafirma, conforme constatámos, a necessidade de as empresas determinarem os seus comportamentos de forma autónoma, bem como a possibilidade de integrar formas "passivas" de participação na infração, parece permitir afastar os indícios de concertação e de presunção da afetação do comportamento das partes de uma forma mais flexível do que vimos suceder nos casos "analógicos"[529]. Com efeito, pudemos observar, neste caso, que a existência, neste tipo de plataformas, de sistemas de comunicação automática por parte dos administradores da plataforma e a falta de interface direto entre os vários utilizadores contribuíram para uma avaliação aparentemente mais favorável nesta sede.

Ademais, do ponto de vista probatório, para o bem e para o mal, a utilização de plataformas online por parte de concorrentes potencia o acesso a meios de prova de determinadas condutas, bem como a elementos suscetíveis de refutar as presunções utilizadas para determinar a

[528] Para mais desenvolvimentos, em termos conceptuais, vide DUCH-BROWN, 2017, *JRC Digital Economy Working Paper 2017-04, The Competitive Landscape of Online Platforms*, disponível em https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc106299.pdf (consultado em 11.05.2019).

[529] *Vide supra*, página 168.

existência de uma prática concertada, caso da demonstração do momento concreto de acesso a uma determinada comunicação. Neste contexto, permanece a interrogação quanto à existência de critérios diferenciados para as plataformas analógicas e para as plataformas digitais, tendo em conta que, estas últimas propiciam determinados "automatismos" na relação entre os agentes económicos, questões a que voltaremos na Parte III do nosso trabalho[530].

Acresce que, as várias investigações visando as plataformas digitais ligadas ao setor do turismo, como a *Booking* e a *Expedia*, que tiveram lugar nos EUA, mas também em vários EM, demonstraram também algumas dificuldades de conceptualização jurídica neste âmbito, tendo por base cláusulas de paridade, as MFN, alegadamente exigidas por estas plataformas às unidades hoteleiras. Estas investigações terminaram, em França, Itália e na Suécia com compromissos que removeram estas alegadas limitações, sendo que, em França, foi implementada legislação específica para regular as relações entre estas plataformas e os seus fornecedores[531].

Apesar de estes casos não pertencerem ao *core* do nosso estudo, uma vez que não correspondem a práticas concertadas, mas, geralmente, a acordos, consideramos relevante fazer referência à necessidade sentida, neste particular, de completar a intervenção do direito da concorrência com intervenção regulatória, questão a que voltaremos no decurso do nosso trabalho.

Ademais, para além da digitalização de relações de fornecimento e distribuição, tem-se discutido a questão crescentemente relevante, de que a colusão pode ser posta em prática sem a existência de intervenção humana, em particular através da utilização de algoritmos de implementação e monitorização de preços, sendo tipicamente utilizados nas plataformas digitais a que nos referimos anteriormente.

Na verdade, a utilização deste tipo de *software* foi apreciada pela CE, em termos não favoráveis, no recente inquérito relativo ao *e-commerce*, sendo claro, para esta autoridade, o potencial de

---

[530] Para mais desenvolvimentos *vide* relatório do *Department for Business, Energy and Industrial Strategy* do Reino Unido, de março de 2017, disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/602816/Digital_Platforms_report_new_BEIS.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[531] Décision 15-D-06 *sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*, de 21.05.2015, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=15-D-06 (consultada em 11 de maio de 2019). A Lei Macron é a Loi 2015-990, de 06.08.2015 "*pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*".

impacto anticoncorrencial de situações deste tipo[532]. Subsequentemente, a CE emitiu quatro decisões sancionando os produtores de produtos eletrónicos *Asus*, *Denon* & *Marantz*, *Philips* e *Pioneer*, num total de 111 milhões de euros, por alegada imposição de preços de revenda mínimos. Estas decisões, para além de marcarem a primeira vez que a CE aplicou coimas, nos últimos 15 anos, a restrições deste tipo, são também os primeiros casos em que esta reconheceu, no âmbito de um processo de práticas restritivas da concorrência, o papel dos algoritmos. Por um lado, notou que os fornecedores empregavam *software* para monitorizar os preços de retalho alargando o impacto dos incrementos de preços[533].

Nestas decisões, a CE fugiu de grandes conceptualizações no que concerne ao preenchimento do conceito de práticas concertadas. Limitou-se a referir que, para além de situações em que os fornecedores foram alertados por outros distribuidores para as alterações de preços de concorrentes, as diferenças de preços eram detetadas através de *websites* de comparação de preços e de *software* interno[534], referindo, igualmente, que os distribuidores utilizavam as denominadas "*spiders*", que são programas de *software* que seguem os preços *online* e se ajustam aos preços detetados na oferta de concorrentes, muitas de forma automática, sem que tenha de existir qualquer intervenção no sentido do ajustamento, ou sequer conhecimento preciso, por parte do operadores do momento em que o referido ajustamento tem lugar[535].

Não obstante estas particularidades, no preenchimento dos elementos do tipo, a CE limitou-se, nas referidas decisões, a repetir os mantras dos tribunais quanto à necessidade de independência entre operadores económicos, a que já nos referimos, acabando, sem grandes explicações, por dar como verificados acordos e/ou práticas concertadas entre os operadores em causa, que acabou por considerar restritivos da concorrência por objetivo[536].

---

[532] Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_pt.pdf (consultado em 11 de maio de 2019). Para mais desenvolvimentos neste particular, *vide* FARIA, COUTO & ROCHA, 2019.

[533] Comunicado disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (consultado em 11 de maio de 2019).

[534] Decisão da CE AT.40465 – *ASUS*, de 24.7.2018, parágrafo 27.

[535] Decisão da CE AT.40182 – *Pioneer*, de 24.7.2018, parágrafo 136.

[536] Decisão da CE AT.40465 – *ASUS*, de 24.7.2018, parágrafos 96 a 99 e Decisão da CE AT.40182 – Pioneer, de 24.7.2018, parágrafos 143 e 144.

Deste modo, as referidas decisões não contribuem para a delimitação de um critério claro para distinguir uma prática concertada e a liberdade de os concorrentes podem adaptar-se inteligentemente às condições do mercado com base em *softwares* eficientes. Não é também expectável que os tribunais da UE possam lançar alguma luz relativamente a esta matéria, tendo em conta que estes casos foram encerrados com a aplicação de regimes consensualizados que excluem, à partida, a existência de recursos de anulação.

O interesse em relação a esta matéria tem também existido no plano das autoridades nacionais. Recentemente, o BkA investigou quanto à alegada influência de algoritmos de preços nos preços excessivos no setor do transporte aéreo considerando que, em princípio, "*the use of an algorithm for pricing naturally* ***does not relieve a company of its responsibility***"[537].

Por seu turno, no concerne especificamente a condutas na esfera de disposições paralelas ao Artigo 101.º do TFUE, o *Conseil de la Concurrence* do Luxemburgo investigou se o algoritmo utilizado por uma aplicação de serviços de táxis violava o Direito da Concorrência[538]. Esta autoridade acabou por considerar a aplicação *Webtaxi*, aparentemente mais básica do que os sistemas *Uber* e *Lyft* (uma vez que estes disponibilizam ferramentas e *know how* aos seus colaboradores), que determinava a remuneração a pagar por uma corrida aos operadores em causa, não restritiva da concorrência. Esta decisão teve por base um raciocínio de eficiência, próximo de um balanço económico positivo, tendo em conta que esta aplicação contribuía para reduzir as remunerações, reduzir o número de táxis vazios, o tempo de espera e a poluição, tendo em conta o critério de escolha do táxi relacionado com a proximidade[539].

Também em França está, atualmente, em curso a discussão judicial da compatibilidade do *software* de preços de automóveis denominado *Partneo*, comercializado pela *Accenture* a um conjunto relevante de produtores de automóveis, que terão, entre 2008 e 2013, incrementando as suas receitas relativas a peças de automóveis, tendo em conta os algoritmos por detrás do *software Partneo*, que identificava os preços máximos que os consumidores estariam dispostos

[537] Comunicado de 25.08.2018, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/29_05_2018_Lufthansa.html?nn=3591286 (consultado em 11 de maio de 2019)

[538] Décision n.º 2018-FO-01 – Webtaxi, de 06.10.2018, disponível em https://concurrence.public.lu/dam-assets/fr/decisions/ententes/2018/decision-n-2018-fo-01-du-7-juin-2018-version-non-confidentielle.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[539] Para mais desenvolvimentos críticos *vide* EVANS, 2018.

a pagar por peças de automóveis. Este caso resulta de uma demanda judicial instaurada pelo criador do sistema, que deixou de trabalhar para a *Accenture*, e que alega que a empresa convenceu os produtores de automóveis a adquirir o *software* com base em promessas futuras de incrementos de preços, sugerindo que poderão ter existido alguns contactos entre concorrentes[540].

Em face do *supra* exposto, a utilização crescente de *software* de preços, construídos para reagir, de forma imediata, a circunstâncias de mercado, traduz-se num cenário complexo quando adotado por diversas empresas consideradas concorrentes.

Em primeiro lugar, sobretudo em mercados *online* a utilização paralela de *software* idêntico não significa que a concorrência deixa de existir, tendo em conta que o preço é apenas um aspeto daquela, talvez o que pode ser mais facilmente sujeito a um processo decisório automatizado de forma unilateral. Aspetos como a qualidade dos produtos, os níveis de privacidade dos dados, a rapidez e qualidade do acesso aos bens e serviços, dificilmente poderão ser coordenados desta forma[541].

Em segundo lugar, não podemos perder de vista os efeitos próconcorrenciais deste tipo de ferramentas. Com efeito, haverá que ter em conta que, antes da emergência das vendas *online*, os preços mais baixos cobrados por alguns distribuidores com lojas físicas provavelmente não conduziriam a decréscimos de preços, porque os consumidores levariam muito tempo a comparar preços e uma estratégia mais competitiva, por parte de um pequeno operador, com presença limitada no mercado, serviços e inventário reduzidos não teria grande impacto em distribuidores de grande dimensão. Na era digital, por contraste, os *websites* de comparação de preços permitem aos consumidores comparar os preços de forma imediata e *marketplaces* como a *Amazon* ou o *eBay* podem dar visibilidade a pequenos distribuidores.

[540] *Vide*, por exemplo, a informação disponível na Internet em https://newmobility.news/2018/05/31/french-car-makers-kept-spare-part-prices-artificially-high/ (consultado em 11 de maio de 2019)

[541] *Vide* MANDRIESCU, 2018

Em terceiro lugar, como bem observam autores como JOÃO GATA e EZRACHI & STUCKE, esta temática não se presta a uma apreciação unívoca. Haverá que distinguir entre vários tipos de algoritmos e respetivas caraterísticas e consequências[542].

Utilizando a abordagem de GATA, podemos distinguir entre algoritmos adaptativos ("*adaptive algorithms*") e algoritmos de aprendizagem ("*learning algorithms*"). Estes últimos, ao contrário dos primeiros, utilizam estratégias subóptimas de forma a aprender pela experiência, o que lhes permitirá atingir equilíbrios com concorrentes, em termos de preços, ainda que não tenham sido concebidos com este fim.

Por seu turno, EZRACHI & STUCKE utilizam uma categorização mais ampla de forma a abarcar todas as possibilidades neste âmbito. A primeira categoria, que designam algoritmos *messenger*, algoritmos que funcionam como mensageiros, corresponde simplesmente a um mecanismo através do qual operadores económicos implementam e monitorizam um entendimento anticoncorrencial. A segunda categoria, de algoritmos *hub and spoke*, respeita à utilização por parte de vários operadores independentes de um algoritmo comum para determinar o preço oferecido no mercado. Neste cenário, um "*cluster*" de acordos verticais incluindo vários concorrentes pode dar lugar a uma conduta *hub-and-spoke* em que o fornecedor do *software* funciona como o *hub* para orquestrar uma colusão num determinado setor, o que se aproxima do caso *Accenture*, a que nos referimos, *supra*. A terceira categoria, o algoritmo *predictable agent*, é mais complexa, tendo em conta que o sistema é desenhado unilateralmente para chegar a resultados previsíveis e para obter determinadas reações às alterações de condições de mercado. Não é claro que esta forma de paralelismo consciente possa dar lugar à intervenção de concorrência. A quarta categoria, *digital eye*, aborda a utilização de algoritmos para atingir um determinado objetivo, que será a maximização do lucro. O *software* deste tipo consegue, através da autoaprendizagem e da experimentação determinar, de forma independente a forma de optimizar o lucro. Neste caso não existe qualquer intervenção humana, mas o algoritmo executa a estratégia que considera ótima, baseada na aprendizagem e no *feedcack* contínuo obtido do mercado

Em face do *supra* exposto, é difícil delimitar o nível adequado de intervenção no plano digital, tendo em conta que a circunstância de existir prejuízo para os consumidores não será suficiente

[542] *Cfr.* GATA, 2019: 6-7 e EZRACHI & STUCKE, 2017: 1807.

quando não se demonstra a concertação no caso de mecanismos com uma intervenção humana circunscrita, sendo que uma intervenção no sentido de limitar a reação destes sistemas à alteração das circunstâncias do mercado, limitará a transparência pernicosa de preços, mas também prejudicará os consumidores[543].

Procuraremos, no decurso desta investigação, que desembocará na Parte III do nosso trabalho, apresentar alternativas que possam contribuir para solucionar estas dificuldades.

2. PRÁTICAS CONCERTADAS, *CONSPIRACY* E *CONCERTED ACTIONS* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Neste ponto, será relevante, em nosso entender, empreender uma análise de direito comparado em relação ao sistema jurídico de concorrência dos EUA, que, conforme verificámos na Parte I, inspirou, em grande medida, o Direito da Concorrência da UE e as disposições paralelas dos EM.

Conforme vimos anteriormente, nos anos 1970, o momento histórico em que a categoria normativa de prática concertada se começou a formar, o AG Mayras, no caso *Dyestuffs*, referia-se à influência do direito norte-americano, em particular à jurisprudência relativa a "*concerted actions*", apesar de realçar o caráter não conclusivo desta, bem como as diferenças entre o direito norte-americano e o direito da UE, tendo em conta que o primeiro, reconhece o AG, "*tem uma natureza essencialmente penal*"[544].

No mesmo sentido se pronunciou também o AG Vesterdorf , ao referir que é notório que os autores do Tratado se inspiraram "*nas **noções de «concerted actions», «concerts of action» e «concerted practices»**, as quais apareceram na jurisprudência norte-americana com fundamento no Artigo l.° do Sherman Act, e, nomeadamente, na noção de «**conspiracy**» que nele figura*", realçando que o elemento essencial para o preenchimento deste conceito, nos termos desta jurisprudência, era a ideia fundamental de "*paralelismo **consciente***"[545].

[543] Nesse sentido EZRACHI & STUCKE, 2017: 1807.

[544] Conclusões no Processo 48/69, páginas 266-267**.**

[545] Conclusões no Processo T-1 /89 - *Rhone-Poulenc contra CE*, de 10.07.1991.

Em ambos os casos, nos EUA e na UE, a utilização da expressão "prática concertada" procura assegurar que todas as formas de coordenação seriam abrangidas pela proibição, incluindo as restrições menos óbvias da concorrência. Não obstante, a forma como os conceitos foram construídos e aplicados seguiram, aparentemente, justificada ou injustificadamente, caminhos não necessariamente coincidentes, como veremos mais detidamente *infra*.

2.1 Enquadramento Comparativo

Na Parte I do nosso trabalho, tivemos oportunidade de observar que a *Section* 1 do *Sherman Act* proíbe, de forma particularmente ampla, qualquer *conspiracy* que restrinja, desrazoavelmente, o comércio.

Constatámos ainda que o *Sherman Act* se integra num sistema mais amplo, de matriz judicial e penal, por um lado, e de matriz administrativa e civil, por outro, encontrando alternativas de *enforcement* que incluem a perseguição penal, o pagamento de indemnizações com objetivos não só compensatórios, mas também punitivos, e a mera determinação da cessação das atividades com riscos jusconcorrenciais.

Os tribunais norte-americanos, que constituem, afinal, o cerne da conceptualização e aplicação da proibição de *conspiracies* anticoncorrenciais, são particularmente cautelosos quanto a presunções que aligeirem o ónus da prova por parte do demandante, tendo em conta a natureza criminal dos procedimentos de cartel e a relevância subsidiária, em sede administrativa, da *Section 5* do *Federal Trade Act*, que se refere a "*unfair methods of competition*" no sentido de evitar comportamentos anticoncorrenciais avulsos, incluindo condutas de natureza unilateral.

Deste modo, as presunções que vimos decorrerem da jurisprudência da UE, extraindo, por exemplo, uma prática concertada de comunicações das quais os operadores não se demarcaram, não se aplicam, como realçam autores como GHEZZI e MAGGIOLINO, no direito norte-americano[546]. Na verdade, quando está em causa a investigação de cartéis como infrações criminais do *Sherman Act* é exigido o standard de prova típico dos procedimentos deste tipo,

[546] GHEZZI & MAGGIOLINO, 2014: 25 e ss.

i.e., "*beyond a reasonable doubt*", ao passo que, nos processos de natureza civil, os requisitos em termos de prova são menos exigentes.

Deste modo, a referência a *concerted actions* no direito norte-americano, em sede do *Sherman Act*, tem sido considerada de forma muito próxima a entendimento, acordo, e tem sempre incluído uma ideia de intencionalidade objetiva que está presente, afinal, na expressão da norma "*conspiracy*", que traduz uma unidade de propósito, ainda que não um plano propriamente dito, entre as partes.

Essa unidade de propósito pode extrair-se de um elemento comportamental conjugado com fatores adicionais que sustentem a ilegalidade da conduta, o designado *parallelism plus*. Presentemente, os tribunais dos EUA não disponibilizam um *ranking* de fatores adicionais de acordo com o valor probatório nem especificam os fatores adicionais dos quais se pode inferir uma ação concertada. Como decidiu o *Eleventh Circuit* no caso *Williamson Oil Co., Inc. contra Philip Morris U.S.A*, a ideia de fator adicional é ampla, podendo incluir qualquer prova apresentada pelos demandantes para excluir a possibilidade de ação independente, em particular a existência de contactos[547].

Consequentemente, se os aplicadores de Direito da Concorrência forem capazes de demonstrar prova de comportamentos paralelos, em particular no plano dos preços, bem como de contactos entre empresas, a inferência da existência de uma colusão anticoncorrencial pode ser bem fundamentada[548]. Na verdade, não parece possível, no plano do direito norte-americano, preencher a noção de *conspiracy* na ausência de paralelismo de comportamento no mercado, o que distancia esta abordagem do direito da UE, tendo em conta a autonomização crescente dos meros intercâmbios de informação que este último preconiza.

Com efeito, no acórdão *United States contra Container Corp. of America* discutiu-se se o intercâmbio de informação teria o efeito necessário de restringir a concorrência pelos preços, afastando-se, todavia, a existência de uma classificação *per se*[549]. No caso *Cement Manufacturers Protective Association contra United States*, por exemplo, o *Supreme Court* observou que, apesar de existir um entendimento com o objetivo de recolher e distribuir

[547] 346 F.3d 1287, 1301 (11th Cir. 2003).

[548] AREEDA & HOVENKAMP, 1993: 105.

[549] 393 U.S. 333, 344 (1969).

informação, que permitiria aos membros controlar o fornecimento de cimento, não existia uma recusa concertada de fornecimento, uma vez que não havia prova de que os demandados tinham, efetivamente, implementado esse comportamento[550].

De facto, tem-se entendido que a proibição de *conspiracies* anticoncorrenciais não acomoda uma presunção de comportamento em caso de contactos e a decisão de não aliviar o ónus da prova em casos de potenciais infrações de natureza criminal é coerente, por exemplo, com a abordagem do *Supreme Court* nos casos *Monsanto*, *Matsushita* e *Twombly*[551].

Consequentemente, conforme entendem, em nossa opinião acertadamente, GHEZZI & MAGGIOLINO, seria admissível no âmbito do direito norte-americano considerar as comunicações ou os contactos como sendo o chamado *plus factor* em relação à observação do paralelismo comportamental, por oposição a um caso de interdependência económica, mas não será suficiente, pelo menos no plano do *Sherman Act*, o segundo sem os primeiros[552].

Ademais, e principalmente, como veremos, a *Section 5* do FTCA tem um papel complementar no sentido de impedir que se perpetuem "maus hábitos" no que concerne a partilha de informação estratégica e a divulgação de informação, o que contribui para que o Sherman Act seja aplicado apenas a condutas em que existem fundamentos consolidados de concertação[553].

2.2 Anúncios de Preços e Convites à Colusão (*Invitations to Collude*) no Direito da Concorrência Norte-Americano

A exigência do *Sherman Act*, enquanto norma penal, no sentido da demonstração da existência de uma *conspiracy*, tem remetido as condutas unilaterais para o âmbito da *Section 5* do FTCA, que proíbe, de forma mais ampla, "*unfair methods of competition*".

Historicamente, os casos investigados pela FTC têm envolvido partilhas privadas de informação e têm sido objeto de *consent decrees*, no sentido de fazer cessar a atuação em causa,

[550] 268 U.S. 588 (1925).

[551] De acordo, por exemplo, com a decisão judicial *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp*., 465 U.S. 752, 768 (1984) os demandantes "*must show that the inference of conspiracy is reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed [plaintiffs]*."

[552] GHEZZI & MAGGIOLINO, 2014: 25 e ss

[553] GHEZZI & MAGGIOLINO, 2014: 25 e ss. e JONES & KOVACIC, 2017.

em lugar da aplicação de sanções[554]. No início da década de 1990, a FTC investigou alguns casos relevantes neste âmbito, cada qual respeitante a solicitações de preços, envolvendo empresas com quotas de mercado não muito elevadas, com base em comunicações privadas.

No caso *Quality Trailer Products Corp*., os colaboradores das empresas em causa foram acusados de se terem encontrado com colaboradores concorrentes, comunicando que os preços de certos produtos eram muito baixos, o que constituía, no entender das autoridades, um convite implícito à colusão. A FTC considerou que, se o convite tivesse sido aceite, corresponderia a uma restrição ilegal do comércio, motivo pelo qual a proposta violaria a *Section* 5 do FTCA. No caso *AE Clevite Inc.* estava em causa o envio, entre concorrentes, de uma lista de preços com a mensagem de que os referidos preços estavam muito baixos. A FTC reconheceu que esta disponibilização unilateral era um convite implícito a não concorrer, pelo que considerou que esta conduta violava a *Section* 5 do FTCA.

Contudo, os anúncios de preços a que nos referimos supra, correspondem a anúncios públicos, tendo em conta que o risco jus-concorrencial da partilha privada de informação é substancialmente superior. Em 2006, a FTC investigou declarações proferidas, desta vez publicamente, por representantes da *Valassis Communications*. O CEO dessa empresa referiu, numa conferência telefónica pública, que a sua empresa procuraria manter a quota de mercado, sendo que somente entraria numa guerra de preços se os concorrentes visassem os clientes da empresa[555]. No entender da FTC, as declarações públicas não eram justificadas por motivos legítimos e apresentavam um perigo substancial de prejuízo jusconcorrencial, pelo que foi emitido um *consent agreement*, nos termos do FTCA, para fazer cessar este comportamento.

Também no caso *U-Haul International*, a FTC considerou que os administradores desta empresa contactaram as suas contrapartes no concorrente *Budget*. A FTC notou ainda que o CEO da *U-Haul* tinha anunciado publicamente, numa *conference call* de investidores, que a empresa tentava mostrar a liderança em termos de preços nesta indústria. A FTC concluiu que

[554] *Precision Moulding Co.*, 122 F.T.C. 104 (1996); *AE Clevite, Inc.*, 116 F.T.C. 389 (1993); *YKK (U.S.A.) Inc.*, 116 F.T.C. 628 (1993); *Quality Trailer Prods. Corp.*, 115 F.T.C. 944 (1992).

[555] *Valassis Communications*, FTC Caso 051008, de 19 de abril de 2006.

este tipo de comunicações públicas e privadas criavam um risco significativo de prejuízo anticoncorrencial, em infração da *Section 5* do FTCA[556].

Contudo, apesar de não ter existido investigação criminal de condutas deste tipo nos EUA, foram iniciadas ações coletivas, no plano civil, relativamente a convites à colusão, em que os demandantes têm, necessariamente, de demonstrar prejuízos. Por exemplo, foram iniciados processos de natureza civil contra companhias aéreas que, alegadamente, se coordenaram publicamente quanto aos preços a cobrar pelo transporte de bagagens[557].

Adicionalmente, os tribunais norte-americanos consideram, em muitos casos, que os anúncios de preços são conformes à legalidade, uma vez que podem prosseguir objetivos legítimos, tais como a necessidade dos clientes no sentido de planearem, com antecedência, as suas aquisições. Por exemplo, no caso *Owens-Corning Fiberglass* entendeu-se que os anúncios de preços ao mercado serviam um propósito importante no setor da construção civil, uma vez que os clientes procuram assegurar o fornecimento de materiais antes de começarem a construção e, consequentemente, precisam de um avanço de mais de 60 dias para se ajustarem a futuros incrementos de preços[558].

Consequentemente, podemos concluir, neste ponto, que os anúncios de preços nos EUA são investigados na medida em que consubstanciem convites à colusão e não meros anúncios, aos quais possam ser reconhecidos objetivos legítimos. No entender das autoridades norte-americanas, um convite à colusão é uma solicitação unilateral para entrar numa fixação de preços, alocação de mercado que não tem qualquer benefício pró-concorrencial, sendo limitado através da utilização da *Section 5* do FTCA.

Na UE o campo da unilateralidade afigura-se mais reduzido, de acordo, como vimos, com alguma jurisprudência, uma vez que não serão unilaterais condutas às quais o destinatário não se opôs manifestamente. As autoridades da UE, ao contrário do que sucede no *Sherman Act*, encaixar estas condutas em que não há distanciamento público no âmbito do Artigo 101.º do TFUE, não excluindo, ademais, a aplicação de sanções neste âmbito.

---

[556] *U-Haul Int'l Inc. & AMERCO*, 75 Fed. Reg. 35.033.

[557] *Delta/AirTran Baggage Fee Antitrust Litig*., 2015 *U.S. Dist.* LEXIS 115101; 2015 U.S. Dist. LEXIS 115657.

[558] *Reserve Supply Corp. v. Owens-Corning Fiberglass Corp*., 971 F.2d 37, 54 (7th Cir. 1992).

2.3 *Infrações "Hub and Spoke" no Direito da Concorrência Norte-Americano*

No que concerne, especificamente, à partilha indireta de informação, importa relembrar que, uma vez mais, a construção da infração *hub and spoke*, as *hub and spoke conspiracies*, é, na origem, uma construção judicial norte-americana.

Na verdade, o que designamos, atualmente, como cartéis *hub and spoke* já existia, inclusivamente, antes da entrada em vigor do *Sherman Act*. Tal como demonstraram GRANITZ e KLEIN, terá sido através do desempenho das funções de *hub* entre operadores ferroviários concorrentes que, na década de 1870, a *Standard Oil* incrementou o poder de mercado no setor dos combustíveis[559].

Todavia, a primeira vez em que o *Supreme Court* dos EUA utilizou a metáfora da *hub and spoke conspiracy* fora do contexto do Direito da Concorrência foi no caso *Kotteakos v. United States*, relativo ao comportamento fraudulento de uma empresa de construção civil[560].

Esta metáfora tornou-se um conceito reconhecido de Direito da Concorrência quando, em 1998, a FTC pôs em causa as relações entre a *Toys "R" Us* ("**TRU**") e os seus fornecedores como um entendimento *hub and spoke*, não obstante se poderem identificar antecedentes mais recuados, embora não tão explícitos, na jurisprudência norte-americana[561].

Deste caso, tal como na generalidade dos casos nas últimas duas décadas, podemos extrair uma construção jurisprudencial no direito norte-americano que engloba um parceiro comercial comum, o *hub*, os concorrentes, os *spokes*, mas também, necessariamente, o *rim*, o aro da roda, o eleo que corresponde, neste contexto, ao necessário entendimento entre os concorrentes.

A evidência deste entendimento, *meeting of the minds*, entre os *spokes* inclui, como veremos, a prova de contactos diretos entre concorrentes, uma mudança súbita nas práticas comerciais ou

[559] KLEIN, 2012, p. 486.

[560] *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946).

[561] Entre 1939 e 1966, o *Supreme Court* emitiu cinco decisões que os tribunais identificam, atualmente, como precedentes na conceptualização de *hub-and-spoke conspiracies*: *Interstate Circuit*, *Masonite*, Klor's, *Parker Davis* e *General Motors*, *cfr.* ORBACH, 2016: 6.

um acordo com o *hub*, subordinado à condição de que os concorrentes também se juntem ao entendimento.

Os antecedentes fácticos do caso *TRU* remontam à década de 1980, quando a *TRU*, o maior retalhista de brinquedos nos EUA, confrontada com a emergência de retalhistas de brinquedos *low cost*, procurou reagir através da alteração das suas relações de fornecimento com os fornecedores de brinquedos. Com efeito, no âmbito das relações verticais com os fornecedores, a *TRU* pressionou estes operadores económicos no sentido de limitarem as condições comerciais oferecidas aos retalhistas concorrentes, atuação que apenas mereceu o acordo dos fornecedores na medida em que os fornecedores concorrentes adotassem uma postura semelhante, o que concorria para a existência de um elo horizontal entre os mesmos.

A FTC determinou que estes acordos verticais infringiam a *Section* 5 do FTCA, tendo em conta que a *TRU*, através de comunicações verticais, teria organizado e implementado um acordo horizontal entre os vários fornecedores[562]. As conclusões da FTC foram confirmadas pelo *Court of Appeals* do *Seventh Circuit*, que admitiu, inclusivamente, que um entendimento *hub and spoke* poderia recair na categoria de condutas ilegais *per se*[563].

Subsequentemente, nos casos *Dickson* e *PepsiCo*, os tribunais de recurso norte-americanos recusaram a invocação, por parte dos demandantes, de teorias *rimless wheel*, em que se procurava argumentar a desnecessidade de demonstração de um entendimento, de um elo, entre os operadores concorrentes[564].

Mais recentemente, no caso *Guitar Center*, os tribunais dos EUA voltaram a entender que não se podia extrair prova suficiente de um entendimento entre os concorrentes da pressão exercida por este retalhista de instrumentos musicais sobre os produtores de guitarras, para definirem os preços mais baixos a que os seus produtos podiam ser anunciados pelos distribuidores, da

[562] *Toys "R" Us*, 126 F.T.C. 569–74. Em 2014, a FTC refreou algumas das restrições, tendo em conta o enfraquecimento da posição de mercado da Toys "R" Us Inc. FTC Docket No. 9278, 2014 WL 1630469.

[563] *Toys "R" Us*, 221 F.3d, 9.

[564] Dickson, 309 F.3d at 203; PepsiCo, Inc. v. Coca-Cola Co., 114 F. Supp. 2d 243 (S.D.N.Y. 2000), aff'd, PepsiCo, 315 F.3d 10.

adoção de novas políticas de preços, em simultâneo, por parte destes produtores e dos contactos entre produtores em feiras e congressos[565].

Já no caso *eBooks*, a que fizemos referência anteriormente no plano da CE, as condutas da *Apple* e das cinco editoras, ao implementarem cláusulas de MFN e estruturas de *pricing* com incentivos para o incremento de preços e uniformização das relações com os distribuidores, levaram o DoJ a iniciar procedimentos judiciais no plano do *Sherman Act* visando a *Apple* e as editoras em causa[566]. Os tribunais entenderam, de forma não ambígua, que a *Apple* tinha orquestrado um cartel entre as editoras, que mantinham, por seu turno, relações de proximidade, uma conduta que era ilícita *per se*, apesar de a *Apple* argumentar que o raciocínio *per se* não se podia aplicar a acordos verticais e que um entendimento deste tipo prejudicaria a inovação.

Subsequentemente o *Supreme Court* recusou, inclusivamente, apreciar o recurso da *Apple*, por considerar que este não tinha fundamento, sendo que a única nota de dissidência, em sede judicial, foi a circunstância de um dos juízes do tribunal de *Second Circuit* ter interpretado que deveria aplicar-se o raciocínio *rule of reason* à coordenação horizontal facilitadada por restrições verticais.

Conforme resume ORBACH, a coordenação *hub and spoke* é reconhecida na jurisprudência norte-americana, aplicando-se, em geral, a abordagem *per se*, nos termos do *Sherman Act*, e a exigência de um elo entre concorrentes, o designado "*rim*". Contudo, os tribunais ainda têm algumas dificuldades em determinar os requisitos de *rim* ou, mais precisamente, a inferência de um *rim* de provas circunstanciais, pelo que, apesar de reconhecerem que as relações verticais podem facilitar a coordenação horizontal, não articularam, até à data, de forma expressa, como utilizar os acordos verticais para inferir uma coordenação horizontal[567].

[565] *Guitar Center*, 798 F.3d at 1192.

[566] *The eBook Case*, 791 F.3d at 300.

[567] ORBACH, 2016, p. 14.

2.4 Plataformas Digitais *e Software* Utilizando Algoritmos no Direito da Concorrência Norte-Americano

Conforme referimos *supra*, uma das novas fronteiras das práticas concertadas está relacionada com o ambiente digital. A questão da utilização de programas com base em algoritmos conheceu já algum desenvolvimento, nos EUA, nos últimos anos.

No conhecido caso *Topkins*, de 2015, um retalhista de arte *online* foi demandado por *conspiracy* com concorrentes para fixar os preços de determinados *posters* comercializados no *marketplace Amazon*, um processo que acabou com um *plea agreement*[568]. A mesma infração estava em causa no processo instaurado pelo DoJ ao executivo Daniel Aston e à sua empresa *Trod Ltd.*, , que só foi concluído em 2019 e incluiu um pedido de extradição e penas privativas da liberdade[569].

Nestes dois casos, uma vez que os algoritmos foram meramente utilizados para implementar acordos entre concorrentes, não existiu particular dificuldade em estabelecer responsabilidade nos termos dos conceitos tradicionais de Direito da Concorrência, tendo em conta que este algoritmo se aproximava da ideia de algoritmo mensageiro a que nos referimos no ponto 1.3.3., *supra*.

Esperavam-se ainda desenvolvimentos no âmbito da demanda apresentada por um cliente da *Uber*, no *District Court* dos EUA contra o CEO da empresa, em virtude das relações verticais da *Uber* com cada condutor individual, que dariam origem a coordenação horizontal devido ao uso paralelo do mesmo algoritmo. Neste sentido, na prática, os motoristas não concorreriam pelo preço, mas cobrariam os estabelecidos pelo algoritmo da *Uber*, que os impede de praticar preços mais competitivos[570]. Neste particular, a empresa poderia estar perante um cartel *"hub and spoke"*, em que os motoristas independentes (*spokes*) se coordenavam através de um terceiro, a *Uber* (*hub*), com a ajuda de algoritmos[571]. De acordo com a informação pública

[568] *U.S. contra Topkins, U.S. District Court*, Northern District of California, No. 15-CR-00201.

[569] *US contra Danjel William Aston / Trod Limited*, No. CR 15-0419.

[570] *Meyer v. Kalanick*, No. 1:15-cv-09796-JSR (S.D.N.Y.).

[571] Para mais desenvolvimentos, *vide* PASSARO, 2018.

disponível, o caso está a ser discutido no plano arbitral, pelo que o papel dos algoritmos na alegada *conspiracy* não pode ser testado judicialmente com base no mesmo.

Não obstante, o tribunal chegou ainda a apreciar a *motion to dismiss*, apresentada pela *Uber*, a qual alegava que as decisões independentes dos motoristas aquando da adesão àquela plataforma procuravam beneficiar dos sistemas de pagamento e das demais vantagens da aplicação. O tribunal entendeu que os demandantes tinham apresentado elementos que indiciavam que os motoristas da *Uber* entravam, conscientemente, num mecanismo para coordenar os preços, sendo que a circunstância de esse mecanismo envolver um algoritmo de preços não seria determinante nesse caso, tendo em conta que, como referiu o *Judge Rakoff*, "*automation is effected through a human design*"[572].

Todavia, apesar de os tribunais norte-americanos não terem ainda tido oportunidade de aprofundar a análise neste ponto, esta problemática é, conforme referido anteriormente, mais complexa do que os referidos casos podem indiciar, ao considerarem que os algoritmos são apenas uma forma de executar um plano comum, um acordo entre operadores económicos. Como refere HARRINGTON, visto que os algoritmos, em muitos casos, empregam inteligência artificial, desempenhando tarefas de otimização legítimas das ofertas, as implicações dos mesmos podem não ser necessariamente previstas pelos seus produtores e utilizadores[573].

Na verdade, o elemento de complexidade introduzido pelos algoritmos prende-se, como vimos, com a desnecessidade de qualquer acordo ou até comunicação para que os algoritmos conduzam a uma estabilização de preços num determinado mercado. Com efeito, monitorizar constantemente o comportamento recíproco, pode incrementar a probabilidade de conduta paralela no mercado, sem que seja clara a possibilidade de responsabilização no plano do Direito da Concorrência, sendo que o direito norte-americano não oferece, ainda, especial orientação neste âmbito.

[572] *United States v. Ulbricht*, 79 F. Supp. 3d 466, 559 (S.D.N.Y. 2014).

[573] HARRINGTON, 2017.

3. A APLICAÇÃO UTILITARISTA E AS INCONSISTÊNCIAS DA PROIBIÇÃO DE PRÁTICAS CONCENTRADAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Resulta dos pontos anteriores um conjunto de aspetos relevantes para uma apreciação crítica do conceito de prática concertada tal como tem sido desenhado, ao longo do tempo, pelas autoridades de concorrência e pelos tribunais nacionais e da UE.

Fizemos um percurso, mais ou menos cronológico, pela jurisprudência e pela prática decisória mais relevane na UE, abarcando condutas diretas e indiretas, que nos permitiu reunir e identificar um conjunto de dificuldades relativas à delimitação do conceito de práticas concertadas, que condicionam a aplicação da proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência, que procuraremos, neste capítulo, apreciar de forma sistemática.

Estas dificuldades incluem a aparente tendência para a construção de infrações com base em categorias formais e presunções, que não necessitem de uma onerosa investigação casuística. Estas presunções, ainda que ilidíveis, serão também, pelo menos à partida, suscetíveis de resistir, de forma mais robusta, a uma revisão judicial, tal como, provavelmente, o conceito de práticas concertadas[574].

Além disso, importa considerar que a construção jurídica das infrações de Direito da Concorrência não tem, atualmente, em muitos casos, as autoridades de concorrência como protagonistas iniciais, mercê da aplicação do regime da clemência, bem como de outras soluções negociadas, também com aparente impacto no conceito de práticas concertadas.

Também pudemos observar que a jurisprudência dos tribunais da UE, que, conforme constatámos anteriormente, contamina os tribunais nacionais, foi marcada por espetaculares avanços e recuos, cuja compatibilização não é evidente[575].

Foi igualmente possível assistir a uma dialética contínua entre princípios económicos e princípios jurídicos, em particular se tivermos em conta a natureza quase penal das disposições em causa, que importará sintetizar de forma crítica, em particular numa situação em que o Direito da Concorrência da UE se encaminha para a conjugação, sem paralelo, de *public* e *private enforcement*.

---

[574] IBÁÑEZ COLOMO & LAMADRID DE PABLO, 2017, p. 18.

[575] TRIDIMAS, 2012 e SWEET, 2004.

Vejamos então, mais detidamente, cada um destes pontos.

3.1 Critérios Imprecisos e Dificuldades Probatórias

Na Parte I deste trabalho, pudemos observar que a utilização de conceitos imprecisos nas disposições do TFUE e, consequentemente, nas disposições nacionais - que em grande parte dos casos, se limitam a replicar as disposições da UE -, decorre, por um lado, da necessidade de afirmar princípios gerais, com grande abrangência dissuasória, e, por outro, da dificuldade prática em chegar a um consenso, no plano internacional, quanto às condutas concretamente em causa nas proibições.

Já na Parte II do trabalho, no plano da densificação dos princípios do Tratado, deixada às autoridades administrativas e judiciais, vimos que os desenvolvimentos foram marcados, em cada momento, por considerações utilitárias, sem que exista uma conceptualização dogmática que determine que, em situações idênticas, será adotada uma abordagem semelhante.

Pudemos ver que esta constatação se aplica particularmente ao conceito que ora nos ocupa, o conceito de prática concertada, cuja construção, conforme assinalaram, também, JOSHUA & JORDAN, foi marcada pelas dificuldades práticas enfrentadas pela CE, na década de 1970, na implementação do Artigo 101.º do TFUE.

Neste período, a CE, tendo em conta a falta de tradição, na Europa, da aplicação do Direito da Concorrência, num mundo marcado por organizações internacionais fracas, não tinha ainda começado a utilizar os poderes de investigação, relativamente amplos, que, como vimos, lhe eram conferidos pelo Regulamento n.º 17/62, não dispondo, igualmente, das facilidades de recolha de prova e de admissão de infrações conferidas pelos regimes de clemência e de transação. Neste contexto, a principal forma disponível, à época, para a recolha de prova de uma eventual infração era a realização de inspeções nas instalações das visadas. Todavia, este mecanismo não tinha, ainda, qualquer relevância prática ou efeito útil, desde logo porque as inspeções não eram, como atualmente, surpresa, pois tinham lugar mediante um pré-aviso e nunca decorriam de forma simultânea em relação a todos os visados[576].

[576] *Cfr.* JOSHUA & JORDAN, 2004: 659-660.

Consequentemente, raras foram as vezes em que a CE conseguiu encontrar, neste período, a prova clara da existência de um acordo restritivo da concorrência, a "arma do crime", a "*smoking gun*", que evidenciasse a infração jusconcorrencial, pelo que, em lugar de tentar demonstrar a existência de um acordo com base em prova menos explícita e mais circunstancial, procurou lançar os alicerces de uma ideia de prática concertada, cuja adequação aos factos era, em muitos casos, discutível[577].

Neste sentido, o caso *Dyestuffs* dizia, como vimos, na realidade, respeito a um cartel internacional de produtos corantes, particularmente conhecido, cuja vigência remontava aos anos 1920[578]. Todavia, da leitura da decisão da CE e do acórdão do TJUE pareceria que a fixação de preços, entre 1964 e 1967, tinha sido um mero acontecimento esporádico.

A CE, que iniciou uma investigação apenas quando recebeu queixas de associações de clientes, concluiu não ter reunido prova documental suficiente, apesar de ter realizado inspeções nas instalações dos visados e de existirem indícios de reuniões entre as partes, e sancionou, embora modestamente, os visados, com base em evidência de alterações simultâneas dos preços e de um relatório de peritos que atestava que não existia qualquer explicação, ou lógica económica, para tal comportamento, procurando delimitar, com base nestes elementos, pela primeira vez, o conceito de prática concertada, ao qual acrescentou um elemento de consciência dos participantes e de eliminação da incerteza.

A ausência de "*smoking gun"*, como referimos anteriormente, também terá motivado a tentativa, por parte da CE, de construir uma prática concertada com base em comportamentos paralelos, no caso *Woodpulp*, tentativa que esbarrou na oposição do TJUE, como vimos.

Posteriormente, o conceito foi sendo desconstruído e reconstruído com base em elementos concretos dos casos em análise, o que desembocou, como vimos, na fórmula acordo "e/ou" prática concertada restritiva da concorrência[579].

Conforme referiu a CE, no caso *JPY Libor*, em que classificou a alegada infração envolvendo o intermediário como um acordo e uma prática concertada, "*The concepts of agreement and*

[577] *Idem*.

[578] *Cfr*. STOCKING & MYRON, 1947: 505-507.

[579] T - 7/89 - *Hercules contra CE, cit.*, parágrafo 264.

concerted practice are fluid and may overlap"[580]. Esta abordagem "fluida" resultava ainda da jurisprudência anterior, desde logo do acórdão *Asnef-Equifax*, a que já nos referimos, que considerou que "*(…) uma qualificação precisa da natureza da cooperação em causa no processo principal não é susceptível de alterar a análise jurídica que se impõe por força do artigo 81.ºCE*"]"[581].

No plano nacional, a vertente utilitarista do conceito foi reconhecida, desde logo, pelo extinto CC, que parecia utilizar a categoria de práticas concertadas para "***situações em que escasseiam os meios de prova da sua existência***"[582].

A nebulosidade do conceito de práticas concertadas, do ponto de vista jurídico-económico, tem propiciado a aplicação crescente deste conceito, no plano nacional e da UE, em que, percentualmente, a maioria das condutas são autónoma ou adicionalmente práticas concertadas[583].

Como realça BROKELMANN, o conceito de prática concertada evoluiu, ao longo dos anos, para se converter numa espécie de cláusula geral que inclui qualquer forma de comunicação entre empresas, facilitando o labor das autoridades de concorrência, ao abranger um conjunto alargado de condutas[584].

Nesse sentido, é também utilitarista, em nosso entender, a imprecisão em termos da linguagem utilizada pela CE, por exemplo, ao referir-se, nas *Orientações Horizontais*, tanto a "intercâmbios" como a "comunicações" com as expressões como "nomeadamente" e "normalmente".

Na verdade, o crescimento de infrações com base em intercâmbios ou, inclusivamente, em meras partilhas de informação tem como auxiliar indispensável uma ideia de concertação, a

---

[580] Caso AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, parágrafo 68.

[581] C-238/05 - *Asnef-Equifax, cit*. parágrafo 32.

[582] Como "*indícios suficientes"* de uma prática concertada, o CC apontava "*trocas de informação, reuniões e, naturalmente, paralelismo de comportamento das empresas num dado mercado*", apesar de chamar a atenção que "***o paralelismo de comportamento apenas é a expressão de uma prática concertada quando não possa deixar de depender do facto de cada uma das empresas nesse envolvidas ter previamente obtido das demais, indicação suficiente de que agirão num determinado sentido***", cfr. *Relatório de Atividades* de 1989 do Conselho da Concorrência, p. 20.

[583] PAIS ANTUNES, 1992, p. 11.

[584] BROKELMANN, 2009, p. 89.

qual se parece basear na mera existência de contactos, o que pode ter a vantagem, do ponto de vista utilitarista, de limitar comportamentos "perigosos", mas que pode não ser suficiente, como veremos, para preencher um tipo contraordenacional.

A ampliação do conceito de práticas concertadas, em que a desnecessidade de demonstrar um "plano comum" propicia a tentativa, essencialmente utilitarista, de capturar condutas como comunicações públicas, condutas envolvendo terceiros não concorrentes, condutas com intervenção de plataformas digitais e a monitorização do mercado através de algoritmos.

A utilização do Artigo 101.º do TFUE para sancionar condutas essencialmente unilaterais pode ser uma forma de obstar à dificuldade de sancionar abusos de posição dominante, quando não existe posição dominante. O mesmo se pode dizer da tentativa de transformar MNF e RPM em *hub and spoke* e vice-versa, no plano na CE e no plano nacional.

Acresce que a adoção do critério de práticas concertadas, de forma a capturar períodos temporais de infração alargados, em que não existe prova para todos os momentos do intervalo temporal relevante, como vimos suceder no caso *ICAP*, coexiste com a tentativa de extrair uma prática concertada de um único contacto, exemplo do caso *T-Mobile*.

Ademais, parece existir sempre mais uma presunção à espreita, em desfavor do visado, caso da proposta, felizmente não adotada pelo TJUE, do AG Wathelet no sentido da responsabilização do cliente pela concentração promovida por prestadores de serviços[585]. Esta ideia é, possivelmente, inspirada, não só no acórdão *Anic* mas também reflete, de alguma forma a responsabilização, no acórdão *Kone*, em que o TJUE considerou que os cartelistas podem ser responsabilizados pela conduta de não cartelistas com impacto negativo nos clientes destes[586].

[585] SANCHEZ-GRAELLS, 2016. Nesse sentido, e antecipando já uma ideia a que voltaremos infra, quanto à influência dos economistas nestas presunções, vide o "*Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*", de 13.03.2019, disponível em https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel (consultado em 11 de maio de 2019), conhecido como Furman Report, em que novas presunções são sugeridas em face dos desafios dos mercados digitais.

[586] C-557/12 - *Kone AG contra ÖBB-Infrastruktur AG*, de 05.062014, parágrafo 34. Segundo o TJUE, a "*vítima de um preço de proteção («umbrella pricing») pode obter dos membros de um cartel a reparação do dano sofrido, ainda que não tenha tido vínculos contratuais com eles, desde que se prove que esse cartel, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e, especialmente, com as especificidades do mercado em causa,* ***podia ter como consequência a aplicação de um preço de proteção por terceiros agindo de maneira autónoma e que essas circunstâncias e especificidades não podiam ser ignoradas pelos membros do dito cartel***"

Por fim, como vimos, a fusão do critério de práticas concertadas e de restrição da concorrência pode estar motivada pelo mesmo propósito, tendo em conta que será mais fácil demonstrar uma infração do Artigo 101.º do TFUE quanto o contacto entre operadores é entendido como a concentração, o comportamento e a restrição da concorrência.

A tentativa de adotar visões formalistas das condutas que podem constituir restrições por objetivo, bem como a construção do conceito de efeitos potenciais, pretenderá, igualmente, facilitar o preenchimento dos requisitos da proibição.

Veremos em que medida esta abordagem utilitarista é legítima de um ponto de vista de enquadramento jurídico.

3.2 A Descontextualização dos Princípios Jurisprudenciais

Pudemos também observar, nos capítulos anteriores, que a jurisprudência do TJUE é uma espécie de modelo "híbrido", em que as dificuldades em produzir enquadramentos normativos precisos, típicos dos sistemas jurídicos continentais, foram sendo resolvidas pelo ativismo judicial do TJUE.

Na verdade, a jurisprudência, fora dos sistemas legais de *common law*, não tem valor formalmente vinculativo, *i.e.*, apenas nos sistemas de *common law* vigora a doutrina *stare decisis*, que determina que a resolução judicial de uma determinada questão jurídica vincula a resolução da mesma questão em futuras apreciações judiciais[587].

Nos sistemas continentais, de matriz romano-germânica, à semelhança do que sucede no plano da UE, as decisões judiciais são vinculativas apenas para as partes no processo judicial, pelo que os tribunais são, em princípio, livres de se afastarem das interpretações jurídicas desenvolvidas em cada caso. Todavia, decorre de tudo o que dissemos, até este ponto, o inegável efeito paranormativo da jurisprudência dos tribunais da UE, tanto na construção do

[587] A doutrina do precedente surgiu após a conquista normanda de Inglaterra, em 1066, em que a necessidade de assegurar a consistência e previsibilidade das decisões, tendo em conta as diversas tradições legais regionais, levou a que se estabelecesse um sistema de obrigatoriedade na aplicação de precedentes judiciais anteriores em relação à mesma questão jurídica, de forma a que fosse possível implementar uma lei comum a todo o país, a "*common law*".

Direito da Concorrência da UE, quer no plano dos EM, refletindo as circunstâncias particulares da construção do ordenamento comunitário.

Por exemplo, é dos acórdãos *Suiker Unie* e *Woodpulp* que o acórdão *T-Mobile* retira, através de uma citação expressa, o conceito de prática concertada, sendo que as aceções deste mesmo acórdão surgem citadas, *v.g.*, nas já citadas *Orientações Horizontais*, nas orientações quanto ao conceito de restrições por objeto para efeitos de determinação dos acordos que podem beneficiar da Comunicação *de minimis*, na decisão de compromissos relativa ao transporte marítimo de mercadorias, no acórdão *Dole* e na generalidade das decisões administrativas e judiciais no plano nacional.

Também no plano nacional, é nestes acórdãos da UE que o acórdão do TRL, no alegado cartel dos *Serviços de Limpeza*, e as decisões espanholas relativas aos produtos de cabeleireiro profissionais assentam o seu raciocínio e é com referência ao acórdão *John Deere* que o TCRS português finalmente clarifica, veremos se acertadamente, a ideia de efeitos potencialmente restritivos da concorrência.

Nestes casos, conforme assinala JACOB, o TJUE e, consequentemente, as demais autoridades e tribunais, ainda que no plano dos EMs aplicam uma versão muito própria da jurisprudencialização da aplicação do direito, que se basta com referências sucessivas à jurisprudência anterior, em lugar de enveredar por uma apreciação mais substantiva da mesma ou da factualidade do caso em apreço[588].

Na verdade, o TJUE e a generalidade das entidades de aplicação que nele se inspiram adotam uma espécie de abordagem "corta e cola", em que são transcritas largas passagens de acórdãos anteriores, sem qualquer menção ao contexto factual específico em que foram proferidas, abordagem esta que se tem aplicado, plenamente, ao conceito de práticas concertadas.

A título meramente exemplificativo, no acórdão *T-Mobile*, por exemplo, entre os parágrafos 32 e 35, são citados os acórdãos *Suiker Unie*, *Züchner*, *Woodpulp*, *John Deere* e *Thyssen Stahl*, sendo que, entre cartéis expressos, meros paralelismos de comportamento e pedidos de autorização para um sistema de intercâmbios de informação, nenhum dos substratos fácticos

[588] JACOB, 2014; 151.

destes casos é verdadeiramente comparável entre si nem com o substrato fáctico fragmentado e largamente desconhecido do acórdão *T-Mobile*.

Mais recentemente, no acórdão *E-turas*, já analisado, com um substrato fáctico algo sofisticado, relativo à análise de transmissão de informação no plano do comércio eletrónico, dos 25 parágrafos de análise jurídica, nove remetem para jurisprudência anterior, incluindo, novamente, de um ponto de vista mais substantivo, o acórdão *T-Mobile*, bem como os acórdãos, *Treuhand*, *Dole* e *Total*[589].

Ademais, a avaliação do TJUE, decorre, em geral, de forma bastante desligada dos factos do caso em apreço, de tal forma que, frequentemente, é muito difícil perceber de que forma é que as *nuances* fácticas específicas de cada caso influenciam o resultado final, uma vez que o critério, ou critérios, é apresentado de forma repetitiva em relação a decisões anteriores. Como realça LASSER, nas decisões do TJUE, "*facts are brusquely treated*" [590].

Esta abordagem contrasta, abruptamente, com a cuidadosa ponderação dos factos e da adequação destes à jurisprudência nos tribunais da *common law* e decorre, em alguma medida, de mecanismos próprios, de natureza algo abstrata, como o reenvio prejudicial, sendo este, em nosso entender, um dos aspetos que mais concorre para a dificuldade em extrair, em muitas ocasiões, uma orientação clara da jurisprudência da UE, como vimos, por exemplo, no caso do acórdão *VM Remonts*, em que vários autores fazem leituras mais ou menos otimistas da mesma jurisprudência[591]. Também na doutrina nacional, PATEIRA FERREIRA reconhece que muitas das dificuldades resultam de uma jurisprudência que não pode ser considerada unívoca e linear, em especial pela ambiguidade dos termos a que o TJUE recorre, nesta sede[592].

Concorre, também, para a referida dificuldade, o facto de os tribunais da UE utilizarem as referências à jurisprudência anterior para propósitos vários, seja para descrever o direito, para interpretar uma determinada disposição ou, muito frequentemente, para justificar, *a posteriori*, uma interpretação a que o tribunal já chegou com base num raciocínio substantivo[593].

---

[589] C-74/14 - *Eturas" UAB, cit.*, parágrafos 26 e ss.

[590] LASSER, 2004; 105.

[591] *Vide* ponto 1.1.3, *supra*.

[592] PATEIRA FERREIRA, 2018: 323.

[593] JACOB, 2014; 250.

Por fim, importa considerar que a complexidade interpretativa é aprofundada pela circunstância de os tribunais da UE nunca admitirem quaisquer hesitações ou inconsistências na sua jurisprudência, não obstante utilizarem diferentes técnicas para modificar ou revogar acórdãos anteriores[594].

A modificação da jurisprudência, de forma lenta e incremental, sem disrupções ou reconhecimento de uma mudança de política, torna particularmente difícil distinguir os critérios jurisprudenciais com eficácia normativa que se encontram vigentes ou que deixaram já de estar em vigor, permitindo interpretações utilitaristas, bem como decisões aparentemente contraditórias com o mesmo fundamento.

Foi esta pseudo-continuidade da jurisprudência que dificultou, de sobremaneira, como resulta da análise da prática decisória, no Capítulo 1, *supra*, a delimitação dos elementos constitutivos das práticas concertadas, que progrediram para uma deterioração da apreciação dos requisitos, não obstante os acórdãos *E-Turas* e *ICAP* parecerem apresentar um nível de exigência distinto, apesar de não ser certo de que forma esta exigência acrescida pode ser separada das especificidades fácticas de ambos os casos. É também a pretensa coerência jurisprudencial que torna particularmente complexa, como vimos, a distinção jurisprudencial entre prática concertada e restrição da concorrência.

Na verdade, e para usar as palavras de TRIDIMAS, sob uma máscara de aparente coerência, a jurisprudência da UE relativa ao conceito de práticas concertadas, que acaba por bitolar a jurisprudência nacional, é uma espécie de "*jurisprudência da dúvida*"[595].

Deste modo, é determinante separar o "trigo do joio" no que à jurisprudência diz respeito e assumir, de forma clara a jurisprudência que deve ser excluída, por não ter suficiente alicerce normativo. Veremos com que critério.

[594] Nesse sentido, IBÁÑEZ COLOMO & LAMADRID DE PABLO, 2017: 18.

[595] TRIDIMAS, 2012.

3.3 As Distorções Introduzidas pelo Regime de Clemência e pelas Formas de Cessação Convencional das Investigações de Práticas Restritivas

Resulta dos capítulos anteriores que a generalidade dos casos de práticas concertadas, no plano da UE e dos EM, tem envolvido a aplicação do regime de clemência, que foi um verdadeiro "*game changer*" na investigação e sanção de "cartéis secretos".

Os regimes de clemência têm, em princípio, um efeito disruptivo que se expressa em duas vertentes fundamentais. Por um lado, incentivam a descoberta de cartéis com base em "confissões" dos seus membros que impliquem terceiros e, por outro, desincentivam a formação de cartéis, em especial se a clemência não for aplicável aos *ringleaders*, como sucede na generalidade dos regimes da UE[596].

Conforme referido, no plano da CE, o regime de clemência está atualmente previsto num instrumento de *soft law*, a *Comunicação relativa ao Regime de Clemência da CE*, que permite às empresas obterem imunidade ou redução da coima se apresentarem prova da existência de um "cartel secreto"[597].

Deste modo, a referida comunicação procura delimitar o âmbito de aplicação objetiva deste regime, sendo que, apesar de não se debruçar especificamente sobre a delimitação do caráter secreto da conduta, ensaia uma definição de cartel como correspondendo a "*acordos* ***e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes*** *que* ***têm por objectivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência*** *através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transacção, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou acções anticoncorrenciais contra outros concorrentes*".

O realce colocado no facto de o comportamento anticoncorrencial ter lugar entre dois ou mais concorrentes, o que remete para entendimentos horizontais e as dificuldades de deteção,

[596] Alguns autores, de forma muito interessante, exploram a possibilidade inversa, *i.e.*, de os regimes de clemência terem um efeito estabilizador da colusão e até propiciador da reincidência. Nesse sentido, *vide* CLEMENS & RAU, 2014.

[597] Parágrafo 1.

expressas na utilização do qualificativo "secreto", indicam que, no âmbito deste regime, a CE pretende apenas capturar cartéis horizontais secretos.

Em Portugal, o regime de clemência consta, atualmente, de um documento normativo global, a Lei da Concorrência, mais concretamente do capítulo VIII (Artigos 75.º a 82.º) desta lei. A Lei da Concorrência também limita, numa formulação próxima daquela que vigora no plano da CE, embora sem utilizar a designação "cartel secreto", as condutas que podem ser abrangidas pelo regime de clemência português aplicáveis a acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes, proibidas pelo seu Artigo 9.º e, se aplicável, pelo Artigo 101.º do TFUE "*que **visem coordenar** os seus comportamentos concorrenciais no mercado ou **influenciar variáveis concorrenciais relevantes** (…)*"[598].

Em 2014, o conceito de cartel foi introduzido num documento de *hard law* da UE, a *Diretiva de Danos,* como "*um acordo ou **prática concertada** entre dois ou mais concorrentes com **o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência**, através de práticas tais como, **entre outras**, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes*".

O documento de transposição da *Diretiva de Danos* para o ordenamento nacional, a Lei de Transposição, define também cartel como o acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, incluindo também um conjunto de condutas suscetíveis de se incluírem neste enquadramento[599].

---

[598] "*(…) **nomeadamente** através de fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, atribuição de quotas de produção ou de venda, repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restrição de importações ou exportações ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes*".

[599] "*(…) **nomeadamente**, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou*

Deste modo, tanto a *soft law* como a *hard law* relativos à clemência e à definição de cartel permitem que se apresentem pedidos de clemência respeitantes às condutas, de entre as quais práticas concertadas, com objetivos anticoncorrenciais e materialmente incluídas nas delimitações referidas, pese embora a omissão, no plano nacional, da referência a "secreto" e a utilização, como é típico, de elencos abertos, em que as condutas em causa são acompanhadas de "nomeadamente" e "entre outros".

Ademais, o regime de clemência parece pretender alargar ainda mais o seu âmbito de aplicação material, tendo em conta que o Modelo de Clemência da ECN, revisto em 2012, passou a afirmar que "*It is not excluded (…) that a cartel* ***which includes vertical*** *elements may be covered by the leniency programme*"[600].

Nos vários EM o escopo de aplicação do regime de clemência varia de forma relevante, numa perspetiva formal ou informal. Importa considerar, neste particular, que não existe, no plano da UE, uma regra de *one-stop-shop* para pedidos de clemência, sendo que a Diretiva ECN+ continua a não prever a consagração deste princípio, tendo as empresas com atividade transnacional de conjugar várias solicitações nesse sentido perante diversas autoridades nacionais, com perspetivas distintas relativamente às mesmas condutas[601].

Por exemplo, as *Lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence*, as orientações relativas à clemência da autoridade belga, referem que este regime só se aplica a cartéis, excluindo condutas que não se incluam neste conceito. Não obstante, a definição de cartel inclui acordos ou práticas concertadas entre concorrentes em que empresas não concorrentes poderiam participar, caso dos cartéis *hub and spoke* a que já nos referimos[602].

---

exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes, tal como proibido pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, se aplicável, pelo artigo 101.º do TFUE".

[600] *ECN Model Leniency Programme*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf (consultado em 13 de maio de 2019).

[601] Para mais desenvolvimentos quanto a este ponto, *vide* https://www.debrauw.com/newsletter/ecn-directive-misses-the-boat-on-compliance-and-one-stop-shop-leniency-programmes/ (consultado em 11 de maio de 2019).

[602] *Autorité Belge de la Concurrence, Lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence*, de 01.03.2016, disponível em http://www.abcbma.be/sites/default/files/content/download/files/20160301_lignes_directrices_clemence.pdf (consultado em 11 de maio de 2011)

No mesmo sentido, em 2016, a Hungria atualizou as suas orientações relativas à aplicação do regime de clemência, clarificando que, em condutas que incluam elementos verticais, os solicitantes têm de apresentar prova de infrações de natureza horizontal concomitantes, para serem elegíveis para a aplicação deste mecanismo[603].

Por seu turno, na Alemanha, os programas de clemência não cobrem, formalmente, condutas verticais. Contudo, como vimos *supra*, em determinados casos, as autoridades alemãs aplicaram o regime de clemência a condutas que correspondiam, essencialmente, a práticas de RPM, invocando a sua margem de discricionariedade para chegar a essa conclusão, numa abordagem que também podemos, em nosso entender, encarar como utilitarista[604].

Alguns EM, como a Estónia e a Polónia, adotaram uma abordagem mais ampla, permitindo a atribuição de clemência a condutas meramente verticais. Por exemplo, a autoridade de concorrência polaca concedeu isenção e redução de coimas a empresas envolvidas em condutas de RPM[605]. No Reino Unido, o programa de clemência é aplicável a condutas de natureza vertical com impacto nos preços[606].

Deste modo, existe, presentemente, alguma incerteza quanto às condutas suscetíveis de desencadearem a aplicação do regime de clemência, o que cria uma camada extra de complexidade no processo decisório em torno, por um lado, do pedido de isenção ou de redução da coima, por parte das empresas, e, por outro, no que concerne a decisão de concessão de clemência por parte das entidades de concorrência[607].

Neste contexto, o objetivo de obter imunidade em virtude da aplicação do regime de clemência pode levar a que os operadores económicos se precipitem na construção de condutas como práticas concertadas de natureza horizontal restritivas da concorrência, em particular quando

---

[603] Comunicação n.º 2/2016 do Conselho de Concorrência da Hungria, de 07.06. 2016, disponível em http://www.gvh.hu/en//data/cms1034640/szakmai_felhasznaloknak_kozlemenyek_2_2016_a.pdf (consultado em 11 de maio de 2011)

[604] *Press Release* de 14 de dezembro de 2016 "*Fines imposed on account of vertical price fixing in the sale of beer"*, disponível em http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B10-20-15.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (consultado em 11 de maio de 2011)

[605] Decisões de 30 de agosto de 2012 (IMS Sofa) e de 23 de dezembro de 2016 (Intersport), tal como descritas em FELISZEWSKI, 2012 e TURNO & BOJAROJĆ, 2016.

[606] Office of Fair Trading, Applications for leniency and no-action in cartel cases de 2013, para. 2.3.

[607] AMADOR SANCHEZ & KENDRIKS, 2015: 71.

estão em causa meros intercâmbios de informação, anúncios de preços ou potenciais casos de infrações *hub and spoke*.

Um exemplo claro de precipitação, neste particular, foi, em Portugal, o pedido de clemência apresentado por um operador no setor do reboque marítimo quanto a alegadas práticas anticoncorrenciais com vista à repartição do mercado nacional da prestação de serviços de rebocagem marítima, entre 2012 e 2015, que acabou por ser arquivado, após as empresas denunciadas e os seus colaboradores terem sido alvo de várias diligências de busca e apreensão, o que levou ao entendimento de que não se logrou "*provar qualquer acordo de vontades, ou concertação entre as empresas visadas que tivesse por objeto ou como efeito a distorção ou falseamento dos mercados em que operam*"[608].

A predominância da aplicação deste regime decorre das estatísticas disponíveis, pelo menos até 2015, que apontam no sentido de que cerca de dois terços dos casos de cartel sancionados pela CE envolveram a aplicação do mesmo[609].

Ademais, parece ter-se implementado uma espécie de clemência *avant la letre* para restrições que não cartéis secretos, em que, em casos como o das alegadas restrições verticais em sede de comércio *online*, por parte de produtores de produtos eletrónicos, a cooperação com a CE garantiu à *Asus*, à *Denon & Marantz*, à *Philips* e à *Pioneer*, os fornecedores sancionados no plano do Artigo 101.º do TFUE, individualmente, reduções entre 40 a 50%[610].

Em Portugal, por exemplo, uma das duas decisões sancionatórias por condutas horizontais emitidas pela AdC, em 2018, resultaram de pedidos de clemência[611]. Em 2016, os casos desta natureza, decididos pela AdC, tiveram também o contributo de solicitantes de clemência[612].

---

608 PRC/2015/10, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/Decis%C3%A3oFinalArquivamento_PRC_2015_10.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

609 WILS, 2016: 327.

610 Casos AT. 40465 (Asus), AT. 40469 (Denon & Marantz), AT. 40181 (Philips), AT. 40182 (Pioneer). Nota de imprensa disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (consultado em 11 de maio de 2019)

611 Comunicado 22/2018 - AdC condena seguradoras a coimas de 12 milhões por cartel, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201822.aspx?lst=1&Cat=2018 (consultado em 11 de maio de 2019).

612 Comunicado 24/2016 - Autoridade da Concorrência desmantela cartel de envelopes, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201624.aspx?lst=1

Para além das questões relativas ao regime de clemência, a que já fizemos referência, introdução dos regimes de transação e de outras formas de conclusão negocial de investigações de práticas restritivas da concorrência prejudicou também, em nosso entender, a dogmática da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.

O Regulamento n.º 622/2008, de 30 de junho de 2008, instituiu o procedimento de transação para processos de cartel, de forma a incrementar as eficiências procedimentais, oferecendo uma redução da coima em troca de um reconhecimento da infração. Este mecanismo teve um impacto visível na redução do número de recursos, tendo sido aplicado, por exemplo, no cartel dos fornecedores de equipamento de segurança para automóveis, cuja decisão final sancionatória foi emitida já em 2019[613].

Além disso, existia já, no Artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003, um mecanismo de arquivamento de investigações de práticas restritivas mediante a adoção de compromissos, um mecanismo que foi utilizado em diversas ocasiões, incluindo no caso dos anúncios de preços no setor do transporte marítimo, a que já fizemos referência, bem como no recente caso relativo ao licenciamento de conteúdo cinematográfico por grandes estúdios norte-americanos para exibição em plataformas de televisão por subscrição[614]. Neste caso, não há qualquer reconhecimento da infração, mas somente a adoção de medidas no sentido de solucionar as objeções suscitadas pela CE.

Também no plano nacional, o regime de transação está incluído nos Artigos 22.º e 27.º da Lei da Concorrência, aparentemente abrangendo outras infrações de concorrência que não cartéis, tendo sido aplicado, por exemplo, no alegado cartel das seguradoras, cujas decisões sancionatórias começaram a ser emitidas, em separado, no final de 2018[615]. O arquivamento

&Cat=2016 (consultado em 11 de maio de 2019)e Comunicado 12/2016 - Autoridade da Concorrência condena empresa por práticas anticoncorrenciais no setor de consumíveis para escritório, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201612.aspx?lst=1&Cat=2016 (consultado em 11 de maio de 2019)

[613] AT.40481 – Cartel dos Produtores de Equipamentos de Segurança para Automóveis. Nota de imprensa disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1512_en.htm (consultado em 11 de maio de 2019). Para mais desenvolvimentos, *vide* HELLWIG, HÜSCHELRATH & LAITENBERGER, 2016: 9 e ss.

[614] AT.40023 - Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. e Sky. Nota de imprensa disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1590_en.htm (consultado em 11 de maio de 2019)

[615] Comunicado 22/2018 - AdC condena seguradoras a coimas de 12 milhões por cartel, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201822.aspx?lst=1&Cat=2018 (consultado em 11 de maio de 2019).

com compromissos está igualmente previsto na Lei da Concorrência, em concreto nos Artigos 23.º e 28.º, tendo sido aplicado em situações de alegadas restrições verticais, por exemplo no setor alimentar, bem como em intercâmbios de informação no âmbito de associações de empresas[616].

Estes mecanismos, vantajosos do ponto de vista da celeridade processual e da redução da litigiosidade, não permitem uma verdadeira conceptualização das infrações em causa, por um lado, porque as empresas podem sentir-se tentadas a reconhecer infrações para poupar custos de defesa e para obter reduções de coimas e, por outro, porque no caso do arquivamento com condições não chega sequer a ser empreendida uma verdadeira qualificação da infração.

Por fim, importa realçar que estes mecanismos geram situações de aparente desigualdade entre condutas aproximadas, ainda que tenham por base decisões por parte das mesmas autoridades. Desde logo, a CE, no caso Nike, em que foi decidido já em 2019, aplicou uma coima de 12,5 milhões de euros, essencialmente, por restrições territoriais ao licenciamento de *merchandising*, tendo sido aplicada uma redução de 40%, por "cooperação"[617]. Umas semanas antes, havia sido encerrada, com compromissos, a investigação visando a *Disney*, *NBCUniversal*, *Sony Pictures*, *Warner Bros* e a *Sky*, que se prendia também com limitações territoriais no plano dos licenciamentos, mas desta vez de conteúdos audiovisuais[618].

Deste modo, a intensificação da aplicação do Direito da Concorrência nos últimos anos não significou, em nosso entender, um reforço da solidez dogmática dos requisitos de aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, em particular no que concerne as práticas concertadas restritivas da concorrência, podendo ter, antes pelo contrário, originado uma limitação desta análise por parte das autoridades de concorrência e, especialmente, por parte dos tribunais, que não são chamados a apreciar uma grande parcela destes casos.

---

[616] *Vide*, por exemplo, PRC/2014/03 - *Dia Portugal Supermercados* – Sociedade Unipessoal, Lda.; PRC/2015/09 - *Associação de Instituições de Crédito Especializado* (ASFAC) e PRC/2015/08 - *Associação Portuguesa de Leasing, Factoring e Renting* (ALF).

[617] Comunicado da CE de 25.03.2019, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1828_en.htm (consultado em 11 de maio de 2019).

[618] Comunicação da CE de 05.03,2019, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1590_en.htm (consultado em 11 de maio de 2019)

3.4 Princípios Económicos Gerais vs. Princípios Aplicáveis ao Direito Sancionatório Público

Da Parte I do nosso trabalho resulta que tanto o Artigo 101.º do TFUE como o Artigo 9.º da Lei da Concorrência são tipos normativos de natureza sancionatória, sujeitos, como vimos, na essência, aos princípios do direito sancionatório público, aproximando-se, inclusivamente, em termos principológicos, dos sistemas anglo-saxónicos, que incluem previsões declaradamente de direito penal, conjugadas com disposições de Direito Civil no que concerne ao designado *private enforcement*.

Além do mais, a análise da jurisprudência aplicável ao conceito de práticas concertadas, tal como decorre do Capítulo 1, *supra*, resulta numa mescla de aspetos económicos e jurídicos, como é visível nas tentativas, não raramente temerárias, de alargar as fronteiras do conceito, em particular no que concerne a partilha de informação no mercado.

Neste sentido, relembramos o que já referimos na Parte I, na esteira de FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, que a sanção pecuniária em caso de infração do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, prevista, respetivamente, no Regulamento n.º 1/2003 e na Lei da Concorrência, cujo limite máximo corresponde a 10% do volume de negócios das empresas participantes na infração, pode resultar em montantes superiores à pena de multa máxima abstratamente aplicável a pessoas coletivas pelo cometimento de crimes, que não ultrapassará os 30 milhões de euros[619].

Relembramos ainda, à semelhança de FLÁVIA LOUREIRO, que a intensificação dos poderes investigatórios da CE e da AdC, a quem assiste a possibilidade de fazer buscas, incluindo domiciliárias, de exigir a entrega de documentos, de inquirir intervenientes ou testemunhas e de selar instalações, assume uma dimensão própria do instrumentário penal[620]. A possibilidade prevista na Diretiva ECN + no sentido de permitir a utilização de gravações ocultas como meio de prova agudiza ainda mais este cenário, por comparação com o direito penal[621].

[619] FIGUEIREDO DIAS & BRANDÃO, 2014, pp. 452-453.

[620] *Vide* ponto 4.4., Parte I, *supra*.

[621] *Idem.*

Também a introdução dos programas de clemência na UE e nos EM, explicitamente importados do direito norte-americano, nos transporta para a realidade para-criminal, uma vez que a negação da aplicação da justiça só poderá existir para a tutela de um bem maior, difícil de discernir quando nos movemos no campo do mero direito sancionatório de cariz administrativo[622].

Importa considerar, todavia, que o desenvolvimento da aplicação efetiva do Direito da Concorrência e, em particular, da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência foi acompanhado pela paulatina alteração do epicentro do Direito da Concorrência do enquadramento jurídico, de natureza mais formal, para o substrato económico.

Na verdade, tal como resulta da Parte I do nosso trabalho, a procura de uma abordagem mais económica em todas as áreas do Direito da Concorrência foi a força motriz da sua evolução nos últimos anos, no cenário pós-modernização. As teorias do dano são, em grande medida, desenvolvidas por economistas e meramente "sancionadas" pelos juristas parte das equipas das autoridades de concorrência e são aqueles que estão na base da elaboração das orientações da CE e das autoridades nacionais, as quais são, muitas vezes, difíceis de enquadrar do ponto de vista jurídico[623].

Com efeito, como referem BLANCO e LAMADRID, sob a capa de evitar o formalismo excessivo na formulação e aplicação dos princípios legais, os economistas "*conquistaram o direito da concorrência*"[624]. O fenómeno visível do protagonismo dos economistas na aplicação do Direito da Concorrência parece assentar na ideia de que o direito é pouco científico e fiável, em termos da adequação dos resultados, conjugada com o entendimento ilusório de que abordagem económica é mais objetiva e mais próxima da certeza científica, desconsiderando-se a circunstância de ambas serem enquadráveis na categoria de social.

Também neste sentido, AREEDA, KAPLOW & EDLIN observaram que, apesar de a teoria económica ser indispensável na aplicação do Direito da Concorrência, os resultados económicos de uma conduta ou de uma estrutura de mercado sob análise são, frequentemente, incertos. Neste contexto, não parece que o Direito da Concorrência e a proibição de acordos e

[622] GUZMÁN DALBORA, 2011, pp. 209-235 e FIGUEIREDO DIAS & LOUREIRO, 2013, p. 709.

[623] Referência, uma vez mais, ao *Furman Report*.

[624] BLANCO & LAMADRID, 2011, p. 35.

práticas concertadas restritivas da concorrência, em particular a categoria de práticas concertadas, se devam continuar a aplicar, por um lado, quando os factos económicos são obscuros, na melhor das hipóteses, e quando o entendimento económico pode ser controverso ou indefinido e, por outro, ainda que existam perturbações de eficiência, do ponto de vista económico, os Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência podem, do ponto de vista jurídico, não ser a ferramenta adequada, tendo em conta a sua natureza de tipo sancionatório[625].

O grande contributo que os economistas podem dar no âmbito do Direito da Concorrência corresponde a auxiliar na formulação de normas jurídicas que têm de ser economicamente justificadas, sem perder de vista que estas têm de ser, simultaneamente, administráveis e enquadráveis no sistema jurídico em que se inserem.

Nesse sentido, a aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, enquanto disposição contraordenacional, terá de se enquadrar na dogmática do Direito Sancionatório, enformada, em grande medida, pelos princípios aplicáveis ao Direito Penal. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, "*por maiores e mais relevantes que sejam as especificidades do direito da concorrência, **não podem ser levadas ao ponto de subverter ou comprometer o cerne dos princípios e das estruturas típicas nucleares do direito sancionatório** que é legalmente chamado a assegurar a sua tutela, no caso português, o direio de mera ordenação social*"[626].

Vejamos, pois, em maior detalhe, os princípios jurídicos e económicos em confronto na delimitação dos requisitos necessários para que se verifique uma prática concertada, para efeitos de Direito da Concorrência.

3.4.1 Teoria dos Jogos e Práticas Concertadas

Em face da linha jurisprudencial que traçámos *supra*, é bom de ver que o conceito de práticas concertadas faz, muitas vezes, fronteira com os conceitos de colusão tácita, comportamento paralelo e até colusão explícita.

[625] AREEDA, KAPLOW & EDLIN, 2004, p. 105.

[626] FIGUEIREDO DIAS & BRANDÃO, 2014, p. 450.

Na verdade, como vimos, começando por esta última hipótese, alguns casos definidos como sendo de práticas concertadas correspondiam, também, a situações de colusão explícita que eram mantidas através de uma série de acordos que, tendo em conta as limitações da época, eram apenas suscetíveis de prova indireta, desde logo o caso *Dyestuffs*, e que desencadearam o recurso ao conceito de práticas concertadas, em que a demonstração da existência de um plano comum era desnecessária.

Pudemos constatar, *supra*, que o TJUE afirmou que as condutas meramente paralelas por parte das empresas no mercado não correspondem, necessariamente, a práticas concertadas, não obstante a tentativa de chegar a uma conclusão deste tipo, empreendida pela CE, no caso *Woodpulp*. A importância de separar respostas inteligentes, por parte dos operadores económicos à evolução do mercado, de práticas concertadas surge, por exemplo, de forma clara, no acordão *Zuchner contra Bayerische Vereinsbank*[627].

Não obstante, apesar de a conduta paralela, ainda que consciente, não ser ilegal em si mesma, o TJUE e os tribunais nacionais têm delimitado o conceito de práticas concertadas de forma ampla, recaindo, muitas vezes, na área cinzenta da colusão tácita, sem estabelecer fronteiras reconhecíveis entre condutas lícitas ou ilícitas[628]. No acórdão *Argos*, proferido, como vimos, no Reino Unido, o tribunal considerou que as práticas concertadas podem ter lugar de muitas formas distintas, recusando-se, inclusivamente, a limitar ou a tipificar o que pode constituir uma prática concertada, à semelhança do que sucede, igualmente, na jurisprudência do TJUE, como vimos *supra*[629].

Para esta falta de determinação do conceito de práticas concertadas contribui a repetição de uma ideia, que tem, como não podia deixar de ser, uma base económica, quanto à diminuição da incerteza e ao aumento da transparência do mercado que, naturalmente, são propiciadas pelo intercâmbio e pela mera disponibilização de informação. Este acréscimo de transparência é também invocado em muitas ocasiões, como vimos, pelas autoridades de concorrência e pelos tribunais para fundamentar a restritividade da conduta.

---

[627] C-172/80 - *Zuchner*, *cit.*, parágrafo 178.

[628] Neste cenário as empresas reconhecem a sua interdependência com respeito às decisões de preços e produção e estabelecem os preços unilateralmente o acima do nível concorrencial.

[629] *Argos distributors Ltd v. Office of Fair Trading*, parágrafo 22.

Em primeiro lugar, importa considerar que a generalidade das decisões relativas a práticas concertadas, paralelismo de comportamentos e contactos diretos ou indiretos entre concorrentes ocorre num contexto de equilíbrio num oligopólio e recorre aos conceitos da teoria dos jogos[630].

Do ponto de vista da análise económica, a colusão tácita pode atingir-se, em mercados oligopolistas, com base em simples comportamentos paralelos, de forma meramente unilateral, ou através de intercâmbios de informação entre operadores. Não obstante, em todos s os casos, o resultado poder prejudicar os consumidores, dificilmente os dois primeiros casos (comportamentos paralelos e condutas unilaterais), de um ponto de vista de aplicação dos princípios jurídicos, podem ser considerados como uma prática concertada ilegal[631].

Com efeito, no âmbito de uma estrutura de mercado oligopolista, de acordo com a literatura económica, o equilíbrio de *Cournot-Nash* parte do pressuposto da existência de operadores com igual eficiência, em que a concorrência é baseada no nível de produção, em lugar do preço[632]. Este modelo demonstra que, após uma série de ações e reações para alterar o *input* e a estratégia de mercado, atingir-se-á um limiar de equilíbrio, não cooperativo, em que as empresas não desejam, de forma unilateral, mudar o seu comportamento no mercado[633].

Também no contexto de uma estrutura oligopolista, o modelo de *Bertrand* assume, essencialmente, as mesmas circunstâncias do equilíbrio *Cournot-Nash*, contudo, neste caso, a concorrência é baseada no preço e não no *output*. Nesta teoria, o equilíbrio em termos de preços estabelece-se, também, após uma série de ações e reações, tendo em conta que, se uma empresa incrementar os seus preços, perderá os clientes para os concorrentes, e, se os baixar, prejudicará o nível de lucro no mercado[634].

Neste contexto, os concorrentes podem igualmente criar uma situação de colusão tácita, sem que exista qualquer acordo ou comunicação, porquanto é possível criar uma atmosfera de

[630] A teoria dos jogos foi inicialmente criada em 1944 por Von Neumann e Morgenstern na obra *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 1944. Contudo, este trabalho não recebeu particular interesse até 1970. Desde então, a teoria tem evoluído e atualmente é considerada o modelo fundamental para o estudo de oligopólios. *Vide* CONNOR, 2007: 19-20.

[631] KÜHN, 2001: 183 e POTTERS & SUETENS, 2013: 439–460.

[632] Para mais desenvolvimentos, *vide* SHAPIRO, 1989: 329-414.

[633] KREPS, 1990: 326

[634] PINDYCK & RUBINFELD, 2001: 438

certeza mútua no sentido de que, quando uma parte incrementa os preços, o concorrente seguirá essa tendência. Os concorrentes adaptam, simplesmente, de forma unilateral, o seu comportamento à atuação dos outros concorrentes, permitindo incrementos do excedente da oferta[635].

Deste modo, de um ponto de vista económico, no plano de um oligopólio, a colusão tácita não tem de partir, necessariamente, de um entendimento, nem exige, inevitavelmente, um certo patamar de confiança no sentido de assegurar que os outros operadores não se desviam do comportamento, tendo em conta que a primeira estratégia corresponde a uma situação em que uma empresa seguirá a conduta de outra, de cada vez que esta reduz os preços, o que não beneficiará qualquer dos concorrentes, e a segunda, a situação designada '*tit for tat'*, em que as empresas se seguem quando, de forma lenta, mas continuada, aumentam os preços[636].

Contudo, a colusão tácita nem sempre é uma opção efetiva no âmbito de oligopólios, com base na abordagem '*tit for tat'*, se, como refere PETIT, não existirem condições de transparência que permitam a monitorização da punição do desvio comportamental[637].

Apesar de a transparência ser o principal impulso, outros fatores podem também facilitar a colusão tácita, como a frequência da interação entre empresas, a homogeneidade do mercado e do produto e a concentração no mercado, os quais estão, de forma mais ou menos explícita, consagrados nas debatidas *Orientações Horizontais*, a que já fizemos referência detida.

Por outro lado, como realçam WISH e BAILEY, a cooperação nos oligopólios também pode ser dificilmente sustentável, enfrentando, muitas vezes, condições heterogéneas no mercado, no que respeita a custos de produção, lealdade à marca e a atuação dos pequenos operadores, que podem oferecer limitações à concorrência, sendo que uma colusão bem-sucedida atrairá novos operadores ao mercado, a menos que existam barreiras significativas à entrada[638].

Uma vez mais, a análise das condições de mercado, incluindo a natureza dos operadores e as condições de acesso ao mercado, parece remeter para a delimitação da restritividade e não para

[635] POTTERS & SUETENS, 2013: 439–460

[636] CHAMBERLIN, 1929: 63 – 100.

[637] PETIT, 2012: 2.

[638] WHISH, & BAILEY, 2015: 598.

os requisitos do estabelecimento da existência de práticas concertadas. Em todo o caso, em nosso entender, a delimitação do conceito de práticas concertadas também se fará através do afastamento dos critérios que não pertencem a esta esfera, pelo que cabe também, na reflexão empreendida neste trabalho, como anunciámos supra, "colocar cada coisa no seu devido lugar".

3.4.2 O Impacto do Acréscimo de Transparência / Redução de Incerteza no Mercado

Esta ideia leva-nos ao segundo ponto relevante neste contexto. Na verdade, como realçado por KÜHN, os efeitos do acréscimo de transparência, mercê da partilha de informação no mercado, são ambivalentes, o que dificulta a distinção entre partilhas de informação com impacto positivo e partilhas de informação com impacto prejudicial[639].

Na verdade, por um lado, não faz sentido proibir acréscimos de transparência no mercado que sejam positivos ou neutros (o que resultaria numa sobreaplicação do Direito da Concorrência), embora, por outro, se as empresas fossem totalmente livres para proceder a partilhas de informação, as trocas de informação anticoncorrenciais poderiam passar impunes (subaplicação doe Direito da Concorrência), motivo pelo qual a análise económica se tornou uma ferramenta extremamente útil para identificar as principais preocupações resultantes de atividades de partilha de informação e, consequentemente, identificar os tipos de partilha que devem ser analisados com mais cautela.

O modelo microeconómico neoclássico, subjacente ao Direito da Concorrência, que caracterizámos globalmente na Parte I do nosso trabalho, concretizado no critério do bem-estar do consumidor, pressupõe e valoriza o acesso a informação completa por parte dos agentes económicos em relação aos produtos e serviços em causa, bem como relativamente aos parceiros comerciais.

Com efeito, a fluidez, enquanto requisito do modelo de mercado de concorrência perfeita, inclui um pressuposto de acesso à informação que permita a otimização das decisões económicas, sendo as assimetrias informativas entre operadores económicos uma das situações geradoras de

[639] KÜHN, 2001 183.

falhas de mercado (que acresce às externalidades e à utilização abusiva do poder de mercado)[640].

Do ponto de vista da procura, o acesso a informação relativa aos operadores do lado da oferta, aos preços e à qualidade dos bens e dos serviços, diminui os custos de transação, em particular da perspetiva dos *search costs*, e que têm um impacto negativo no excedente do consumidor e cuja importância foi realçada pelo trabalho de STIGLER[641].

As dificuldades da procura em encontrar alternativas no plano da oferta contribuem também, como realça KLEMPERER, para o incremento dos custos de mudança de fornecedor, os designados *switching costs*, permitindo às empresas manter preços mais elevados e limitar o investimento na qualidade da oferta[642].

Ademais, o conhecimento antecipado dos desenvolvimentos da oferta, em particular no que concerne os preços futuros, possibilita à procura planear as suas aquisições, motivo pelo qual em determinados mercados, como o dos serviços de construção civil, cujas propostas assentam nos preços dos materiais de construção, a que já nos referimos, os anúncios de preços serão vantajosos em termos de incremento do bem-estar do consumidor.

No mesmo sentido, a partilha de informação relativa ao desempenho comercial de uma empresa, incluindo a informação sobre a respetiva estratégia comercial futura, permite ao mercado dos valores mobiliários funcionar de forma eficiente, possibilitando aos investidores tomar decisões informadas acerca da empresa objeto do investimento[643].

Por fim, tal como assinalou a *Behavioural Economics*, a difusão de informação permite que os consumidores, em sentido lato, sejam a força motriz por detrás da concorrência efetiva entre os operadores do lado da oferta, tendo acesso e atuando com base em informação que lhes leve a otimizar economicamente as suas escolhas, o que estimula a disponibilização de um leque alargado de alternativas de produtos e serviços no mercado[644].

---

[640] ARAÚJO, 2003: 313.

[641] STIGLER, 1961.

[642] KLEMPERER, 1995.

[643] CAPOBIANCO, 2012: 3.

[644] BENNETT, FINGLETON, FLETCHER, HURLEY & RUCK, 2010.

Da perspetiva da oferta, o conhecimento do mercado é também um elemento-chave para facilitar o desenvolvimento de estratégias comerciais eficientes, suscetíveis de gerar bem-estar de um ponto de vista imediato de eficiência alocativa e, de forma mais mediata, de potenciar, do mesmo modo, a eficiência produtiva e dinâmica, que, como veremos, poderá ser igualmente relevante no âmbito da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.

O acréscimo de transparência no mercado, através da partilha de informação, pode permitir às empresas contrastar a sua atividade com a oferta dos concorrentes, com base no designado *benchmarking*, que possibilita a análise da adequação ou inadequação da estratégia comercial adotada em cada momento. Na verdade, sem informação acerca da reação da procura, bem como das atividades dos rivais, as empresas teriam de empreender um processo de sucessivas tentativas e erros, que teria custos em termos de eficiência económica.

O incremento da transparência no mercado é particularmente relevante para facilitar a entrada de novos operadores ou para auxiliar o desenvolvimento da oferta de operadores de menor dimensão, de forma a conseguirem ajustar a sua oferta às preferências da procura, colocando-se em condições próximas daquelas de que beneficiam os operadores já presentes no mercado.

O acompanhamento da atividade dos concorrentes viabiliza ainda a difusão de tecnologias, processos eficientes e boas práticas do ponto de vista da oferta. A difusão, por exemplo, de uma matéria-prima nova ou de um processo de fabrico mais eficiente pode potenciar algum nível de harmonização de custos estratégicos, mas propiciará uma redução de custos, um "*organizational learning*", que terá um impacto positivo no mercado[645].

Ademais, o acesso a informação relativa à oferta e à procura num determinado mercado permite às empresas perceber as tendências de evolução do mercado, e possibilita uma melhor preparação em face de alterações na procura e na oferta, o que pode ser particularmente útil em mercados nos quais a procura flutua de forma significativa, onde existem alterações tecnológicas consideráveis, em setores com diferenciação de preços e concorrência entre várias zonas geográficas ou em mercados em que os gostos e preferências dos consumidores se alteram rapidamente.

[645] NITSCHE & VON HINTEN-REED, 2004: 4.

Neste âmbito, a informação obtida pelos fornecedores, muitas vezes através dos canais de comunicação de que dispõem com os vários distribuidores, ou através de organizações setoriais, facilita uma melhor compreensão dos padrões de consumo, tendo um impacto positivo na gestão de *stocks*, na inovação e no aperfeiçoamento da correspondência entre a preferência dos consumidores e a oferta, permitindo uma melhoria nos custos e na qualidade dos produtos oferecidos. A melhoria, em termos de posicionamento dos produtos, possibilitada pelo acesso a informação relativa aos padrões de consumo é particularmente importante em mercados com diferenciação de produtos e em indústrias multimercados, em que o risco de posicionamento ineficiente é mais relevante.

A relação vertical entre fornecedores e distribuidores é especialmente importante neste contexto. Na verdade, a partilha de informação entre cadeias de distribuição e fornecedores permitiu, em grande medida, o desenvolvimento das grandes cadeias de retalho moderno, caso do *Walmart*, conforme demonstram estudos neste âmbito[646].

Além disso, alguns estudos admitem, inclusivamente, que o acesso a informação em relação à procura esperada no futuro pode racionalizar a produção e conduzir a vantagens em termos de custos[647]. Na verdade, em mercados caracterizados por grandes flutuações da procura, as empresas tendem a armazenar *stocks* de forma a fazer face a alturas de maior procura, sendo que a informação relativa à procura permite otimizar a gestão dos *stocks*, evitar situações de sub ou sobreprodução, o que ocasiona ganhos de eficiência do lado da oferta, ganhos esses que, pelo menos em mercados concorrenciais, serão transformados em bem-estar do consumidor.

Ademais, como realça HOVENKAMP, a partilha de informação também melhora as decisões de investimento das empresas, tendo em conta que a existência de informação no mercado pode dar-lhes mais confiança quanto aos seus investimentos e mais incentivos para investir em fábricas ou equipamento com base em dados de *output*, preços e *stocks*[648].

A partilha de informação, inclusivamente de informação direta entre concorrentes, pode ser particularmente útil em mercados em que a inovação é um impulsionador relevante. A literatura

[646] Para mais desenvolvimentos relativamente a este ponto *vide* https://www.industryweek.com/supplier-relationships/how-sharing-data-drives-supply-chain-innovation (consultado em 11 de maio de 2019).

[647] DOYLE, & SNYDER, 1999: 1326-64; CAFFARA & KUHN, 2006: 138; JENSEN, 2007; PADILLA, 2010.

[648] HOVENKAMP, 1999: 43.

económica relativa à dinâmica da concorrência em mercados de inovação tem revelado que a partilha de informação, pode ser um fator de incremento do processo de inovação em si mesmo e do desenvolvimento tecnológico[649].

A partilha de informação garante que os produtos em desenvolvimento, por parte dos vários operadores, dispõem da necessária interconexão entre eles. Conforme referem SHAPIRO e VARIAN, os clientes procuram evitar ficar *locked-in* numa determinada tecnologia, motivo pelo qual haverá incentivo económico para a partilha de planos de I&D de forma a ultrapassar estas procupações[650]. Os clientes podem estar relutantes em adquirir produtos ou serviços a uma determinada empresa se estes não puderem interoperar com outros. Se estes intercâmbios fossem liminarmente proibidos, o processo de inovação poderia ser prejudicado e os clientes teriam de pagar preços mais elevados no futuro.

Por fim, importa realçar uma ideia que vimos presente no *supra* citado acórdão *Asnef-Equifax*, considerando que a partilha de informação de concorrentes pode ser importante na escolha dos clientes adequados, evitando os custos desnecessários das escolhas erradas em virtude de assimetrias informativas, *i.e.*, evitar os custos de fenómenos de seleção adversa, em particular em mercados em que as partes dispõem de níveis de informação muito distintos, como no setor bancário e no setor segurador.

Em face do *supra* exposto, é manifesto que a proibição geral de comunicações e de partilha de informação privará os mercados dos benefícios descritos. Todavia, a literatura económica aponta igualmente para os riscos jusconcorrenciais de um amplo intercâmbio de informação.

Em contraposição aos referidos efeitos pró-concorrenciais, são também conhecidos da teoria económica potenciais efeitos anticoncorrenciais resultantes de partilhas de informação envolvendo concorrentes, com base em efeitos não coordenados e, principalmente, efeitos coordenados.

De acordo com a teoria económica, a forma principal em virtude da qual a partilha e divulgação de informação pode ter um impacto negativo na concorrência tem por base a ideia de efeitos

[649] Para mais desenvolvimentos TEECE, 1994.

[650] SHAPIRO & VARIAN, 1998, Capítulo 6.

coordenados, na medida em que serão suscetíveis de facilitar a colusão no mercado. A "redução da incerteza" como facilitadora da colusão é a questão central neste debate[651].

De acordo com esta esta teoria do dano, que está, com menor ou maior rigor, presente na prática decisória da UE e dos EM, o intercâmbio de informação pode permitir às empresas estabelecer e manter comportamentos coordenados tácitos e explícitos, permitindo-lhes determinar *o focal point*, o foco da coordenação, bem como garantir a estabilidade interna e externa da cooperação, sem que, note-se, a informação relevante para cada uma destas "tarefas" seja a mesma[652].

Na verdade, estabelecer o foco da coordenação, em particular em termos de preços e quantidades, é especialmente difícil quando as empresas têm produtos distintos, bem como diferentes estruturas de custos. Conforme realça STIGLER, neste quadro, existe um número infinito de preços distintos que podem estar na base de uma estrutura maximizadora do lucro para os operadores económicos em causa [653].

A coordenação entre operadores exige que se determine, de entre a panóplia de equilíbrios possíveis, qual desses é mutualmente benéfico e sustentável, pelo que a coordenação sem comunicação poderá ser, de sobremaneira, impraticável, uma vez que escolher um equilíbrio incorreto pode resultar numa guerra de preços de que decorrerá a coordenação a um nível subótimo. A partilha de informação pode facilitar o estabelecimento de pontos de coordenação, de forma direta ou através de terceiros, como fornecedores e distribuidores. Neste contexto, a partilha de intenções futuras de preços direta entre concorrentes será, provavelmente, a informação mais útil para que se chegue a um *focal point* de coordenação.

Os anúncios de preços, em especial os anúncios de preços não vinculativos, a chamada *cheap talk*, podem ajudar, do ponto de vista dos economistas, a atinguir um determinado patamar de coordenação, pelo daí a incursão das *Orientações Horizontais* pelas condutas unilaterais públicas, como os anúncios ao mercado[654].

---

[651] BENNETT & COLLINS, 2010: 325.

[652] Para mais desenvolvimentos, IVALDI, JULLIEN, REY, SEABRIGHT & TIROLE, 2003 e KÜHN, MATUTES & MOLDUVANU, Vol 16-32, 2001.

[653] *Cfr.* STIGLER, 1961: 45–46.

[654] Para mais desenvolvimentos GANGULY & RAY, 2018:3.

Ademais, a partilha de informação concorre ainda para a estabilidade interna da colusão, permitindo monitorizar a adesão à colusão, tácita ou explicita, e disponibilizar informação mais precisa quanto aos desvios em relação à mesma, bem como à magnitude destes, de forma a que se consiga determinar quando e em que medida sancionar, no seio da coordenação os desvios.

A simples capacidade de sancionar os desvios não é suficiente para sustentar a coordenação a menos que as empresas consigam detetar os desvios da coordenação, podendo resultar na quebra da colusão ou na coordenação a um preço próximo do preço concorrencial. A precisão nas sanções, por parte da coordenação, das empresas que se desviam da coordenação é também importante, tendo em conta que, quanto mais indiscriminadas e amplas forem alcançando a generalidade das empresas na coordenação, menos estas vão querer implementá-las, prejudicando a integridade da colusão. Informação exata e individualizada permite identificar a empresa que se desviou e implementar sanções precisas. Neste quadro, e apenas neste quadro, segundo o pensamento económico, informação passada de preços e quantidades poderia afigurar-se relevante[655].

Neste ponto, realçamos que a perspetiva de manutenção da estabilidade na coordenação é a ideia económica que está por detrás da defesa da oposição pública aos contactos, tipicamente exigida pelo TJUE e de alguma forma também nas Orientações Horizontais, para que se ponha em causa existência de práticas concertadas.

Finalmente, a partilha de informação poderá também contribuir para assegurar a estabilidade externa da coordenação, na medida em que permita detetar novos entrantes no mercado e coordenar a conduta em relação a estes. Os concorrentes, seguindo a lógica económica que preside à atuação da oferta, vão, geralmente, desejar entrar no mercado quando os preços estão a sofrer um incremento, o que pode perturbar o *status quo* colusivo entre as empresas que já desenvolvem a sua atividade.

Nas *Orientações Horizontais*, é referido o risco de encerramento de mercado associado à partilha de informação entre concorrentes. Não obstante, a referência autónoma a este potencial impacto negativo como critério adicional à questão central que se prende com a facilitação da colusão é, em nosso entender, incorreta, uma vez que a limitação de novas entradas no mercado

[655] STIGLER, 1961: 46.

corresponde a um dos aspetos dos efeitos coordenados, precisamente a garantia da estabilidade externa, a que aludimos no parágrafo anterior[656].

Não obstante a enunciação geral da teoria do dano com base no potencial de efeitos coordenados que pode resultar da partilha de informação com concorrentes, importa considerar que o referido potencial negativo não se verifica, necessariamente, em todas as circunstâncias em que existe partilha de informação no mercado, tendo em conta as características do próprio mercado e da informação em causa.

Não tem também, em nosso entender, sustentação económica inequívoca a conhecida afirmação de AREEDA, cuja abrangência é comparável a algumas proclamações de princípio que pudemos encontrar, por exemplo, nos acórdãos *Suike Unie* e *T-Mobile*, no sentido de que "*uncertainty is the most general of the impediments to cartel like results*"[657].

Assim, as teses incluídas nas *Orientações Horizontais*, que acabaram por contaminar a jurisprudência do TJUE e dos EM, têm uma base essencialmente económica, o que justifica, em grande medida, em nosso entender, a imprecisão terminológica e a maior facilidade em desenvolver a abordagem utilitarista a que nos referimos *supra*, no Capítulo 3. Deste ponto de vista não se augura particularmente relevante a distinção entre os vários tipos de coordenação, a distinção entre coordenação e comportamento restritivo da concorrência, as delimitações concretas de responsabilidade dos participantes pelas condutas próprias e pelas condutas de terceiros.

Todavia, haverá que não perder de vista que as normas de direito da concorrência são, em todo o caso, direito, e direito sancionatório público, pelo que importa delimitar os princípios jurídicos a que a interpretação e aplicação destas está sujeita.

[656] Parágrafo 69 e ss. É assim, em nosso entender, incorreta a afirmação "***Para além de facilitar a adopção de um comportamento colusivo**, o intercâmbio de informações pode igualmente dar origem a um encerramento anticoncorrencial*".

[657] AREEDA, 1995, parágrafo 1407.

3.4.3 Os Princípios da Legalidade, da Culpa e da Ofensividade

A aplicação de coimas a particulares e a empresas, que, no que concerne as empresas podem ascender a centenas de milhões de euros, não pode assentar em qualificações jurídicas difusas, de que se extraem, em qualquer caso, conclusões sancionatórias ou admissões de condutas ilícitas a troco de reduções de coimas e da reposição da paz na empresa visada por um processo de práticas restritivas.

Tomando de empréstimo uma expressão do ilustre advogado VIEIRA PERES, adaptando uma *blague* atribuída ao dr. LOBO XAVIER, não é desejável um direito, e sobretudo um Direito da Concorrência, desenhado e, sobretudo, interpretada para sancionar "*Cristo **e** Barrabás*". Como realça NUNO BRANDÃO, não seria conforme com uma ideia de Estado de Direito, ou até mesmo com o respeito devido pelo Estado à dignidade pessoal de cada um, a possibilidade de se punir contraordenacionalmente sem lei prévia e sem culpa. Segundo este autor, quando assim não seja, são as próprias ideias de Justiça e de Direito que são negadas, seja a punição aplicada no âmbito penal, seja no âmbito contraordenacional[658].

Em primeiro lugar, um dos princípios mais relevantes no âmbito da aplicação do Direito Penal é o princípio da legalidade, que encontra tradução no brocado latino *nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege* e que determina que só pode ser sancionada, em nosso entender, materialmente, como crime uma infração que tenha sido qualificada como tal em lei anterior à prática do facto.

O princípio da legalidade está previsto no Artigo 7.º da CEDH, no Artigo 49.º da CDFUE, faz parte dos princípios fundamentais comuns aos EM e tem, como vimos, naturalmente, aplicação às disposições de concorrência da UE. Este princípio é parte do *acquis* da UE e o TJUE foi bastante explícito a esse respeito, no acórdão *Degussa*, ao referir que "*o princípio da legalidade das penas é um corolário do princípio da segurança jurídica, o qual constitui um princípio geral do direito comunitário e exige, designadamente, que qualquer regulamentação comunitária, **especialmente quando esta impõe ou permite impor sanções, seja clara e***

[658] *Cfr.* BRANDÃO, 2016: 882.

precisa, a fim de que os interessados possam conhecer, sem ambiguidade, os direitos e obrigações dela resultantes e agir em conformidade"[659].

Algumas sentenças do TEDH fizeram referência à imprecisão das disposições da concorrência. Este Tribunal parece entender, por exemplo na sentença *Markt Intern Verlag Gmbh e Klaus Beermann contra Alemanha*, que são admissíveis tipos sancionadores mais amplos em matérias em constante mutação, como o Direito da Concorrência, desde que a jurisprudência permita identificar os comportamentos censurados pelo ordenamento[660].

O próprio TJUE admitiu, no acórdão *Microsoft*, de forma particularmente lapidar, que o recurso a conceitos jurídicos indeterminados para efeitos da formulação das normas, cuja violação gera responsabilidade civil, administrativa ou mesmo penal do infrator, não acarreta a impossibilidade de aplicar as sanções previstas na lei, desde que o particular possa saber, com base no teor da disposição pertinente e, se necessário, recorrendo à interpretação que lhe é dada pelos tribunais, quais os atos e omissões que determinam a sua responsabilidade[661]. Não deixa de ser surpreendente que o TJUE assuma de forma tão clara que a imposição de coimas de natureza quase criminal é baseada em conceitos legais imprecisos, remetendo a definição do tipo objetivo para a interpretação judicial cujas flagrantes insuficiências fomos já capazes de delimitar nos pontos anteriores.

No plano nacional, o princípio da legalidade está previsto no Artigo 29.º da CRP, nos Artigos 1.º e 2.º do RGCO e no Artigo 1.º do CP, vigorando, também, naturalmente, o princípio da legalidade acolhido pelo Artigo 7.º da CEDH[662]. Conforme referem SIMAS SANTOS e LOPES DE SOUSA, este princípio tem uma base político-liberal, na medida em que protege, simboliza e representa um baluarte da liberdade individual, em face da autoridade expansiva do Estado[663].

No que respeita à aplicabilidade deste princípio a disposições contraordenacionais, EDUARDO CORREIA salienta, por um lado, que a administração deve estar "*vinculada por uma particular ideia de legalidade o que pressupõe a tipicidade dos comportamentos que lhe estão na base*".

---

[659] T-279/02 - *Degussa contra CE*, de 05.04.2006, para. 66.

[660] Sentença do TEDH no processo n.º 10572/83, de 20 de novembro de 1989.

[661] T-167/08 - *Microsoft contra CE*, de 27.06.2012, parágrafos 84 e 91 a 94.

[662] MOURA RAMOS, 1982: 193.

[663] SIMAS SANTOS & LOPES DE SOUSA, 2009: 94-104.

Por outro, acrescenta, todavia, que tal "*não exclui que os respectivos tipos possam ter maior maleabilidade do que aqueles que descrevem infracções criminais, e, assim, que a cada passo contenham normas em branco, remetendo para critérios fixados pela própria Administração com vista à realização das suas finalidades salutistas*[664]".

Em sentido semelhante já se pronunciou também o TC. Este tribunal começa por referir que resulta do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da CRP que o "*direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos*". Considerou ainda que "*se é exigível que, no direito penal estas exigências sejam intensificadas, sendo aí os critérios de previsibilidade e segurança mais precisos,* ***no direito de mera ordenação social não deixa de existir uma necessidade de comunicação segura ex-ante do conteúdo do ilícito aos seus possíveis autores***"[665].

Esta exigência mitigada foi subsequentemente realçada pelo TC, ao considerar que "*a diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções entre o ilícito contraordenacional e o ilícito penal, o que justifica que os princípios que orientam o direito penal não sejam automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social*. (…) *É assim bem certo que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contraordenacional*. (…). *Neste sentido, algumas funções da tipicidade penal são, no Direito de mera ordenação social, assumidas pelas próprias normas substantivas que impõem deveres, (…)*[666].

Contudo, consideramos que este entendimento do TC se dirige a contraordenações "clássicas", não a contraordenações com a magnitude investigativa e com as consequências jurídicas das infrações de Direito da Concorrência que, presentemente, são inéditas no contexto do direito contraordenacional português, que se aproximam e ultrapassam as sanções penais de pessoas coletivas e os meios de prova permitidos no âmbito criminal.

[664] CORREIA, 2001: 13.

[665] Acórdão do TC n.º 41/2004, de 14 de janeiro.

[666] Acórdão do TC n.º 85/2012, de 15 de fevereiro.

Ademais, a questão da compatibilidade das disposições nacionais de concorrência com o princípio da legalidade foi já apreciada pelo TC. Com efeito, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se em relação à compatibilidade do Artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, a anterior lei da concorrência, que corresponde ao atual Artigo 9.º da Lei da Concorrência, com o princípio da legalidade, em particular no que diz respeito ao requisito da sensibilidade afetação da concorrência e à descrição dos comportamentos restritivos[667].

Na sua apreciação desta questão, o TC começou por relembrar que, por mais cuidada que seja a técnica legislativa, é inevitável o recurso a cláusulas gerais ou a conceitos que sofrem de algum grau de indeterminação. No que respeita à sensibilidade da restrição, o TC considerou que este conceito indeterminado desempenhava uma função negativa no tipo normativo, excluindo da sua previsão as ações de diminuta relevância, "*não tendo no conjunto da regulamentação típica um papel susceptível de gerar uma indefinição da área de protecção da norma*".

Quanto ao modo de identificação das ações violadoras da concorrência incluído no corpo da referida disposição, o TC considera que este "***poderia suscitar algumas dúvidas, pelo seu cariz genérico**, quanto à existência de uma definição legal suficientemente esclarecedora dos comportamentos verdadeiramente proibidos e sancionados contraordenacionalmente, a descrição exemplificativa, contida nas alíneas a) a g), de um conjunto de práticas que integram a previsão do corpo do artigo, supre essa insuficiência de concretização*". Com efeito, segundo o TC, e sem desenvolvimentos particulares, a inclusão na norma de "exemplos-padrão" é suficiente para concretizar e determinar minimamente o critério estabelecido no corpo do artigo, motivo pelo qual a formulação do Artigo 4.°, n.° 1, da Lei da Concorrência constitui uma comunicação segura *ex-ante* do conteúdo da proibição aos seus destinatários, permitindo-lhes, por isso, orientar e conformar as suas condutas de acordo com esta proibição, não infringindo, dessa forma, os princípios constitucionais da legalidade e da tipicidade em matéria contraordenacional.

Este entendimento por parte do Tribunal não tem devidamente em conta, em nosso entender, que o complemento do tipo é precedido por um "*nomeadamente*", o que significa que comporta condutas que não estão previstas *a priori*. Por esse motivo, LOPES DE AZEVEDO considera

[667] Acórdão n.° 466/2012, de 01.10.2012.

inadmissível que alguns tipos legais de contraordenações incluam palavras como "*nomeadamente*" ou "*designadamente*" como complementos dos tipos[668]. Em nossa opinião, esta decisão do TC não invalida análises posteriores da compatibilidade da proibição de acordos e, em particular, de práticas concertadas restritivas da concorrência, tendo em conta que a questão fundamental que aqui nos ocupa não é tanto a incompatibilidade da letra da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência com o princípio da legalidade, mas o facto de as regras de conduta extraídas destas disposições pelos aplicadores das normas e o sucessivo alargamento das fronteiras literais das normas porem em causa a certeza e segurança jurídicas que decorrem necessariamente deste princípio (da legalidade), limitando, de sobremaneira, a correspondência, ainda que ténue, ao substrato literal das disposições em causa.

Com efeito, conforme decorre do *supra* exposto, a construção destas proibições correspondeu à afirmação de uma espécie de princípio geral, do qual se extraem regras mais detalhadas, numa abordagem próxima de uma matriz anglo-saxónica. O perigo para a certeza e segurança jurídicas advém, não tanto da formulação genérica das disposições, mas da falta de coerência com que têm sido aplicadas, *i.e.*, o princípio da legalidade terá também de enformar a interpretação das disposições em causa. Esta questão, em nosso entender, manifestamente, não foi colocada ao TC.

De forma a preencher este princípio, do qual decorrem a certeza e segurança jurídicas, os aplicadores e os tribunais precisam de ter acesso a um sistema melhorado de precedentes e de considerar a coerência sistemáticas das abordagens interpretativas adotadas. Este é, de facto, o método a utilizar quando se pretendem interpretar disposições de Direito Sancionatório Público formuladas em termos de cláusulas abertas.

O facto de estarmos perante um tipo aberto não significa que seja ilimitado. Aquando da interpretação destes artigos, as autoridades de concorrência não podem criar infrações totalmente novas, suprindo as imprecisões ou vazios do legislador com as suas próprias decisões, nem podem, em nosso entender, recorrer à analogia nem interpretações extensivas.

O que é completamente contra o princípio da legalidade é o facto de, somente após a alegada infração da norma, a empresa pode compreender verdadeiramente quais são as regras derivadas

[668] LOPES DE AZEVEDO, 2011: 93.

dessa disposição geral, o que corresponde ao sistema atual. A interpretação do conceito de prática concertada não resulta clara de uma jurisprudência que, sob uma capa de coerência, vai alterando os requisitos relevantes e recorrendo sucessivamente ao conceito mais indeterminado de todas as formas que podem assumir as condutas anticoncorrenciais, pondo definitivamente em causa o princípio da legalidade. Apesar de, uma vez mais, não ser este o foco do nosso trabalho, um ponto igualmente importante relativo ao princípio da legalidade contraordenacional relaciona-se com a excessiva amplitude das sanções que podem existir neste âmbito e que confere à autoridade administrativa um poder demasiado vasto quanto à definição da sanção. De acordo com a propria jurisprudência do TJUE, *"a penalty, even of a non-criminal nature, cannot be imposed unless it rests* ***on a clear and unambiguous legal basis****"*[669].

O Artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 não constitui uma base legal suficientemente clara e não ambígua. Esta disposição requer, meramente, uma infração negligente ou dolosa das disposições essenciais dos Artigos 101.º e 102.º do TFUE, o que confere a esta norma o caráter de cláusula geral. O Regulamento refere a gravidade e a duração da infração como o critério único de fixação do montante da coima.

No plano nacional, o Artigo 6.º do Código Civil dispõe que a ignorância ou má interpretação da lei não justifica o seu não cumprimento, nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas. No campo do direito das contraordenações importa notar, por um lado, que o erro sobre elementos do tipo, sobre a proibição ou sobre um estado de coisas que, a existir, afastaria a ilicitude do facto ou a culpa do agente exclui o dolo (nos termos do Artigo 8.º do RGCO). O Artigo 9.º refere que o erro não censurável sobre a ilicitude conduz à exclusão da culpa, enquanto o erro censurável desemboca numa coima que pode ser especialmente atenuada.

Tanto as autoridades administrativas da UE como as autoridades nacionais têm reconhecido a impossibilidade de impor sanções por infração das disposições em matéria de concorrência em processos nos quais são apresentadas soluções novas. Nesse sentido, a decisão da CE no caso *Clearstream*, tendo em conta a ausência de prática decisória e de jurisprudência em relação a

[669] C-30/89 – *CE contra França*, de 13.03.1990, parágrafo 23.

serviços de compensação e liquidação, podia não ser suficientemente claro para as empresas em causa que o seu comportamento fosse um incumprimento das normas de concorrência[670].

Com efeito, é relativamente frequente que os tribunais reconheçam a impossibilidade de sancionar em situações de erro de proibição na presença de uma situação legal confusa. Todavia, na aplicação do Direito da Concorrência, não encontramos casos em que o erro quanto à ilicitude por confusão normativa tenha sido aceite a fim de eximir a aplicação de uma sanção. A decisão da CE no assunto do *Tabaco Crudo* de Itália e de Espanha, os primeiros casos em que se aplicavam as normas de concorrência de maneira direta a acordos entre produtores de produtos agrários primários, aceitou que o marco legal existente poderia gerar um grau considerável de incerteza sobre a legalidade da conduta das empresas investigadas[671].

A decisão da AdC relativa ao cartel dos *Serviços de Limpeza* violava também claramente o princípio da legalidade, tendo em conta que as "participantes" no alegado cartel eram uma e a mesma empresa.

As tentativas de incluir condutas puramente unilaterais no escopo dos Artigos 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência padeceriam também, em nosso entender, de uma insuficiência deste tipo.

A intervenção de terceiros, em particular *middlemen*, prestadores de serviços, também constitui um desafio no que concerne a aplicação deste princípio, de tal forma que nos casos anteriores ao caso *Treuhand*, e também neste caso, as coimas foram mitigadas, tendo em conta a novidade do entendimento no sentido de sancionar os intermediários não ativos em mercados relacionados.

Este princípio (da legalidade) pode, todavia, se tivermos em atenção as conclusões do AG Wahl, ter sido posto em causa na decisão da CE no caso *Treuhand II*, bem como em outras decisões, no plano dos EM, em que o entendimento anticoncorrencial conta com o contributo de um facilitador. O AG Whal realça que, no referido caso, a CE se limita a referir que os factos censurados à recorrente consistem num conjunto de comportamentos, sem que o papel daquela

[670] COMP/38.096, de 2 de junho de 2004, parágrafo 344, confirmada pelo acórdão T-301/04 - *Clearstream Banking AG and Clearstream International SA contra CE*, de 09.09.2009, parágrafo 317.

[671] COMP/38.238/B.2, de 20 de outubro de 2004 e COMP/C.38.281/B.2, de 20 de outubro de 2005.

tenha sido esclarecido juridicamente de forma clara como sendo de autor (participante) ou de cúmplice (ou facilitador)[672].

Esta dúvida quanto ao papel de entidades terceiras no plano das normas de concorrência foi já abordada, no contexto da apreciação do alegado abuso de posição dominante no caso envolvendo a *HMR*, pelo TCRS e, posteriormente, pelo TRL. Na verdade, se o TCRS considerou que as entidades que não tomaram parte na "execução" da infração, podiam ser incluídas no conceito extensivo de autor consagrado no Artigo 16.º, n.º l do RGCO, aplicável por força do Artigo 13.º, n.º 1 e n.º 2 da Lei da Concorrência, o TRL considerou que não estava preenchido o tipo legal por parte de outras empresas do grupo, tendo em conta que não se conseguiu demonstrar a participação em atos de execução, em atos acessórios à conduta principal ou sequer em qualquer omissão de um comportamento que lhe fosse exigível[673].

Por seu turno, o princípio da culpa traduz a ideia, aparentemente elementar, de que o visado pelo processo penal, contraordenacional ou em processos sancionatórios públicos, em especial processo com consequências desta magnitude tem de ser pessoalmente responsável pelo comportamento que infringe as normas em causa[674].

Nesta perspetiva, o princípio da culpa desempenha uma função restritiva da responsabilidade penal e também contraordenacional, que se exprime num conjunto de cautelas dirigidas ao legislador e ao intérprete. No que diz respeito ao legislador, este princípio determina que só condutas dotadas de ressonância ética ou, neste caso, social podem ser objeto de normas com consequências sancionatórias públicas. Quanto ao aplicador, determina que não há sanção sem culpa e que a medida da sanção não pode exceder a medida da culpa.

O princípio "*nullum crimen sine culpa*" está consagrado nos Artigos 1.º e 8.º, n.º 1, do RGCO. Com efeito, o Artigo 1.º do RGCO refere que uma contraordenação corresponde a um facto ilícito e censurável, enquanto o Artigo 8.º, n.º 1, determina que, em princípio, a negligência não é punível, só o sendo nos casos especialmente previstos, como é o caso do Artigo 68.º, n.º 3, da Lei da Concorrência, que dispõe que a negligência é punível, sem prejuízo de existirem, nos

[672] Conclusões do AG Whal no Processo C-194/14 P, de 21.05.2015.

[673] Acórdão do TRL no Processo n.° 36/16.QYUSTR.L1 3.ª Secção, de 14 de junho de 2017, pp. 173 e ss.

[674] Para mais desenvolvimentos, *vide* ROXIN, 2008.

tipos contraordenacionais, elementos de intencionalidade que tornem impossível a punibilidade a título de negligência[675].

O princípio da culpa deve ser interpretado como uma imposição constitucional no direito sancionatório, como resulta da aproximação deste às garantias do Direito Penal, tal como decorre do Artigo 32.º, n.º 10, da CRP[676].

Também no plano da UE este princípio tem sido invocado. A AG Kokott reconheceu que o princípio *nulla poena sine culpa* constitui um direito fundamental comum às tradições constitucionais dos EM[677]. Este princípio é precondição necessária para a presunção de inocência dos visados por processos penais ou quase penais, estando, por isso, implicitamente incluído no Artigo 48.º, n.º 1, da CEDH e no Artigo 6.º, n.º 2, da CDFUE[678], sendo que estas disposições têm de ser interpretadas como a expressão processual do princípio da culpa[679].

Neste sentido, o Artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 prevê que as coimas por infração das disposições de concorrência do Tratado podem ser impostas apenas no caso de infrações dolosas ou negligentes, sem prejuízo, como referimos *supra*, a propósito do normativo nacional, de eventuais elementos subjetivos do tipo.

Tradicionalmente, a culpa tem sido entendida de forma subjetiva e de forma normativa[680]. De acordo com a interpretação subjetiva, importa determinar se o visado estava de forma subjetiva consciente do seu comportamento e das suas consequências legais. Na análise normativa, pelo contrário, deverá apreciar-se se o infrator poderia ter agido de forma distinta e escolheu não o fazer[681].

Apesar de muito debate, o entendimento que deve prevalecer é o de que o princípio deve ser interpretado como uma conjugação destas alternativas. Assim, de forma a que possa existir uma

---

675 FIGUEIREDO DIAS & FLÁVIA LOUREIRO, 2013, p. 698.

676 EDUARDO CORREIA, 2001: 226 e 270 e SIMAS SANTOS & LOPES DE SOUSA, 2011: 591.

677 Conclusões no processo C-501/11 P - *Schindler Holding Ltd e outros contra CE*, de 18.05.2013, parágrafo 114.

678 *C-199/92 P - Hüls contra CE*, *cit.*, parágrafos 149 e 150 e C-89/1 - *E.ON Energie contra CE*, de 22.11.2012, nota de rodapé 40, parágrafos 72 e 73.

679 Kokott, *Schenker and Others*, parágrafo 41.

680 Para mais desenvolvimentos JESCHECK, 2003.

681 MUÑOZ CONDE, 2002: 359.

sanção por infração de uma norma quase-penal, o sistema legal requer um grau de maturidade e consciência do comportamento, bem como o entendimento das consequências legais dos atos, que não é baseado na mera apreciação individual do infrator, mas incorpora também convenções sociais[682]. Esta abordagem combinada permite aos tribunais sancionar o comportamento doloso, bem como o comportamento negligente.

Existe, todavia, um debate quanto à necessidade de interpretar este princípio de forma mitigada em sede de direito contraordenacional. EDUARDO CORREIRA defendeu que a "*expressão [da] censura [no direito contra-ordenacional] não envolve, portanto, um sentido de retribuição ou expiação ética, ligado a uma finalidade de recuperação do delinquente, mas exprime, apenas, a ideia de uma advertência de que está ausente o pensamento de qualquer mácula ético-social*"[683]. FIGUEIREDO DIAS defende que a culpa em direito contraordenacional não é a mesma que está presente no Direito Penal, no qual há uma "*censura ética, dirigida à pessoa do agente e à sua atitude interna, mas apenas de uma imputação do facto à responsabilização social do seu autor*"[684].

O princípio da culpa, conforme aplicado às infrações de resultado, é muito claro, no sentido em que estará verificado se pudermos considerar que o infrator estava subjetiva e objetivamente consciente das consequências dos seus atos, independentemente de as ter desejado, esperado ou previsto. Todavia, a sua aplicação a infrações de perigo, como poderá ser a restrição da concorrência por objetivo, como analisaremos melhor na Parte III, suscita problemas, uma vez que não estão em causa consequências específicas e tangíveis. Não obstante, o princípio da culpa fornece uma *rule of thumb* para os aplicadores. Tem de existir algum grau de conhecimento, subjetivo e objetivo, baseado na experiência comum, relativa ao perigo, antes de se poder sancionar uma conduta em particular.

A irrestrita subordinação da responsabilidade contraordenacional ao princípio jurídico-constitucional da culpa constitui condição mínima de compatibilidade do direito das contraordenações, como ordenamento sancionatório que é a ideia de Estado de Direito material.

---

[682] MUÑOZ CONDE, 2002: 366.

[683] CORREIA, 2001: 271.

[684] FIGUEIREDO DIAS, 1998: 29.

Na sua aceção jurídico-constitucional, o princípio da culpa visa condensar aquelas que são as mais elementares exigências de justiça, de segurança jurídica e de respeito pela dignidade das pessoas que o Estado deve observar quando se proponha punir alguém, como condição mesma para que possa arrogar-se o estatuto de Estado de Direito democrático[685].

Desde há muito, porém, existe a consciência nítida de que a máxima civilizacional que se exprime no princípio da culpa deriva da dignidade da pessoa humana tutelada pelo Artigo 1.º da CRP[686]. O princípio jurídico-constitucional da culpa deve valer para lá dos confins do Direito Penal, abrangendo todo o direito sancionatório público[687]. Na expressão feliz em tempos avançada pelo TC, "*o princípio constitucional da culpa* ***tem a ver com a existência de punição e não com o ramo do direito em que se pune***"[688].

O corolário básico do princípio da culpa é o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal, de acordo com o qual ninguém pode ser penalmente responsabilizado por factos praticados por terceiros. Desta máxima, que conhece expresso reconhecimento constitucional no Art. 30.º, n.º 3, da CRP, decorre para o Estado uma proibição de imputação a alguém de um facto cometido por outrem, bem como ainda uma proibição de transmissão para alguém da sanção penal aplicada a outrem ou de uma sua corresponsabilização por ela.

O princípio jurídico-constitucional da culpa projeta-se ainda sobre o direito contraordenacional positivado na legislação vigente através de uma inderrogável exigência de que a imputação de uma contraordenação leve sempre pressuposta a censurabilidade do facto, como decorre dos Artigos 1.º e 8.º do RGCO, devendo a culpa ser excluída se o agente atuar sem consciência da ilicitude do facto e o erro lhe não for censurável (Artigo 9.º do RGCO).

O Acórdão n.º 574/95 referia que "*deriva da essencial dignidade da pessoa humana e se extrai dos artigos 1.º e 25.º da Constituição" e que "para além de proibir a responsabilidade objetiva do direito público sancionatório (…) obsta a que a medida da sanção exceda a da culpa.* ***Não***

[685] MIR PUIG, & GÓMEZ MARTÍN, 2011: 122 e ss.

[686] SOUSA E BRITO, 1987: 199.

[687] FIGUEIREDO DIAS, 2004, parágrafo 15.

[688] Acórdão do TC n.º 59/95, página 96.

pode punir-se sem culpa, nem em medida superior à da culpa: exige-o a dignidade humana"[689].

Ainda que admitindo que esse princípio não tem nesse âmbito o mesmo significado e valência axiológica que possui no domínio penal, o Tribunal ressalvou que "*esse diferencial de força impositiva não pode levar a* ***admitir sanções estabelecidas por fatores inteiramente alheios à conduta culposa do agente, numa objetivação rigidamente fixa de montantes sancionatórios, sem qualquer relação*** *(ainda que apenas em termos limitativos) com o seu pressuposto subjetivamente fundante. Em si mesma, mas sobretudo, pela sua potencial projeção na ofensa a valores constitucionais de vigência incontroversamente geral, como os da igualdade e da proporcionalidade, uma tal denegação de qualquer eficácia delimitativa à culpa do agente do facto responsabilizador apresenta-se como constitucionalmente desconforme"*.

Assim, o princípio da culpa poderá ser posto em causa quando estamos perante situações de responsabilidade objetiva, em que o agente é sancionado independentemente de qualquer apuramento em termos de culpa ou é sancionado numa medida que não tem qualquer relação com a culpa.

Todavia, o TC parece, em alguns momentos, ter enveredado por uma jurisprudência particularmente hesitante. Desde logo, o Acórdão n.º 160/2004 pareceu consagrar a ideia da inaplicabilidade do n.º 3 do Artigo 30.º da CRP, tendo considerado, de forma especialmente clara, no Acórdão n.º 85/2012 que "*O princípio da culpa postula, por um lado, a exigência de uma culpa concreta como pressuposto necessário de aplicação de qualquer pena, e, por outro, a proibição da aplicação de penas que excedam, no seu quantum, a medida da culpa (fundada na dignidade da pessoa humana) não vale, como parâmetro, no domínio das contra-ordenações*"[690].

Esta hesitação, uma vez mais, não corresponde, em nosso entender a uma interpretação conforme à constituição, em particular fora das "bagatelas" contraordenacionais. Uma pena ou uma sanção de outra natureza, caracteriza-se, em contraste com as medidas estatais puramente preventivas, por um propósito de repressão e retribuição fundado num comportamento

[689] Acórdão n.º 574/95 (não publicado).

[690] Acórdão n.º 85/2012, página 261.

juridicamente proibido. Quando vista sob este prisma, é inegável que a punição envolve necessariamente uma censura dirigida pelo Estado ao agente, em especial tendo em conta a magnitude das sanções e dos meios de prova admissíveis, que não têm paralelo no ordenamento nacional, nem sequer no plano penal, conforme demonstrado supra[691].

Daí que, mesmo que tal censura não se revista de um desvalor ético-social dirigido à personalidade ética do agente, não será concebível que o Estado se possa arrogar esse direito de lançar um juízo reprovador sobre o sujeito sem que se comprove que o agente atuou com culpa, pois de outro modo a pena corresponderia a uma retribuição, incompatível com o princípio do Estado de Direito, por um facto pelo qual o visado não foi responsável. Decorre, igualmente, do princípio da culpa um princípio basilar do processo sancionatório, que é a presunção de inocência.

Como demonstrou o nosso périplo pela prática decisória e pela jurisprudência da EU e dos EM, é dificilmente compatibilizável com o princípio da culpa, na expressão concreta da presunção da inocência, a notória preferência do Direito da Concorrência por um conjunto de presunções que correspondem, de forma genérica, a inferir um facto desconhecido de outro conhecido. Como vimos ao longo deste trabalho, a proibição prevista no Artigo 101.º do TFUE e no Artigo 9.º da Lei da Concorrência é, na verdade, uma sequência de proibições, em abstrato ilidíveis, mas, em termos práticos, dificilmente contrariáveis.

No que concerne o requisito relativo à delimitação do conceito de empresa, por exemplo, para afastar a presunção da responsabilidade da empresa-mãe, a empresa tem de provar que não exerceu qualquer influência decisiva sobre a subsidiária, não obstante as reservas do TRL, a que já aludimos[692]. Em relação ao efeito no comércio dos EM, os tribunais da UE consideram também que, quando uma conduta cobre a totalidade de um território de um EM, existe uma presunção, também ilidível, de que ocorreu uma compartimentação no âmbito da UE.

No que concerne, especificamente, a questão que aqui nos ocupa, o conceito de prática concertada, parece, em nosso entender, ter ficado demonstrado, no Capítulos 1 e 3, supra, que o TJUE adota critérios pouco claros e difusos, que não permitem aos operadores económicos distinguir até que ponto estes contactos, ou meras comunicações, ou, até, anúncios públicos,

[691] *Vide* ponto 4.4, Parte I, *supra*.

[692] *Vide* página 262, *supra*.

são legítimos ou anticoncorrenciais. No que respeita a reuniões e discussões entre concorrentes, a posição adotada pela CE é similar, tendo em conta que mera participação em reuniões com propósitos anticoncorrenciais pode fazer recair as condutas no escopo da proibição.

Uma interpretação ampla da ideia de comunicação recíproca ou de receção de informação no contexto da análise de práticas concertadas é uma espada de dois gumes. Pode ser positiva na medida que contribui para expor a coordenação ilegal, mas pode também pôr em causa contactos legítimos entre operadores no mercado ou sancionar operadores "inocentes". Parece decorrer dos acórdãos *Anic* e *T-Mobile* que o ónus da prova no sentido de rebater a presunção de que a concertação não teve qualquer impacto no mercado é consideravelmente elevado[693].

Neste âmbito, os tribunais desenvolveram uma presunção ilidível de causalidade que transfere o ónus da prova para as empresas[694]. De um ponto de vista jurídico, esta abordagem suscita muitas questões, uma vez que obriga o demandado a provar que não teve a informação em conta, uma *probatio diabolica*, uma vez que os operadores económicos terão de provar que uma determinada atividade não teve lugar, sem muito mais difícil provar o que não se fez do que o que se fez[695].

Em face do exposto, consideramos que, apesar da aplicação de presunções, com base na experiência, não violar, formalmente, o princípio *in dubio pro reo* previsto nos Artigos 6, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 48.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na verdade, em nosso entender, a sua ilidibilidade torna-se *diabólica*, senão mesmo impossível, levando a que, do ponto de vista material, na prática, seja inilidível. Aplicado ao nosso caso, se C receber a informação de B, por mensagem de correio eletrónico, e nada fizer dentro de um prazo curto razoável (*i.e.* manifestar-se publicamente ou denunciar às autoridades administrativas), mesmo que C não tenha qualquer intenção em aproveitar-se da informação ou nem sequer ter tido dela conhecimento (porque não abriu a mensagem), será muito provavelmente considerado como parte da prática concertada, mesmo que apresente outras razões para ilidir a presunção.

---

693 T-235/07 - *Bavaria NV contra CE*, de 16.06.2011, parágrafo 180.

694 C-286/13P - *Dole Food*, *cit.*, parágrafo 57.

695 Para mais desenvolvimentos BAILEY, 2008 e FAULL & NIKPAY, 2014.

Esta presunção é, como destacam GHEZZI e MAGGIOLINO, e como vimos *supra*, no ponto anterior, baseada na teoria económica relativa aos fatores que podem desestabilizar um cartel, tendo em conta que uma empresa que leva os concorrentes a pensar que subscreve os resultados da comunicação entre eles encoraja-os as atuar de forma prejudicial à concorrência[696]. É praticamente impossível ilidir a presunção referida, a menos que as partes apresentem um pedido de clemência ou rejeitem publicamente a participação nas condutas em causa, o que não corresponde à ideia de culpa, para efeitos de aplicação de Direito Sancionatório, com base na apreciação negativa da circunstância de os operadores económicos não terem procurado agir no sentido de desestabilizar o cartel.

Conforme refere MARCHISIO, apreciação que subscrevemos, do ponto de vista jurídico, é inaceitável que se transforme o Artigo 101.º do TFUE numa espécie de obrigação de reportar factos ilícitos, que não existe, uma vez que não se compreenderia, então a necessidade de um Programa de Clemência[697].

No acórdão *T-Mobile*, o TJUE indicou que um único intercâmbio de informação poderia corresponder a uma prática concertada e a uma infração por objeto, expandindo o conceito de infrações horizontais a questões que, no entender do tribunal, não tinham ligação com os preços aos consumidores, o que, como vimos, não correspondia sequer à verdade, porquanto as comissões dos revendores eram, neste mercado, essenciais para determinar os preços pagos pelos consumidores finais. O tribunal a quo considerou que este único contacto, ainda que no contexto das considerações genéricas do TJUE tinha problemas de adequação em relação à presunção de inocência de determinaram a anulação da decisão original.

Por seu turno, o caso *E-Turas* parece apresentar alguns sinais contraditórios, na medida em que parece alargar o conjunto de condutas que permite afastar as presunções de concertação e de comportamento restritivo, tendo em consideração a informação a que tiveram efetivamente acesso. Não é claro se estes ajustes se aplicam apenas a plataformas *online* ou a outras formas de práticas concertadas.

[696] GHEZZI & MAGGIOLINO, 2014.

[697] MARCHISIO, 2017: 564.

Por outro lado, o entendimento confuso e pouco exigente no plano das práticas concertadas tem, em nosso entender, desde logo, impacto na conceptualização das infrações *hub and spoke*. Conforme referido anteriormente, um cartel *hub and spoke* é uma infração da concorrência híbrida, que corresponde, regra geral, a uma forma de manutenção do preço de revenda, no plano vertical, e a uma infração de cartel, no sentido clássico no plano horizontal.

Uma utilização eficiente e efetiva dos recursos disponíveis para a aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, centrar-se-ia nas práticas anticoncorrenciais que são realmente relevantes do ponto de vista económico, não se entendendo, por exemplo, a não ser de um ponto de vista de impacto público, o renascimento da sanções assimétricas de condutas verticais por parte CE, em particular no âmbito de processos em que, desde o início, se procura resguardar do escrutínio judicial, mediante reduções significativas de coimas, estando em causa condutas que, provavelmente, seriam resolvidas de forma mais eficiente por medidas específicas de promoção do mercado interno.

Por fim, importa não perder de vista que o princípio da ofensividade, ou da lesividade, *nullum crimen sine injuria*, reflete igualmente a conceção do Direito Sancionatório Público como instrumento de proteção de bens jurídicos.

É a defesa de bens jurídicos, numa perspetiva congruente com a ordem axiológica constitucional, que estabelece, positivamente, o conteúdo dos ilícitos criminais e contraordenacionais. O conceito de dano engloba duas diferentes noções. Por um lado, o dano, em termos formais, a antijuridicidade formal, a afronta a um sistema como um todo que é causada pela infração de uma norma proibitiva. Por outro, o dano material, ou substantivo, que corresponde ao dano ou ao perigo para um valor especificamente protegido pela lei[698].

Nas infrações de resultado, o perigo pode ser medido por referência a uma atuação física que prejudica os valores protegidos pela lei pelo que existe um *benchmark* para medir esse prejuízo. Essa referência não existe em infrações de perigo, como será a infração por objetivo, o que torna difícil distinguir o grau de perigosidade que é necessário de forma a infringir a disposição em causa[699].

[698] MUÑOZ CONDE, 2002: 304 e 305.

[699] MUÑOZ CONDE, 2002: 307.

Esta ideia está, por exemplo, presente no já analisado acórdão *Cartes Bancaires* tendo em conta que o critério legal essencial para discernir se a coordenação entre empresas envolve uma restrição por objetivo é determinar se a coordenação revela um grau suficiente de prejuízo para a concorrência[700].

Ademais, de acordo com o princípio do dano, o Direito Sancionatório só se pode aplicar aos danos ou a ofensas graves de um determinado bem jurídico. Se a conduta é inócua para um bem jurídico digno de proteção, impor uma sanção é contrário aos princípios constitucionais que enformam o direito sancionador.

Desta perspetiva, é importante exigir um teste de adequação, *i.e.*, a conduta tem de ser, pelo menos, adequada para colocar o valor protegido em perigo antes de se concluir se uma contraordenação foi cometida, o que obedece aos princípios clássicos da culpa, dano e presunção de inocência, e corresponde à conceptualização da infração de perigo abstrato-concreto[701].

A categoria dos tipos de perigo, na medida em que antecipam o caráter antijurídico de uma conduta para o momento da colocação em perigo de um bem jurídico, e não a sua lesão efetiva, deve interpretar-se ainda mais restritivamente. Isto significa que deve existir um consenso, quase empírico, relativamente à grave nocividade destas condutas para que possam sancionar-se em virtude de um tipo de perigo[702].

Consequentemente, o princípio da ofensividade exige uma definição, de forma clara, do bem jurídico tutelado na intervenção ao abrigo da proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência[703]. Exige ainda a aplicação de um critério de proporcionalidade, de necessidade e de adequação, tendo em conta os valores potencialmente em confronto. Tendo em conta a discussão de que demos conta na Parte I do nosso trabalho, quanto ao critério de intervenção do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como as inflexões jurisprudenciais demonstradas supra, no Capítulo 1, entendemos que também neste particular a

[700] *Vide* páginas 91 e ss, *supra*.

[701] Para mais desenvolvimentos BRONCKERS & VALLERY, 2011.

[702] ALFARO & BAÑO FOS, 2015: 91.

[703] Na definição de FIGUEIREDO DIAS, um bem jurídico é a "*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso socialmente reconhecido como valioso*", *cfr.* FIGUEIREDO DIAS, 2007: 114.

aplicação destas disposições beneficiaria de critério objetivos que propiciassem maior clareza na análise.

Deste modo, conforme vermos na Parte III do nosso trabalho, torna-se necessária uma proposta de clarificação de permita compatibilizar a interpretação do conceito de práticas concertadas e, acessoriamente, de práticas concertadas restritivas da concorrência, com os princípios aplicáveis a infrações de natureza parapenal.

Este exercício é particularmente urgente numa economia onde a informação e as formas de acompanhar a informação proliferam e aumentam os pedidos de intervenção do direito da concorrência para prover a um conjunto de realidades relativamente novas, ao mesmo tempo que as consequências das infrações de direito da concorrência sofrem um alargamento exponencial.

Na verdade, relembramos que, a par de um *public enforcement*, por parte da CE e dos EM, sem paralelo em qualquer outra jurisdição do mundo, incluído os EUA, a transposição da *Diretiva de Danos* nos ordenamentos nacionais abrirá, a breve trecho, uma nova frente judicial de *private enforcement* que aumentará a exposição das empresas sancionadas por violação da proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência.

Na verdade, esta diretiva, bem como os regimes de transposição, em particular o regime nacional, preveem ações indemnizatórias *standalone*, mas também ações judiciais *follow on*, após uma decisão de *public enforcement*, em que os requisitos de uma prática concertada restritiva da concorrência e o impacto da mesma em termos de danos terão de ser demonstrados pelo demandante, que poderá fazer-se valer, precipitadamente, da sucessão de presunções estabelecidas, em termos demansiado latos, como vimos, pelas autoridades administrativas e judiciais, com a aparente ajuda da teoria económica.

4. CONCLUSÃO PRELIMINAR

Em face do *supra* exposto, podemos concluir, em primeiro lugar, que o conceito de práticas concertadas teve vários momentos de edificação jurisprudencial, com base numa cadeia de presunções construídas pelo TJUE e replicada, em grande medida, no plano nacional.

Em todos os casos apreciados na Parte II do nosso trabalho, a existência de práticas concertadas parte de "contactos" ou "comunicações", sem que, ao contrário do que sucede na delimitação de existência de um acordo, a qualificação da conduta se distinga claramente da restritividade desta, o que prejudica a identificação destas condutas por parte de empresas e, se aplicável, pessoas físicas, os potenciais destinatários das sanções por infração desta proibição.

Com efeito, após o acórdão *Dyestuffs*, a delimitação do conceito de práticas concertadas envolveu um conjunto de expressões, nem sempre coincidentes, como coordenar, concordar, correlacionar e coludir, com referências vagas à necessidade de consciência, que o conceito anglo-saxónico de "*meeting of minds*" parece corroborar, enquanto a necessidade de exteriorização que parece decorrer do conceito de "práticas" não resulta igualmente clara e parece poder corresponder a uma mera inação.

A dificuldade em discernir os elementos constitutivos de cada um dos requisitos da proibição de acordos e práticas concertadas é particularmente clara no contexto da apreciação de partilhas de informação como restrições da concorrência autónomas, sendo que as próprias *Orientações Horizontais*, no capítulo relativo à partilha de informação, dedicam a maior parte da sua discussão à análise de práticas concertadas.

Os intercâmbios/partilhas de informação, assumindo a forma de práticas concertadas, são, na verdade, a generalidade das condutas investigadas e sancionadas pelas autoridades de concorrência, em particular no plano horizontal, tendo em conta que o fim do sistema de notificação prévia e o reforço das atividades de *public enforcement* nos últimos vinte anos ameaçaram de extinção os acordos restritivos da concorrência (com exceção do algo inesperado regresso ao mundo dos vivos das restrições verticais).

Num contexto económico em que a informação prolifera, tão irrelevante como essencial, tornou-se particularmente difícil distinguir em que medida a circulação de informação pode constituir coordenação para efeitos do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência.

Todavia, as dificuldades interpretativas não têm impedido a utilização frequente desta categoria de condutas, de forma isolada ou em conjugação com a classificação de acordos. Na verdade, em segundo lugar, podemos concluir que o aligeiramento da noção de prática concertada no plano da UE, que os EM parecem ter acabado por replicar, facilita a tarefa de determinar se o

entendimento alcançou um grau suficiente para ser considerado um acordo ou se é, em qualquer caso, uma concertação, sendo que, como vimos, em várias ocasiões, uma conduta é simultaneamente qualificada como acordo e prática concertada.

Deste modo, caso não se consiga demonstrar a existência de um plano comum, bastarão contactos, comunicações ou comportamentos paralelos para que o Artigo 101.º do TFUE e o Artigo 9.º da Lei da Concorrência possam ter aplicação às condutas em causa, permitindo ainda, com maior facilidade, abranger condutas continuadas em períodos temporais prolongados. O conceito de práticas concertadas, pelo seu potencial de abranger um conjunto alargado de condutas, afigurava-se, voltando à metáfora inicial, o "príncipe" da aplicação efetiva do Direito da Concorrência. Todavia, a abordagem utilitarista deste requisito, à semelhança do que sucede com outros elementos de disposições de aplicação do Direito da Concorrência, decorre da preferência dos aplicadores pela adoção de critérios imprecisos do ponto de vista jurídico, que aligeiram o ónus probatório por parte das entidades administrativas e o "ogre" começa a mostrar-se, debaixo da máscara.

Contribuem ainda para esta situação de incerteza a descontextualização da jurisprudência da UE, replicada pela jurisprudência nacional, e a utilização crescente do regime de clemência e de procedimentos negociais, legalmente previstos ou *avant la letre*, o que diminuiu a conceptualização e a construção dogmática dos requisitos de aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.

Em terceiro lugar, é relevante notar que a tibieza e incerteza da construção dogmática do requisito da verificação de práticas concertadas dificultam, de sobremaneira, a integração de condutas novas e atípicas. Todavia, ao contrário do que ditaria a prudência, têm sido constantes as tentativas, no plano nacional e no plano da UE, no sentido de expandir as fronteiras do requisito para abranger condutas indiretas e, aparentemente, unilaterais, as condutas *hub and spoke*, nas suas várias configurações, bem como condutas com base em plataformas *digitais* e *software* utilizando algoritmos, cuja especificidade não foi ainda, em nosso entender, suficientemente demonstrada.

Com efeito, pudemos concluir, a título preliminar, que as discussões relativas às novas fronteiras das restrições horizontais, dos intercâmbios ou das partilhas de informação são, afinal, na sua maioria, debates relativos às novas fronteiras da delimitação do conceito de

práticas concertadas, situação que é agravada pela circunstância de o debate relativo a este conceito não ter ainda sido satisfatoriamente encerrado no mundo "analógico".

Em quarto lugar, uma análise de direito comparado, utilizando como referência o Direito da Concorrência mais desenvolvido do mundo, e inspirador do direito da UE, em vigor nos EUA, revela-nos um grau superior de exigência neste âmbito.

Na verdade, num momento em que a UE se prepara para conjugar, assumidamente, *private* e *public enforcement*, talvez não seja despiciendo considerar que a proximidade material entre as normas do TFUE e do *Sherman Act* - acarretando consequências que estão, grosso modo, na esfera penal e, cada vez mais, civil - deverá determinar um standard de prova mais exigente do que a mera existência de "contactos" e "inação".

Em quinto lugar, parece ainda resultar do *supra* exposto que a ideia fundamental subjacente ao conceito de prática concertada, bem como ao conceito de restrição da concorrência, parece corresponder à remoção da incerteza e da autonomia de atuação no mercado, uma ideia de base aparentemente económica.

Este entendimento pode, uma vez mais, ser enganoso e resultar da necessidade que o Direito da Concorrência tem de renegar a sua natureza de sobremaneira jurídica em prol de uma pretensa maior cientificidade dos raciocínios económicos. Neste sentido, não podemos deixar de destacar que, aparentemente, sobretudo se descontextualizada, mesmo a teoria económica oferece explicações díspares quanto ao impacto pró ou anticoncorrencial da comunicação no mercado, em especial entre concorrentes.

Ademais, em face do *supra* exposto, não vemos em que medida é que a teoria económica pode contribuir de forma decisiva para a conceptualização do conceito de práticas concertadas, o mesmo já não sucedendo, provavelmente, com o conceito de restrição da concorrência. Na verdade, as considerações económicas que as *Orientações Horizontais* e a jurisprudência aplicável a este particular tecem são de restritividade jusconcorrencial a propósito da ideia de concertação. Com efeito, todas as considerações relativas a teorias cooperativas de dano e apreciação do contexto jurídico-económico das condutas são, da nossa observação, adequadas para determinar a restritividade da conduta em causa, após a classificação daquela como acordo ou prática concertada.

Em sexto lugar, perante a tentativa de justificação económica de um conceito que é, relembramos, jurídico, tal como incluído no TFUE e nas leis nacionais, incluindo a Lei da Concorrência, importa relembrar que a aplicação de legislação que conduz a sanções cujo limiar excede, em muitos casos, o limiar penal aplicável a empresas, a que acrescerá, crescentemente, responsabilidade civil com base em *follow on actions*, terá de respeitar os princípios da legalidade, que se traduz em certeza e segurança jurídicas, da culpa, que garante a presunção de inocência, e da ofensividade, que determina que só podem ser aplicadas sanções quando estão em causa valores fundamentais bem definidos.

Além do mais, de acordo com os princípios aplicáveis a direitos fundamentais, como são a liberdade económica e a liberdade de empresa constitucionalmente garantidas, que a aplicação do Direito da Concorrência restringe, em nome de um objetivo de eficiência económica que delimitaremos em maior detalhe no ponto seguinte, a interpretação do conceito de práticas concertadas e de práticas concertadas restritivas da concorrência terá de obedecer ao princípio da proporcionalidade, se essa restrição foi necessária e adequada.

Por seu turno, os juristas estão preocupados em assegurar a possibilidade de aconselharem de forma clara os seus clientes a não entrarem em comunicações privadas com concorrentes e os juízes em impor coimas a condutas censuráveis e previsíveis, enquanto os economistas se fixam em situações em que as empresas num qualquer setor têm preços mais elevados do que um determinado *benchmark* concorrencial, o preço de equilíbrio num determinado mercado. A distinção entre estas abordagens é importante, uma vez que a colusão económica não envolve, necessariamente, qualquer coordenação entre empresas. Adicionalmente, apesar de ineficiente, do ponto de vista técnico, a colusão meramente económica não justifica, de forma inevitável, a intervenção do Direito da Concorrência.

Por fim, como derradeira e definitiva conclusão deste ponto, tendo em conta a investigação empreendida até ao momento, consideramos que se impõe uma proposta de clarificação do conceito de práticas concertadas e do conceito de práticas concertadas restritivas da concorrência, o que faremos, em seguida, na Parte III do nosso trabalho.

PARTE III – CONTRIBUTO PARA UM CONCEITO COERENTE E SISTEMATICAMENTE INTEGRADO DE PRÁTICAS CONCERTADAS

Em face das dificuldades *supra* expostas quanto à delimitação do conceito de práticas concertadas, de práticas concertadas restritivas da concorrência, de intercâmbios de informação diretos ou indiretos e de partilha unilateral, pública ou privada, importa apresentar os contributos da nossa investigação para a clarificação e reforço da coerência da apreciação de práticas concertadas restritivas da concorrência, em particular, um conceito de práticas concertadas conforme aos princípios jurídicos que abranjam a prática presente e estejam preparados para os desafios futuros, no que concerne o alargamento da difusão de informação, bem como a digitalização.

Tendo em conta as dificuldades, como vimos, em alterar as disposições em causa, sobretudo no plano da UE - uma vez que a vaguidade daquelas talvez seja, conforme constatámos, a explicação para que possam sequer existir -, a nossa proposta de clarificação diz respeito à interpretação das disposições existentes de forma compatível com os princípios jurídicos aplicáveis ao Direito Sancionatório, em articulação, não em subordinação, com o quadro económico aplicável a este tipo de condutas.

Todavia, comecemos por fazer um esclarecimento, em nosso entender, central, do ponto de vista da fundamentação económica e dos bens jurídicos tutelados pelo Direito da Concorrência, que terão de ser tutelados, como referimos, de forma compatível com o princípio da proporcionalidade.

1. A AFIRMAÇÃO DA CENTRALIDADE DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

Em primeiro lugar, importa clarificar que, como já indiciámos anteriormente, o Direito da Concorrência está ao serviço da democracia económica, não obstante as dificuldades que assinalámos, na Parte 1 do nosso trabalho, em determinar o critério relevante, necessariamente económico, para delimitar o bem jurídico em causa no contexto da aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência.

Na verdade, esta delimitação é, desde logo, exigida, como vimos, pelo princípio da ofensividade, a que fizemos referência *supra*, uma vez que a adequação da interpretação destas disposições dependerá, naturalmente, do ponto de referência em termos de tutela.

Com efeito, a CRP, à semelhança do que sucede na generalidade das constituições dos EM, confere tutela à iniciativa económica privada. Tal tem lugar, desde logo, no Artigo 2.º do texto constitucional, que faz uma referência expressa à promoção da democracia económica como tarefa fundamental do Estado de Direito democrático, mas, principalmente, no Artigo 61, n.º 1, da CRP, que se refere à tutela da iniciativa económica privada "*exercida livremente nos quadros definidos pela Constituição*" e, note-se, em particular "*tendo em conta o* ***interesse geral***"[704].

Além disso, o Artigo 81.º da CRP, na sua alínea f), incumbe o Estado de assegurar "*o funcionamento eficiente dos mercados, de forma a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*". Também no Artigo 99.º da CRP se realça a importância do combate a condutas especulativas e a práticas comerciais restritivas.

É no encontro entre os valores da iniciativa económica privada e os valores económicos de interesse geral, ambos com consagração constitucional, que a proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência se insere. É com este enquadramento normativo como pano de fundo, e respetivas exigências particulares de determinabilidade e segurança jurídica, que devemos procurar o critério económico do "*funcionamento eficiente dos mercados*" a que a própria Constituição se refere.

No atual estádio de desenvolvimento da aplicação do Direito da Concorrência, a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, em todas as suas vertentes, incluindo as eventuais condutas de partilha de informação com concorrentes, tem como substrato económico a promoção da eficiência económica, devendo ser afastados, conforme referido,

[704] De acordo com o Artigo 2.º da CRP, "*a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa*". Já o Artigo 61.º, n.º 1 da CRP dispõe que "*a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei tendo em conta o interesse geral*".

quaisquer outros objetivos, em especial os de natureza política, disfarçados de "política industrial", que parecem ter feito um regresso, algo inesperado, nos últimos meses[705].

Todavia, conforme indiciado anteriormente, prossegue ainda o debate quanto ao critério, em concreto, utilizado para aferir se determinadas condutas promovem ou restringem a eficiência económica e que eficiência económica deve ser tutelada (*i.e.*, eficiência alocativa, produtiva e dinâmica) e, em particular, como é que esses conceitos integram as disposições normativas em análise.

Os autores e a jurisprudência norte-americanos, influenciados pela Escola de Chicago, bem como pelas correntes pós-Chicago, a que nos referimos *supra*, fazem referência, nesta sede, ao critério do bem-estar do consumidor[706]. No âmbito da UE, bem como no plano nacional, as referências a este critério, como bem jurídico tutelado pelas disposições de concorrência e, em particular, pela proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, são cada vez mais frequentes nas proclamações políticas, ao invés de nos resultados judiciais[707].

Todavia, a análise incluída anteriormente demonstra que não é claro o que se quer significar com as sucessivas menções a bem-estar dos consumidores, sendo que a forma como este critério tem sido interpretado não é isenta de dificuldades, no sentido de determinar, por um lado, o que constitui, em concreto, o referido bem-estar e, por outro, que operadores económicos estão compreendidos no conceito de "consumidor". Na verdade, como refere ORBACH, "*academic confusion and thoughtless judicial borrowing led to the rise of a label that thirty years later* ***has no clear meaning***"[708].

Antes de procurarmos concretizar esta problemática, importa realçar, a título prévio, que o bem-estar do consumidor não se confunde com questões relativas à proteção do consumidor enquanto tal, tendo em conta que a proteção do consumidor e o Direito da Concorrência são

[705] *Vide*, neste sentido, as propostas franco-alemãs para a criação de campeões europeus surgidas no início de 2019, disponíveis em https://www.economist.com/europe/2018/12/18/the-eus-industrial-policy-fans-want-to-go-back-to-the-70s (consultado em 11 de maio de 2019). Para mais desenvolvimentos, *vide* FARIA, 2019.

[706] Vide páginas 150 e ss, supra.

[707] AKMAN, 2009: 71: '*as far as this author is able to detect, the term 'consumer welfare' has been used in merely two competition cases by the Court of First Instance … and has never been referred to by the European Court of Justice*'.

[708] ORBACH, 2011, p. 134.

áreas complementares e que o "consumidor" tutelado em cada uma destas não é, sequer, necessariamente o mesmo.

A maioria das diretivas da UE em relação à proteção dos consumidores define-os como pessoas singulares, que atuam fora da sua atividade comercial, negócio ou profissão, enquanto o Direito da Concorrência, sem prejuízo de algumas *nuances*, considera globalmente como consumidores os operadores do lado da procura, incluindo pessoas singulares, pessoas coletivas, consumidores finais ou adquirentes intermédios[709]. Esta abordagem mais ampla, apesar de, talvez, contraintuitiva, explica-se, precisamente, pelo facto de o Direito da Concorrência não se confundir com o Direito do Consumidor enquanto garante dos interesses das partes mais fracas nas transações.

Na verdade, como indiciámos no enquadramento da Parte I do nosso trabalho, as normas de concorrência relativas à proibição de todas as formas de concertação têm como foco eliminar o comportamento anticoncorrencial resultante da coordenação entre operadores económicos, de concentrações de empresas ou de condutas unilaterais por parte de empresas em posição dominante, ao passo que as normas de Direito do Consumidor centram-se em problemáticas que as normas de concorrência são inadequadas para solucionar, apoiando a parte mais fraca nas transações, tendo em conta situações de informação imperfeita, publicidade abusiva e enganosa, resolução de litígios ou a alocação de responsabilidade relativa aos bens e serviços contratuais.

Para utilizar a explicação de AVERITT e LANDE, o Direito da Concorrência procura solucionar falhas de mercado externas ao consumidor, uma afirmação que se torna imediatamente percetível se tivermos em conta que um consumidor racional, experiente e bem informado, e, nesse sentido, menos necessitado da tutela de Direito do Consumidor, terá, ainda assim, muitas dificuldades em proteger-se de um cartel ou dos abusos de um monopolista, precisando da intervenção do Direito da Concorrência[710].

[709] Por exemplo, Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, JOUE L 304, 22.11.2011, p. 64-88.

[710] AVERITT & LANDE, 1997, p. 714 - 743.

Todavia, o critério de eficiência económica relativo ao bem-estar do consumidor pode, como já deixámos indiciado na primeira parte do nosso trabalho, ser suscetível de várias abordagens, que procuraremos sintetizar em seguida e cuja correspondência no plano normativo da UE e dos EM iremos, por fim, traçar.

Conforme referido anteriormente, a eficiência económica tem várias configurações, que aflorámos na parte inicial do nosso trabalho, e que correspondem à eficiência alocativa, à eficiência de Pareto, à eficiência produtiva, centrada nos custos, e à eficiência dinâmica, que enfatiza o impacto da inovação[711].

Para tornar a apreciação económica ainda mais complexa, dentro da ideia de eficiência alocativa, existem, desde logo, dois critérios possíveis: o critério do bem-estar total e o critério do bem-estar do consumidor, que, por seu turno, é ainda passível de várias interpretações quanto aos agentes económicos que merecem esta classificação.

A estes parâmetros acresce, ainda, outro elemento de confusão, que decorre da circunstância de autores da Escola de Chicago, em particular BORK, terem utilizado, de forma tão apelativa quanto pouco técnica e contraintuitiva, a ideia de bem-estar do consumidor como sinónimo para bem-estar total, desencadeando a chamada *armadilha* de Chicago, a *Chicago trap*[712].

Na verdade, o bem-estar total, ou bem-estar social, não se confunde com o bem-estar do consumidor, uma vez que o primeiro se traduz na maximização do excedente total - que corresponde, relembramos, à soma do excedente do consumidor e do excedente do produtor -, independentemente dos beneficiários desses ganhos de eficiência.

Utilizando o critério de eficiência de *Kaldor-Hicks* - também denominado "*teste da compensação hipotética*" -, o bem-estar total será, em qualquer caso, maximizado, desde que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem, o que, para o que este trabalho

[711] Para mais desenvolvimentos, *vide* MOURA E SILVA, 2008, pp. 24 e ss.

[712] A jurisprudência norte-americana, provavelmente em virtude desta imprecisão doutrinal, não é particularmente esclarecedora no que diz respeito ao standard de bem-estar a utilizar. No acórdão *Brooke Group Ltd*, o *Supreme Court* fez referência ao bem-estar do consumidor e à concorrência pelos preços. Também o já referido acórdão *Leegin* faz referência aos interesses do consumidor como critério para distinguir restrições pró e anticoncorrenciais. Diferentemente, no acórdão *Verizon*, o Tribunal preferiu tolerar prejuízos de curto prazo para os consumidores em troca de benefícios futuros em termos de eficiência produtiva e dinâmica.

releva, determinaria a desnecessidade de intervenção do Direito da Concorrência quando um incremento do excedente do produtor é superior à perda do excedente do consumidor[713].

De acordo com este entendimento, importaria ainda considerar que o acréscimo em termos de excedente do produtor se repercute no crescimento do bem-estar do consumidor, uma vez que, conforme referem VAN DEN BERGH e CAMESASCA, até um monopolista transferirá, pelo menos em alguma medida, a sua redução de custos marginais para os consumidores[714].

O enfoque do Direito da Concorrência não seria, assim, a transferência de excedente dos consumidores para os produtores, mas as perdas absolutas de bem-estar no mercado, em virtude do exercício de poder de mercado gerador de ineficiência de custos e *rent seeking*[715]. Tendo em conta que a compensação que decorre deste critério é hipotética, as preocupações distributivas são remetidas para outros instrumentos, como a política fiscal[716].

Este critério, como explicam TOWNLEY e MOTTA, não é adequado, porque é mais suscetível de beneficiar os produtores do que os consumidores, uma vez que aqueles são o grupo de interesses mais disponível para investir recursos de forma a conseguir o maior retorno em termos de captura de bem-estar e, tipicamente, utilizam as suas vantagens informativas e de *timmig* para condutas que, por norma, visam incrementar o seu próprio bem-estar[717].

De um ponto de vista prático, adotar este critério significaria pôr em causa os interesses do consumidor, em sentido estrito, uma categoria que, por definição, inclui a generalidade dos agentes económicos.

Ainda dentro da eficiência alocativa, afigura-se mais apropriado o critério do bem-estar do consumidor propriamente dito, *i.e.*, em nosso entender, dos agentes económicos parte da procura no mercado[718].

---

[713] VAN DEN BERGH & CAMESACA, 2006: 29-30.

[714] VAN DEN BERGH & CAMESASCA, 2006: 30-31.

[715] BORK, 1978: 90 refere inclusivamente que "*Consumer welfare is greatest when society's economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation*".

[716] BORK, 1993: 90.

[717] TOWLEY, 2009: 19 e MOTTA, 2009a: 20-22.

[718] WERDEN, 2009: 11.

O critério do bem-estar do consumidor, entendido como procura, aplica-se a toda a atividade de consumo, num plano agregado, disperso por um conjunto mais alargado de operadores económicos, ao invés do que sucede no caso do bem-estar dos produtores, que tende a ser concentrado num conjunto mais limitado de operadores.

A interpretação mais estrita e objetiva deste critério, no plano da otimização da alocação de recursos, faz corresponder o bem-estar do consumidor à maximização do excedente do consumidor, impedindo restrições de *output*, em virtude do exercício de poder de mercado, centrando-se no excedente do consumidor a curto prazo, sem considerar os benefícios de eficiência para os produtores, a menos que sejam passados para os consumidores[719].

Uma interpretação estrita de bem-estar do consumidor apresenta também a vantagem de ser mais fácil de aplicar pelos tribunais e pelas autoridades de concorrência, uma vez que o incremento de preços e a redução da produção ocasionados, no que para este estudo releva, pela coordenação entre empresas, são, geralmente, suficientes para concluir que os consumidores são prejudicados por uma determinada conduta.

Pelo mesmo motivo, o critério do bem-estar do consumidor no curto prazo torna também mais fácil monitorizar o *enforcement* das autoridades de aplicação do Direito da Concorrência, evitando situações de sub e sobreaplicação das normas.

Os defensores de uma interpretação mais dinâmica deste critério argumentam que o enfoque no excedente do consumidor no curto prazo ignora a tensão entre os interesses imediatos dos consumidores e ponderações de inovação e eficiência produtiva suscetíveis de ter, no longo prazo, impacto benéfico na esfera destes[720].

Esta crítica conduz à interpretação do bem-estar do consumidor como um objetivo de longo prazo, em que o prejuízo para os consumidores atuais tem de ser contrabalançado com os benefícios, de natureza mais especulativa, em relação a futuros consumidores, em particular no que respeita à eficiência produtiva e dinâmica. Assim, o interesse imediato dos consumidores pode ser temporariamente subordinado ao bem-estar total se, no longo prazo, receberem uma

[719] CSERES, 2005: 313.

[720] BROADLEY, 1987: 1036.

parte relevante desse bem-estar total, se a restrição de curto prazo for proporcional e se a concorrência puder ser restabelecida no mercado[721].

A dificuldade desta *nuance* interpretativa reside na sua implementação, e na incerteza que gera, tanto à efetiva existência de ganhos de eficiência deste tipo, como no que concerne a passagem destes para a esfera dos consumidores finais[722]. Na verdade, a conexão entre redução de custos e difusão de inovações e a concorrência pelos preços não é instantânea, nem clara, sendo que, como observa PITTMAN, "*the compensation principle does not pay the rent*"[723].

A adoção de um standard de verdadeiro bem-estar do consumidor no plano da UE parece ter apoio, desde logo, no enquadramento sistemático do TFUE. ALBORS-LLORENS e JONES chamam a atenção para o Artigo 12.º do TFEU, que dispõe que "*As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União*"[724].

Também em áreas vizinhas de aplicação de Direito da Concorrência, como o controlo de concentrações de empresas, os consumidores, interpretados como os adquirentes, intermédios e finais, surgem como objeto de tutela. Na verdade, o Artigo n.º 2.º, n.º 1, alínea b) do Regulamento das Concentrações dispõe que, na apreciação de operações de concentração, é necessário considerar "*os interesses dos consumidores intermédios e finais"* acrescentando, aparentemente, num plano mais subsidiário, "*a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência*".

A letra do próprio Artigo 101.º do TFUE, omissa quanto ao substrato económico da aplicação do n.º 1, parece dar algumas indicações neste sentido no n.º 3, o qual, à semelhança do que sucede no Artigo 10.º da Lei da Concorrência, se refere a benefícios para os "*utilizadores*". Esta terminologia, que, em nosso entender, quer significar os operadores económicos do lado da procura e não apenas os consumidores finais, é também utilizada pelas versões francesa, "*utilisateurs*", e espanhola, "*usuários*", e os benefícios em causa passam pelo processo de

[721] BROADLEY, 1987: 1039.

[722] CSERES, 2007: 138-139.

[723] PITTMAN, 2007: 212.

[724] ALBORS-LLORENS & JONES, 2016: 13.

criação e disponibilização dos produtos no mercado, uma ideia que se pode reconduzir ao conceito de eficiência produtiva e, em alguma medida, de eficiência dinâmica, eficiências estas cujo impacto nos consumidores é, como vimos, diferido no tempo[725].

Este entendimento parece ser corroborado pelo antigo Comissário Monti, que considera que estão em causa, nesta disposição, ganhos de eficiência que correspondem a "*Lower costs, new products or services or products or services of a better quality*"[726]. No mesmo sentido, FAULL e NIKPAY referem, no âmbito do balanço económico positivo, a redução de custos e o aumento de produtividade, a melhoria da qualidade e da escolha e o progresso tecnológico[727]. Também BELLAMY e CHILD consideram que esta disposição estará preenchida se a coordenação entre as partes puder conduzir a uma melhor utilização dos recursos, como uma racionalização da produção, a obtenção de economias de escala ou o desenvolvimento mais rápido de novos produtos[728].

Deste modo, o balanço económico positivo previsto no Artigo 101.º, n.º 3, bem como no Artigo 10.º da Lei da Concorrência, parece replicar a alternativa que apresentámos *supra* para a interpretação de longo prazo do bem-estar do consumidor, em que se traçam considerações de eficiência produtiva e no plano da inovação, exigindo-se que uma parte equitativa dos ganhos de eficiência seja passada para os adquirentes, os quais, na verdade, podem ter de pagar mais, ou não consumir, de forma a propiciar o incremento de eficiência produtiva e eficiência dinâmica. As dificuldades em termos de certeza jurídica que apontámos a esta alternativa correspondem, no essencial, aos problemas de aplicação do balanço económico positivo e, provavelmente, justificam a sua escassa utilização fora das isenções por categoria, conforme demonstrámos na Parte I.

Por seu turno, as condições negativas do balanço económico positivo estão previstas no sentido de assegurar a transferência dos ganhos de eficiência para os utilizadores, incluindo-se nesta linha de raciocínio a condição de não eliminação da concorrência, que, em nosso entender, visa, igualmente, garantir a transferência de uma parte equitativa do benefício, em termos de

[725] Realçando as consequências desta escolha terminológica, OLIVEIRA PAIS, 2011: 606.

[726] MONTI, 2000: 6.

[727] FAULL & NIKPAY, 1999, parágrafo 2.127-2.153.

[728] ROSE, 1993, parágrafo 3-022.

eficiência produtiva e dinâmica, para os utilizadores, de forma a impedir que o balanço económico positivo se possa aplicar caso a coordenação em causa possa resultar em barreiras adicionais à entrada no mercado suscetíveis de gerarem situações de ineficiência que se traduzam na eliminação da concorrência[729].

A consequência lógica de se considerar a eficiência produtiva e dinâmica em sede de balanço económico positivo, *i.e.*, num segundo momento da análise, indicia que será outra a eficiência tutelada pela proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, para que o balanço económico positivo possa, de facto, funcionar como um contraponto nesta sede. Conforme refere IRELLI, se, para efeitos do Artigo 101.º, n.º 1, tivéssemos de apreciar o efeito global do acordo no bem-estar económico, as condições do balanço económico positivo seriam irrelevantes[730].

Tendo em conta este contexto, o Artigo 101.º n.º 1, do TFUE e, consequentemente, o Artigo 9.º da Lei da Concorrência, tutelam a eficiência alocativa, traduzida no critério do bem-estar do consumidor de curto prazo. Assim, é imperativo concluir que a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência visa a promoção da eficiência alocativa, *i.e.*, limitações ao bem-estar do consumidor de curto prazo, traduzido de forma "objetiva" e "palpável" no excedente do consumidor[731].

A eficiência alocativa é, como vimos, um estado em que a produção vai ao encontro das preferências dos consumidores, sendo os benefícios marginais iguais aos custos marginais, maximizando o excedente do consumidor. A compressão do excedente do consumidor, ou seja, a restrição da concorrência, significa uma limitação da oferta, ocasionada pela conduta dos operadores económicos, resultando em preços mais elevados. Nas palavras de EVANS, que subscrevemos, a única forma fiável de determinar se certas condutas prejudicam os consumidores é averiguar o impacto junto destes, através de três questões essenciais *"Have they raised prices, reduced output, or reduced quality*?"[732]

[729] Em sentido contrário, GYSELEN, com base no parágrafo 105 das *Orientações relativas ao Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE*, que estão desatualizadas e carecidas de revisão, parece incluir o entendimento de que este requisito se destina a tutelar a "*rivalidade e o processo concorrencial*".

[730] IRELLI, 2009: 287–306.

[731] NAZZINI, 2006: 510 e ss.

[732] EVANS, 2001: 545-456.

Esta mesma filosofia pode aplicar-se às normas nacionais, cuja fonte é o Artigo 101° do TFUE, que utilizam os mesmos conceitos que têm sido intensamente trabalhados e estudados e valem para o nosso Direito interno, tendo o legislador optado por manter uma letra próxima da fonte, sem especificar os respetivos requisitos[733].

Tendo clarificado, entendemos, de forma convincente, que a aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência tem de ter como referencial económico a eficiência alocativa, traduzida no critério do bem-estar do consumidor a curto prazo, procuraremos, no ponto seguinte, determinar em que medida este substrato económico deverá ser juridicamente enquadrado de forma compatível com os princípios que enformam o sistema jurídico em que se inserem.

2. A DELIMITAÇÃO AUTÓNOMA DA EXISTÊNCIA DE UMA PRÁTICA CONCERTADA E DA EXISTÊNCIA DE UMA RESTRIÇÃO DA CONCORRÊNCIA

A confusão de planos entre o requisito das práticas concertadas e o requisito da restrição da concorrência exige, em nosso entender, por tudo o que dissemos *supra*, em especial na Parte II, uma clarificação. É, por isso, necessário aclarar, de forma autónoma e sequencial, os critérios para a delimitação do requisito das práticas concertadas e do requisito da restrição da concorrência, *i.e.*, só após a determinação da existência de uma prática concertada é que fará sentido avançar para a determinação do caráter restritivo da prática em causa.

Na verdade, decorre do exposto anteriormente que, na nossa opinião, uma das principais insuficiências de que tem enfermado a apreciação das restrições da concorrência tem sido a utilização de critérios fluidos e inconsistentes, aplicando-se, aparentemente, os mesmos critérios para delinear a existência de uma concertação entre operadores e a restritividade destas condutas.

Ademais, como vimos, a diferença entre restrições por objetivo e por efeito é, igualmente, esbatida em casos de práticas concertadas, em consequência, precisamente, desta metodologia

[733] Sentença do TCL no Processo 1085/11.0TYLSB, de 24 de julho de 2012, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/DJC_21_11_TCL24jul2012.pdf (consultado em 11 de maio de 2019), p. 58.

de atuação pouco clara, em que o objetivo anticoncorrencial das condutas tem sofrido um progressivo alargamento, não obstante a ideia comportamental, que esteve presente em alguns momentos do desenvolvimento jurisprudencial, poder remeter para uma ideia de exteriorização da conduta que, como vimos anteriormente, não se confunde com restrição por efeitos.

Os conceitos legais, em obediência ao princípio da legalidade, têm de encontrar correspondência na letra da disposição legal em causa e têm de respeitar a coerência em relação ao sistema jurídico em que se inserem.

Neste sentido, os requisitos probatórios nos casos de práticas concertadas relacionam-se apenas com a demonstração da coordenação entre empresas independentes, como resulta da ideia de "concertação", em conjugação com o conceito de "prática", que remete para um elemento comportamental de ação visível, enquanto a restrição da concorrência, como veremos, se prende com o nível de ameaça à eficiência alocativa, sujeita à distinção objetivo/efeito, independentemente de se tratar de um acordo ou de uma prática concertada.

Conforme resulta do *supra* exposto, é particularmente difícil determinar os requisitos concretos da existência de uma prática concertada, tendo em conta a formulação e reformulação que estes critérios foram merecendo, ao longo do tempo, sob uma aparente capa de continuidade, como é típico da jurisprudência da UE e, também, em grande medida, da jurisprudência nacional.

Importa determinar um critério autónomo de delimitação da existência de práticas concertadas que permita discernir todas as situações suscetíveis de recair neste âmbito, incluindo anúncios públicos de preços e condições comerciais, partilhas indiretas de informação, bem como a utilização de plataformas eletrónicas e de *software* com base em algoritmos.

2.1 *Proposta de Clarificação do Requisito das Práticas Concertadas para Efeitos de Aplicação do Direito da Concorrência*

Conforme resulta das Partes I e II do nosso trabalho, a delimitação do requisito das práticas concertadas, para efeitos da aplicação do Artigo 101.º do TFUE e das normas equivalentes de direito interno, incluindo o Artigo 9.º da Lei da Concorrência, alterna entre conceptualizações que englobam alegadas exigências de contactos, concertação, paralelismo comportamental e nexo de causalidade, passando pela transformação de contactos em práticas concertadas

restritivas da concorrência, com base num conjunto de presunções, desembocando num aparente atenuar da exigência neste âmbito.

Vejamos então, de forma abrangente, as clarificações necessárias, neste âmbito, com base em dois pontos fundamentais que, em nosso entender, simplificam a análise deste tipo e têm correspondência, simultaneamente, na lei e na jurisprudência original e mais recente.

Conforme refere, pertinentemente, MOURA E SILVA, a identificação de práticas concertadas adota, na essência, duas metodologias possíveis[734]. Por um lado, a investigação pode partir da concentração e, por outro, a investigação pode partir de um comportamento "suspeito" do mercado, geralmente reconduzível a um comportamento paralelo. Qualquer que seja a metodologia adotada, terá de passar, em nosso entender, por estes dois elementos, que detalharemos em seguida, e cuja demonstração assentará, normalmente, em prova indiciária.

Neste sentido, relembramos que a prova indireta, prova indiciária, ou prova circunstancial é admissível no plano do Direito Sancionatório, estando prevista expressamente na *soft law* da AdC, nas *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos*, com apoio na jurisprudência da UE e na jurisprudência do STJ relativa a matéria penal [735].

Importa realçar que a admissibilidade probatória dos referidos indícios está subordinada a um conjunto de requisitos destinados a evitar que recaiam no escopo de disposições sancionatórias condutas inocentes. Na verdade, a prova indiciária terá de ter uma elevada carga de persuasividade, o que ocorrerá quando a máxima da experiência que é formulada exprima uma regra que tem um amplo grau de probabilidade. Ademais, os indícios têm de ser inequívocos e insuscetíveis de outras interpretações e os vários indícios terão de ser concordantes[736].

O STJ detalha de forma ainda mais abrangente os requisitos da prova indiciária que, em nosso entender, pelos motivos de proximidade material entre sanções de concorrência e sanções penais que temos vindo a indicar no nosso trabalho, terão plena aplicação aos conceitos e disposições que aqui nos ocupam.

---

[734] MOURA E SILVA, 2018: 676.

[735] Disponíveis em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Paginas/LO_Instrucao_Processos2013.aspx (consultado em 11 de maio de 2015), nota de rodapé 136.

[736] Neste sentido e mais desenvolvidamente, DÂMASO SIMÕES, 2007; 203 e ss.

Este Tribunal, citando várias decisões do *Tribunal Supremo* de Espanha, começa por exigir que os indícios estejam completamente provados por prova direta, devendo ainda ser de "*natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e sendo vários devem estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferênci*a". O juízo de inferência deve ainda "*ser razoável , não arbitrário , absurdo ou infundado, respeitando a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar , existindo entre ambos um nexo preciso, directo , segundo as regras da experiência*", interpretando o Artigo 127.º , do CPP como podendo servir de suporte a " *condenação com recurso a processos mentais constituído por raciocínios dedutivos e/ou métodos dedutivos"*[737].

Tendo em conta a exigência deste enquadramento, típico de regime jurídicos sancionatórios, vamos detalhar *infra* a nossa proposta de clarificação que, em nosso entender, será suscetível de introduzir mais coerência de segurança no sistema.

2.1.1 A Redução Consciente da Incerteza do Comportamento do Mercado como Critério da Concertação

Em primeiro lugar, como ponto de partida para esta conceptualização, consideramos relevante relembrar que o Artigo 101.º do TFUE, à semelhança do que sucede nas normas nacionais equiparadas, como o Artigo 9.º da Lei da Concorrência, se destina a abranger condutas bilaterais/multilaterais envolvendo vários operadores económicos.

Deste modo, os conceitos de acordo, prática concertada e decisão de associação de empresas têm de ter um elemento comum que justifique a sua inclusão nesta disposição. Na verdade, a circunstância de o conceito de acordo não exigir forma jurídica e incluir "*encontros de vontade*" não formais é responsável, em grande medida, pela confusão que se instalou na conceptualização de práticas concertadas para efeitos da aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência.

[737] Acórdão do STJ no Processo 07P4588, de 12.09.2007.

Importa esclarecer que o "encontro de vontades" pode traduzir-se em factos da contraparte que revelam, com toda a probabilidade, uma determinada vontade, mas não pode, em nosso entender, incluir o reconhecimento do silêncio da parte contrária como ato de aquiescer, ao contrário do que sucede, em certas circunstâncias, nas práticas concertadas[738]. Nas palavras de FRIED, que permanecem, em nosso entender, atuais, são acordos as condutas que "*tie down the future*"[739].

No caso das decisões de associações de empresas, a forma jurídica é também dispensada, mas é necessária a expressão de uma vontade comum, tal como fizemos menção *supra*, aquando da referência à anulação, pelos tribunais espanhóis, da aplicação de uma sanção a um membro da direção de uma associação de turismo e da referência à não investigação pela AdC das declarações públicas de um representante da associação dos panificadores[740].

Em qualquer caso, em nossa opinião, o elemento comum a todas estas formas de potenciais infrações ao Artigo 101.º do TFUE e ao Artigo 9.º da Lei da Concorrência corresponde a uma redução consciente da incerteza quanto ao comportamento futuro no mercado. No caso dos acordos, essa redução de incerteza assenta num plano comum, no caso de decisões de associações de empresas, na adoção de uma posição comum e, no caso das práticas concertadas, com base na divulgação, necessariamente consciente, de informação comercial.

Conforme vimos anteriormente, o AG Mayras e o AG Damon estabeleceram um paralelo entre o conceito de práticas concertadas e o conceito norte-americano de *conspiracy*, que tem, conforme demonstrado, como requisito a ideia de "*meeting of the minds*", a consciência do entendimento, sem que seja necessário, como refere ODUDU, a elaboração de um plano ou a corporização de uma intenção comum, que a aproximaria, afinal, dos requisitos para a elaboração de um acordo[741].

Tal como refere BLACK, as práticas concertadas exigem uma "*joint action*", o que as distingue, simultaneamente, embora com diferentes fundamentos, de acordos e de condutas individuais,

[738] GRAIG & BÚRCA, 2015: 1006-1007.

[739] FRIED, 1981: 45.

[740] *Vide* página 205, *supra*.

[741] ODUDU, 2006, p. 80.

em particular no âmbito de oligopólios não cooperativos[742]. Esta abordagem permite, ainda, retomar a ideia de reciprocidade, que foi, paulatinamente, desaparecendo dos acórdãos relativos a estas temáticas, sem a qual, em nosso entender, se descaracterizaria a ideia de concertação.

Deste modo, somos da opinião de que o critério da redução consciente da incerteza pertence ao plano das práticas concertadas e não da restrição da concorrência.

Em segundo lugar, a ideia de consciência do comportamento paralelo dos concorrentes, claramente afirmada no acórdão *Dyestuffs* - de forma acertada, em abstrato, apesar das dificuldades fácticas que descrevemos na Parte II do nosso trabalho -, parece voltar a ter relevância em vários acórdãos recentes da CE, não obstante a nebulosidade do raciocínio adotado, em particular em casos de reenvio prejudicial.

Com efeito, o acórdão *E-Turas* admite a exclusão da concertação das empresas que não abriram os emails relativos a preços enviados pelo administrador ou que o fizeram com uma *décalage* temporal significativa, situação em que não terá sido removida de forma consciente a incerteza[743]. Também o recente acórdão *ICAP*, a que fizemos referência, ao exigir conhecimento para a participação na colusão, reforça a ideia de consciência na redução da incerteza no centro das práticas concertadas[744]. O mesmo se pode dizer do acórdão *VM Remonts*, na interpretação "benigna" de que demos conta, que exige o conhecimento da atuação do prestador de serviços para que o cliente fosse considerado parte da concertação, não obstante as considerações relativas a deveres de conhecimento parecerem confundir-se com as primeiras abordagens dos tribunais ingleses, em relação às condutas *hub and spoke* a que nos referimos *supra*[745].

Em terceiro lugar, a utilização deste critério permite, em nosso entender, distinguir os elementos de determinação da existência de uma prática concertada e os indícios que podem ser utilizados para provar a verificação deste entendimento. Tal distinção resultava já do acórdão *Dyestuffs* e,

[742] BLACK, 2003, p. 223.

[743] *Vide* página 169, *supra*.

[744] T-180/15 - *ICAP e outros*, *cit.*, parágrafos 143 e ss.

[745] *Vide* página 216, *supra*.

mesmo que se tenha desvanecido nos anos seguintes, deverá, em nosso entender, ser retomada[746].

Na verdade, a existência de contactos pode constituir um indício de redução de incerteza. As dúvidas quanto ao que constitui contacto devem ser resolvidas à luz da materialidade do requisito, que, do ponto de vista sistemático, não exige apenas um emissor e um recetor, mas exige consciência da comunicação, aceitação, ainda que tácita da mesma. Assim, este critério permite, até em consonância com a jurisprudência recente, que não se considere verificado o requisito da concertação quando a comunicação não encontrou destinatários ou os pedidos de informação não se adivinhavam invulgares face à atividade concorrencial das partes no mercado.

Ademais, no quadro dos princípios aplicáveis à prova indiciária, não poderão ser considerados contactos dos quais não exista prova direta (prova da própria comunicação e não prova de uma referência a que a comunicação terá existido), comunicações que não tenham chegado ao seu destinatário em tempo útil e comunicações que sejam dúbias, ao invés de inequivocamente acusatórias, ou comunicações que não sejam plurais.

A aplicação destes critérios, por parte do TG, permitiu concluir que, no caso da alegada concertação entre a *UBS* e o *RBS*, não existiam provas sérias, precisas e concordantes no sentido do conhecimento da infração por parte da *ICAP*. Pelo contrário, a ambiguidade dos termos da prova implicava, necessariamente, uma dúvida quanto ao facto de a *ICAP* ter conhecimento do papel do *RBS* na infração *UBS/RBS* de 2008[747].

Por fim, a proibição, e eventual sanção, da adoção consciente de condutas que reduzem a incerteza no mercado permite justificar a censurabilidade e ofensividade destas atuações e interpretar as disposições de forma compatível com o princípio da legalidade, desde logo por existir uma correspondência com a letra da disposição em causa, que exige "concertação".

De facto, apesar da diferença existente entre o direito da UE e o direito norte-americano, tendo em conta a previsão de sanções privativas da liberdade neste último caso, a magnitude das consequências sancionatórias para as empresas e dos meios de recolha de prova é, em nosso

[746] Parágrafos 66 e 65.

[747] *Vide* página 203, *supra*.

entender, comparável, tendo seguido um caminho de aproximação que poderá significar confluência de critérios na determinação de "*conspiracy*" e "concertação".

Esta abordagem é reforçada pela emergência do *private enforcement* no plano da UE, que, ao contrário do que sucede nos EUA, acrescerá à atividade particularmente intensa de *public enforcement*, por parte da CE e dos EM, o que pode, inclusive, redundar num balanço global ainda mais desfavorável para os particulares e para as empresas no plano da UE.

2.1.2 O Paralelismo Comportamental Decorrente da Concertação

Para além da referência a concertação, que explorámos no ponto anterior, o elemento literal das normas em apreço aponta para a necessidade da existência de "práticas" em que essa concertação se traduz, um elemento comportamental decorrente da concertação, que a definição de BLACK, "*joint action*", também abrange.

Em primeiro lugar, a conduta subsequente das partes no mercado afigurava-se um aspeto fundamental no acórdão *Dyestuffs*, mas, como vimos, foi perdendo espaço para o elemento contacto/comunicações, que passou a consubstanciar a concertação, só ganhando relevância ocasional no caso *Woodpulp*, em que "comportamento suspeito", porque paralelo, era, de facto, o único elemento de que a CE dispunha para tentar sustentar a existência de uma prática concertada.

Com efeito, a presunção subsequente do acórdão *Anic*, como vimos, bastava-se com a mera manutenção das empresas no mercado para considerar preenchido o requisito da exteriorização da coordenação. Todavia, a jurisprudência mais recente parece ter recuperado a possibilidade de afastar efetivamente a aplicação do conceito de prática concertada, em virtude da demonstração de um comportamento não consistente com a comunicação. Com efeito, no acórdão *E-Turas*, há a admissão pelo TJUE da demonstração de um comportamento não paralelo, de um comportamento que é, afinal, coerente com as condições de mercado, tendo em conta que o racional económico para este conjunto alargado de partes seria, no caso, concorrer.

Em segundo lugar, o que dizer do paralelismo de comportamento, desgarrado de qualquer evidência de comunicação? Esta era a situação em apreço, por exemplo, no caso *CISAC*, no qual o TG delimita, precisamente, o critério relevante, que é, em nosso entender, coerente com

o critério do acórdão *Woodpulp*. Com efeito, a conduta das sociedades de gestão coletiva era idêntica, inclusivamente idêntica à conduta anterior destas, ainda que o enquadramento contratual que se lhes aplicava tivesse deixado de vigorar. Neste caso, a não alteração do comportamento dos operadores económicos tinha uma explicação alternativa que não a coordenação, que assentava na racionalidade de um comportamento deste tipo numa atividade que se poder caracterizar como um monopólio natural e na total ausência de um *plus factor*, para utilizar um conceito anglo-saxónico que consideramos pertinente, como contactos, comunicações, reuniões[748].

Em mercados oligopolísticos, a escolha ótima para um dos operadores depende, quase sempre, da escolha do concorrente, o que explica, como refere HAY, por exemplo, a arrojada anulação judicial da decisão da FTC no caso *Ethil*[749]. Neste caso, as empresas mantiveram os seus níveis de preços, sem nenhum tipo de acordo ou concertação, apesar da descida da procura, o que, em condições concorrenciais, levaria a uma redução de preços. Este resultado, num oligopólio, decorre do mero comportamento paralelo e da rigidez de preços[750].

Este exemplo torna claro que, em determinadas circunstâncias, próprias dos mercados oligopolísticos, não faria sentido desencadear a aplicação do Artigo 101.º do TFUE, sob pena de ser impossível atuar num mercado oligopolístico sem o infringir. Tal seria o caso se o gasolineiro A não reduzisse os preços, sabendo, como comerciante inteligente, qual a reação provável de B. B também infringiria esta disposição ao secundar o incremento de preço, sabendo que, se não o fizesse, A recuaria no incremento. Em ambos os casos, estar-se-ia a proibir um comportamento racional, uma adaptação inteligente ao comportamento esperado de outros, o que, em nosso entender, não tem cabimento no contexto de aplicação destas disposições.

Neste sentido, a demonstração deste segundo elemento deve, em termos lógicos, centrar-se na conduta individual das empresas, em contraposição com a conduta dos concorrentes[751]. Desde logo, esta abordagem é coerente com a referência jurisprudencial ao afastamento das alegadas

[748] Parágrafo 134 e ss. Para mais desenvolvimentos, *vide* FARIA, 2013.

[749] HAY, 1989.

[750] *Du Pont de Nemours & Co.* V FTC, 729 F, 2d (1984).

[751] Nesse sentido, *vide* VALLINA HOSET & FERNÁNDEZ DÍAZ, 2016: 212 e ss.

condições normais do mercado. Na verdade, a aferição das condições normais do mercado não exige que se empreenda uma contextualização jurídico-económica da conduta, à semelhança do que sucede no requisito da restrição da concorrência, mas tão somente que se verifique que não existe uma explicação alternativa para a conduta, como a interdependência oligopolística, *price leadership* e a influência de elementos exógenos, como o custo das matérias-primas, os custos de financiamento ou o nível de preços em mercados relacionados.

Quanto à presunção do nexo de causalidade após a existência de contactos, em particular, privados entre operadores, aceitamos que esta possa existir, na medida em que seja verdadeiramente ilidível, desde logo em face da demonstração de um comportamento de mercado não coerente com qualquer redução consciente da incerteza. A presunção de inocência, que decorre do princípio da culpa, como vimos, não preclude, à partida, a aplicação de presunções no Direito da Concorrência, desde que essas presunções não transfiram o ónus da prova das autoridades para as empresas, mas permite retirar conclusões com base na experiência comum, de forma a garantir o efeito útil das normas de concorrência[752]. Todavia, este princípio proíbe, em nosso entender, não só presunções não ilidíveis, mas também presunções ilidíveis que exigem uma prova *diabólica* ou um encadeamento de presunções que deixa pouca margem à verificação dos factos e que se transforma, de facto, numa posição inilidível.

Não obstante, em nosso entender, as condutas não coerentes com a diminuição da incerteza no mercado não podem ser casos isolados, confundíveis com fenómenos de *free riders* e de *mavericks*, que são habituais no contexto de cartéis, e não estão aptas para refutar a existência de um comportamento anticoncorrencial. Este afastamento deve ser sistemático e relevante, traduzindo-se, por exemplo, na demonstração de que os preços aplicados por uma empresa divergem, sistematicamente, dos aplicados pelos demais concorrentes, seguindo, inclusivamente, tendências opostas, ou na demonstração de que a evolução dos preços das empresas está vinculada a elementos exógenos.

Em nosso entender, a lógica também sugere que o nível de prova para rebater o vínculo entre concertação e conduta no mercado devia ser menos elevado em casos de contactos ocasionais do que de contactos frequentes. Esta exigência faria com que o conceito de prática concertada

[752] MARCHISIO, 2017, p. 560.

fosse atrativo para tentar incluir na esfera de proibição condutas prolongadas no tempo, com efeito multiplicador no cálculo das coimas.

Em quarto lugar, importa assinalar que este entendimento não contraria a jurisprudência do TJUE no acórdão *Hüls*, no sentido de afastar a ideia da necessidade de efeitos para evidenciar a existência de uma prática concertada. Na verdade, a desnecessidade de efeitos não se confunde, do nosso ponto de vista, com a desnecessidade de uma conduta no mercado[753].

No mesmo sentido, BLACK afirma que deve traçar-se uma distinção entre a questão de se uma prática concertada envolve uma conduta no mercado e a questão de se essa conduta tem de ter efeitos anticoncorrenciais, tendo em conta que pode responder-se positivamente à primeira questão e negativamente à segunda[754].

Nesse sentido, às objeções daqueles que referem que, nos casos dos acordos e decisões de associações de empresas, não existe um elemento comportamental, relembramos que, nesses casos, em que a cooperação é mais intensa, a evidência que sustenta o preenchimento do requisito de articulação não necessita de ser extraída, nos mesmos termos, de vários elementos, de natureza indireta e circunstancial, que indiciam a articulação entre operadores económicos, em particular concorrentes. Na verdade, esta abordagem é próxima da ideia norte-amaricana, que vimos na Parte II do nosso trabalho, no sentido da exigência de "*paralelism plus*", critério que também não faz sentido aplicar, conforme explicado, no caso de acordos e recomendações coletivas.

Pode acusar-se este modelo de não ser pragmático, na medida em que exige uma averiguação mais detida da atuação das empresas em causa no mercado, mas a tutela dos direitos fundamentais não se compadece com a sobreaplicação do Direito da Concorrência.

Na verdade, se B se aproveitar da informação que conheceu de A de forma fortuita, acabando por baixar os seus preços a fim de aumentar a concorrência face a A, tal situação não poderá ser incluída na previsão do Artigo 101.º ou na previsão do Artigo 9.º, uma vez que não existe qualquer redução consciente da incerteza dos comportamentos recíprocos e que B conseguiria, em qualquer caso, ilidir a presunção do elemento comportamental.

---

[753] Parágrafo 161.

[754] BLACK, 2003, p. 224.

Por fim, para além da proximidade com a ideia de *paralelism plus*, a que já nos referimos, o que, do nosso ponto de vista, faz sentido, tendo em conta o aproximar destes enquadramentos normativos esta abordagem invoca também as apreciações paralelas do CC português, que, muito acertadamente, chamava a atenção para a circunstância de que "***o paralelismo de comportamento apenas é a expressão de uma prática concertada quando não possa deixar de depender do facto de cada uma das empresas nesse envolvidas ter previamente obtido das demais, indicação suficiente de que agirão num determinado sentido***"[755].

Não estando cumprido o elemento de articulação de condutas entre operadores independentes, sob a forma de prática concertada, não se aplicando também o conceito de acordo ou de decisão de associação de empresas, ficaria por aqui a potencial aplicação das disposições referidas. Se estes elementos estiverem verificados, existe uma prática concertada, que não é proibida por si só, mas dá ao aplicador jurisdição para examinar as consequências jusconcorrenciais da conduta.

Deste modo, avançamos para o elemento seguinte das disposições em causa, que corresponderá à restrição da concorrência por efeito ou por objetivo, a qual será apreciada, necessariamente, com base em critérios distintos e em que as características da informação e do mercado serão, em nosso entender, determinantes.

2.2 *A Capacidade de Reduzir a Eficiência Alocativa como Critério Mínimo da Restrição da Concorrência*

A definição do conceito de prática concertada restritiva da concorrência com base nos elementos referidos nos pontos anteriores permite resolver uma das questões mais controvertidas neste particular, como referido na Parte II do nosso trabalho, ou seja, a confusão de planos entre o requisito da prática concertada e o requisito da restrição da concorrência.

A questão da redução consciente da incerteza deve ser remetida para a questão das práticas concertadas, ao passo que, no que concerne a restrição da concorrência, será de adotar, em nosso entender, a interpretação do AG Wahl, no sentido de que, para ser identificada uma restrição da concorrência, deve, pelo menos, ser demonstrado que foram criadas condições

[755] Cfr. *Relatório de Atividades* de 1989 do CC, p. 20.

pelos operadores económicos em causa para que se deixasse de exercer a pressão característica da concorrência efetiva sobre os operadores no mercado, em prejuízo da eficiência e do bem-estar do consumidor[756].

Esta abordagem resulta coerente, por exemplo, com o acórdão *Asnef-Equifax*, em que a redução da incerteza quanto à forma de identificar o risco dos clientes, em virtude da criação de um registo de devedores, foi considerada insuficiente para fundamentar a existência da restrição da concorrência, não obstante ser o critério da articulação de operadores independentes[757]. O que foi determinante, neste caso, para excluir esta conduta do âmbito de aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência foram as características do mercado e a avaliação da informação, tendo em conta que o mercado não era concentrado, que o acesso ao registo era realizado em condições não discriminatórias e que os dados postos em comum não identificavam o credor que os disponibilizava.

Sem nos determos em particulares detalhes, porquanto este não é o objeto principal do nosso trabalho, importa referir que esta é uma das questões mais debatidas da aplicação do Direito da Concorrência, tendo sido objeto de desenvolvidos e recentes trabalhos da doutrina portuguesa[758]. Neste contexto, com o objetivo primacial de elucidar o percurso lógico subjacente à proposta de clarificação do nosso trabalho, vamos fazer referência a três pontos principais que constituem o nosso contributo para esta discussão.

2.2.1 A Necessidade de Contextualização Jurídico-Económica

Em primeiro lugar, importa notar que o afrouxar da pressão concorrencial no mercado, em virtude de condutas multilaterais de concertação e em prejuízo da eficiência alocativa, depende, agora sim, em grande medida, da natureza da informação disponibilizada e das características do mercado em causa. Desde logo, a partilha que identificámos como mais perigosa, relativa ao comportamento futuro de concorrentes, que poderia ser usada para determinar o ponto

[756] *Vide* página 213, *supra.*

[757] C-238/05 - *Asnef-Equifax, cit.*

[758] Para mais desenvolvimentos relativamente a este requisito, *vide* MORAIS, 2009 e PATEIRA FERREIRA, 2018, pp. 229 e ss.

central da coordenação no mercado, não terá, ainda assim, impacto se o mercado não tiver características que o tornem propício à colusão.

Na verdade, os efeitos coordenados a que nos referimos anteriormente têm por base a teoria dos jogos, a teoria do oligopólio, que explicámos então, que não é, por um lado, isenta de dúvidas e, por outro, não se poderá transpor para mercados que não apresentam estas características. O ponto de partida para uma teoria do dano de efeitos coordenados é, como já indiciámos, a existência de concentração no mercado. Todavia, mesmo em mercados concentrados, como vimos, um incremento de transparência poderá não ser, por um lado, propício à chegada a um ponto de coordenação entre operadores e, por outro, a eventual chegada a um ponto de coordenação não garante, só por si, que o resultado é interna e externamente estável.

Com efeito, se estivermos perante uma oferta complexa, em que as empresas concorrem em vários planos, no que concerne o nível dos preços, bem como em dimensões não relativas a preços - como a qualidade dos produtos, a qualidade dos serviços, o acompanhamento dos clientes, a dispersão geográfica da rede -, mesmo a partilha futura de preços não seria relevante. Neste contexto, não seria possível encontrar um *focal point* que abrangesse todas as variáveis relevantes e, mesmo que tal fosse conseguido em relação aos preços, ou a parte destes, os operadores concorrentes poderiam sempre concorrer agressivamente nas outras dimensões da oferta, tornando irrelevante o foco da coordenação[759].

Situações de assimetria de custos entre concorrentes, bem como em termos de posicionamento no mercado, invalidam, igualmente, que se possa chegar a um entendimento quanto ao preço e à quantidade ótima que constituem o foco da coordenação. Uma empresa com um posicionamento *low-cost* preferirá, necessariamente, um preço mais baixo do que uma empresa *high-cost*, sob pena de descaracterizar, em absoluto, a sua oferta. Neste caso, as empresas terão incentivo para disponibilizar informação o mais perto possível do seu próprio ótimo, ignorando a informação que não seja compatível com os seus próprios incentivos.

A insusceptibilidade de colusão é manifesta, igualmente, em mercados em que o fornecimento futuro esteja já determinado no momento da partilha de informação, como no exemplo das

[759] MATUTES & PADILLA, 1994, exploram esta questão relativamente ao setor bancário.

pescas, trabalhado por JENSEN e referido por PADILLA[760]. Esta dificuldade existe ainda, como sublinha CAPOBIANCO, quando a inovação desempenha um papel preponderante no mercado[761].

Em segundo lugar, ainda que seja possível atingir um ponto de coordenação, a manutenção da estabilidade interna e externa, essencial para que os efeitos negativos se materializem, exige uma monitorização recíproca, tempestiva e eficiente, que não é possível em mercados nos quais a procura é muito volátil, uma vez que as empresas em causa não conseguem diferenciar as alterações na procura que decorrem da volatilidade da procura daquelas que decorrem do desvio de empresas que reduziram os preços e incrementaram as respetivas quotas de mercado[762].

Esta insusceptibilidade é ainda mais clara em mercados nos quais existem reduzidas barreiras à entrada de novos entrantes[763]. Além disso, as empresas mais pequenas considerarão, neste tipo de estruturas de mercado, a *batota* mais atrativa, porque têm mais a ganhar, sobretudo se considerarmos que, à medida que o número de empresas cresce, cada uma delas terá acesso a uma parcela mais reduzida do lucro da colusão.

A forma rígida e apriorística como a teoria do dano com base em efeitos coordenados tem sido sustentada em sede de infração ao Artigo 101.º, na jurisprudência e nas *Orientações Horizontais*, contrasta, de sobremaneira, com a teoria do dano assente no mesmo tipo de efeitos em sede de controlo de concentrações. Todavia, como sugere LÉVÉQUE, faria sentido procurar uma teoria do dano, em termos de efeitos coordenados, coerente em ambos os campos de aplicação do Direito da Concorrência[764].

Os desenvolvimentos determinantes no plano dos efeitos coordenados em sede de controlo de concentrações resultam da revisão judicial da decisão de proibição da CE no caso *Airtours/First Choice*, em que o TPI traçou as três condições cumulativas essenciais para a existência e sustentabilidade de um mecanismo de colusão[765].

---

[760] PADILLA & SARMENTO, 2018, p. 19

[761] CAPOBIANCO, 2007, p. 60.

[762] PORTER, 1985, p. 415.

[763] CAPOBIANCO, 2007, p. 60.

[764] LÉVÉQUE, 2007, p. 236.

[765] T-342/99 - *Airtours contra CE*, 6 de junho de 2002.

Em primeiro lugar, o mercado deve ser suficientemente transparente para permitir a monitorização da conduta das empresas, em segundo lugar, a coordenação deve ser sustentável, o que significa que os participantes têm de ser dissuadidos a afastarem-se da coordenação por medo da retaliação e, em terceiro lugar, os benefícios da coordenação não podem ser postos em causa pela atuação de concorrentes ou clientes atuais ou futuros, exigindo uma análise prospetiva das circunstâncias específicas[766].

Este acórdão determinou a adoção das *Orientações relativas a concentrações horizontais*, em que a CE aplicou uma abordagem mais económica, reiterando a necessidade de identificar um mecanismo plausível para a coordenação[767]. Estas orientações exigem, por seu turno, a presença de quatro elementos cumulativos para a emergência da coordenação num determinado mercado, em particular a capacidade para chegar a um entendimento nos termos da coordenação, a capacidade para monitorizar desvios, a existência de mecanismos de desincentivo e a falta de capacidade ou incentivos por parte de terceiros para desestabilizar a coordenação[768].

No acórdão *Impala*, o TJUE confirmou esta abordagem e a CE tem, consistentemente, adotado uma análise contextualizada em casos de potenciais efeitos coordenados, tendo em conta que a questão verdadeiramente relevante não é se a conduta é capaz de reduzir a incerteza, mas se o mercado permite que a colusão seja um resultado plausível[769].

Consequentemente, ainda que exista uma prática concertada no mercado, com base nos elementos referidos no ponto anterior, para determinar a restritividade da conduta é necessário realizar um enquadramento jurídico-económico, tendo em conta o mercado, a informação em causa e os objetivos da concertação, e, nesse contexto determinar a aptidão da conduta para colocar em perigo a eficiência alocativa, ou, em alternativa, fazer uma ponderação de dano em termos "contrafactuais", comparando a situação existente com a situação que existiria se não se tivesse verificado a conduta em causa.

---

[766] AMELIO, ASBO, DE LA MANO, MAXIMIANO & VIKTOR PORUBSKY, 2009, p. 92.

[767] *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* JOUE 2004/C 31/03.

[768] Parágrafo 24 e ss.

[769] C-413/06 P - *Bertelsmann and Sony Corporation of America contra Impala*, 10 julho 2008.

Deste modo, importa considerar o segundo ponto, a alternatividade das restrições por objetivo e por efeitos e o critério de delimitação destas duas categorias.

2.2.2 Infrações de Perigo e Infrações de Dano

Em segundo lugar, conforme decorre do *supra* exposto, é também ponto assente a alternatividade entre as noções de objetivo e efeitos restritivos da concorrência e, do nosso ponto de vista, é relativamente claro de que forma se pode operar a distinção entre estes critérios. O critério mais recuado de restritividade seria o critério da restrição por objetivo, em que o propósito jusconcorrencial da conduta, objetivamente determinado, se traduz na capacidade de limitar a eficiência alocativa, sem que se divisem, à partida, efeitos pró-concorrenciais que possam compensar os efeitos anticoncorrenciais deste tipo de condutas particularmente gravosas.

Na verdade, como vimos, os tribunais da UE observaram, em muitas ocasiões, que a intervenção do Artigo 101.º do TFUE não tem de esperar pela ocorrência dos efeitos no mercado. Tendo em conta que se trata de um tipo normativo sancionatório, entendemos que é útil, conforme indiciámos anteriormente, fazer um paralelo com as categorias penais/contraordenacionais em vigor, paralelo este que já teve lugar, embora com conceptualizações distintas e sem que daí tenham sido extraídas grandes consequências, no plano nacional e no plano da UE[770].

Com efeito, conforme referido anteriormente, a infração de concorrência por objetivo aproxima-se da ideia de infração de perigo, em que "*a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico*" por contraposição à infração de dano, em que a realização do tipo incriminador resulta da efetiva lesão do bem jurídico tutelado[771]. No âmbito das infrações de perigo têm-se distinguido as infrações de perigo

[770] A Advogada-Geral Kokott, nas suas conclusões no caso *T-Mobile*, traçou um paralelo entre a restrição da concorrência por objeto e a condução sob o efeito do álcool, uma contraordenação que tem sido caracterizada como infração de perigo abstrato, expressando, consequentemente, o entendimento de que as restrições por objeto são similares a infrações de perigo, sendo que os infratores são destinatários de uma sanção penal ou, no caso do Direito da Concorrência, administrativa, independentemente de ser causado qualquer dano. Também o TCRS, na sentença relativa a alegadas práticas restritivas da concorrência por parte de empresas de limpeza, a que já nos referimos, realçou que "*(…) quando estamos ante um acordo por objecto estamos face a uma infracção de perigo, no caso de perigo abstracto concreto*", tendo em conta que "*para evitar uma excessiva subjectivização do ilicito exige-se, pois, a aptidão objectiva da acção para impedir, falsear ou restringir a concorrência*", cit: 58.

[771] FIGUEIREDO DIAS, 2007: 308 e ss.

abstrato, de abstrato-concreto e de perigo concreto. Os crimes ou contraordenações de crime abstrato serão aquelas infrações em que o perigo resultante da ação do agente não está individualizado em qualquer vítima ou em qualquer bem, não sendo a produção ou verificação do perigo elemento do tipo. Por seu turno, os crimes de perigo concreto serão aqueles em que o perigo resultante da ação do agente se encontra individualizado numa vítima ou num bem, sendo a produção ou verificação do perigo elemento do tipo. Os crimes de perigo concreto correspondem a um ilícito penal ou contraordenacional típico em que o perigo é elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto os crimes de perigo abstrato correspondem a um ilícito-típico em que o perigo não é seu elemento típico, tão só a motivação do legislador[772]. Por fim, as infrações de perigo abstrato-concreto são infrações de aptidão "*(…) no sentido de que só devem relevar tipicamente as condutas apropriadas ou aptas a desencadear o perigo proibido no caso de espécie*"[773].

Em nosso entender, concordamos com FLÁVIA LOUREIRO quando se refere à infração por objetivo dentro do conceito de tipo de aptidão, em que se permite ao aplicador a análise da idoneidade das condutas para fazerem perigar o bem jurídico coletivo em causa, a eficiência económica na sua vertente de eficiência alocativa[774].

É de afastar, na nossa opinião, desta sede, infrações de perigo abstrato. FARIA COSTA, num raciocínio a propósito de infrações penais que, entendemos, podemos transpor para contraordenações deste tipo, alerta para a sua potencial desconformidade com os princípios constitucionais da culpa e da ofensividade. Segundo este autor, o aparente défice de legitimidade pode ser contrabalançado pela minúcia que o legislador deve pôr na descrição das condutas proibidas, o que manifestamente não teve lugar nas normas em causa nesta investigação, pelo que esta categoria deve ser afastada[775].

ALFARO, considera, diferentemente, que as infrações aos Artigos 101.º e 102.º do TFUE e as normas equivalentes no enquadramento jurídico espanhol são tipos de perigo e de perigo

[772] FARIA COSTA, 1992: 620-621.

[773] FIGUEIREDO DIAS, 2007: 293.

[774] Nesse sentido, LOUREIRO, 2017: 292-293. Em sentido distinto, BAÑO FOS, considera o objetivo restritivo da concorrência uma restrição de perigo abstrato, cfr. BAÑO FOS, 2018: 190 e ss. Também PATEIRA FERREIRA faz referência ao paralelo entre infrações de perigo abstrato e restrições por objetivo, embora sem desenvolvimentos particulares, cfr. PATEIRA FERREIRA, 2018: 481.

[775] FARIA COSTA, 1992: 645 e ss.

concreto, uma vez que se estivéssemos perante um tipo de perigo abstrato seriam sancionáveis todos os acordos entre concorrentes e não exclusivamente os que têm por objetivo ou por efeito restringir a concorrência[776].

Em face do *supra* exposto, em nosso entender, assumindo que B obteve informação recíproca de A e não conseguiu demonstrar o afastamento dessa comunicação, estaremos perante uma restrição da concorrência por objetivo se, considerando o contexto jurídico-económico em causa, o teor da informação e o propósito objetivamente determinado da conduta não forem capazes de ter um impacto ambivalente no mercado, mercê de um potencial impacto pró-concorrencial. Ao invés, caso a conduta em causa, tendo em conta a contextualização relevante, tenha um impacto ambivalente no mercado, porque dela podem derivar consequências anticoncorrenciais e pró-concorrenciais, é exigida uma análise de efeitos.

Na verdade, de acordo com este critério, não é claro o motivo pelo qual a CE considerou restrições por objetivo os últimos casos de restrições verticais relacionadas com *e-commerce*, tendo em conta que o potencial pró-concorrencial, no que se refere ao RPM, desde logo para evitar o efeito de boleia, é reconhecido pela própria CE nas suas *Orientações Verticais*, pelo que pareceria mais adequada uma análise de efeitos, nesta sede.

No que concerne os efeitos restritivos da concorrência, existe uma diferença teórica e prática entre exigir certeza ou quase certeza na produção de efeitos negativos e aceitar a intervenção do Direito da Concorrência se estes efeitos forem meramente possíveis ou plausíveis[777].

A comparação da situação concorrencial que existe com aquela que teria existido se a conduta não tivesse sido praticada, no caso de efeitos efetivos, é bastante mais clara do que um raciocínio de "potencialidade"[778].

Como vimos, o precedente fundamental para caracterizar a subcategoria de efeitos potenciais restritivos da concorrência corresponderá ao acórdão *John Deere*[779]. Neste acórdão, o TJUE considerou que a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência "*não*

[776] ALFARO, 2013.

[777] Para mais desenvolvimentos, *vide* LIANOS, 2010.

[778] Em sentido contrário, MORAIS, Luís,

[779] C 7/95 P, parágrafos 72-78.

limita a apreciação apenas aos efeitos actuais, antes devendo igualmente atender aos efeitos potenciais do acordo sobre a concorrência no mercado".

Não obstante este reconhecimento jurisprudencial, não é fácil encontrar orientações explícitas quanto a este aspeto na jurisprudência, desde logo porque, como bem assinala LUIS MORAIS, tende a gerar-se confusão entre a categoria do objeto restritivo da concorrência e a subcategoriía dos efeitos potenciais restritivos da concorrência, globalmente integrada na categoria correspondente aos efeitos restritivos da concorrência, tendo em conta a dificuldade em distinguir critérios de possibilidade e probabilidade[780].

O critério da probabilidade nas restrições por efeito em termos potenciais foi aceite no acórdão *Post Danmark II*[781]. Neste particular, o TJUE seguiu o entendimento da AG Kokott, que considerava que, no caso de efeitos potencialmente restritivos, a autoridade administrativa deve demonstrar que há mais probabilidade de os efeitos restritivos terem lugar do que o contrário. Por outras palavras, a AG considerou que é necessário demonstrar que a probabilidade de efeitos restritivos da concorrência é superior a 50%[782].

Todavia, mesmo neste caso, a análise da probabilidade de um efeito restritivo pressupõe a identificação de uma teoria do dano, *i.e.*, do mecanismo através do qual se manifesta um impacto negativo na concorrência[783]. Esta análise só pode ter lugar mediante uma observação das características do mercado relevante, a posição das empresas parte da prática e os seus concorrentes, bem como as condições regulatórias e económicas, o que, uma vez mais, parece gerar confusão com a contextualização jurídico-económica das infrações por objetivo[784].

No entanto, a delimitação de um efeito potencial, que não evidencia só capacidade, mas também probabilidade de impacto negativo na eficiência alocativa, no âmbito do Artigo 101.º do TFUE

---

[780] Morais, pp. 46 e 47. No *Cartel das Espumas*, cuja investigação e sanção pela AdC foi facilitada pela apresentação de pedidos de clemência, a autoridade volta a referir que as infrações por objeto correspondem a tipos de perigo que se apreciam em termos de potenciação de efeitos, ao referir que estes correspondem a "*comportamentos suscetíveis de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência, isto é, aqueles que representam um perigo para esta, produzam ou não os efeitos que potenciam*"[780].

[781] *Post Danmark II*, parágrafo 67.

[782] Conclusões da Advogada-Geral Kokott no processo C-23/14 *Post Danmark*, parágrafo 82.

[783] *Post Danmark II*, parágrafo 47.

[784] Ibid, parágrafos 38-46.

e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, pode, em nosso entender, ser confrontada com dificuldades assinaláveis em termos de princípio da legalidade. A doutrina portuguesa, na qual se destacam FIGUEIREDO DIAS e FLÁVIA LOUREIRO, considera que a emergência da categoria de infração com base nos efeitos potenciais como violadora do princípio da legalidade, tendo e conta que não existe qualquer correspondência entre esta categoria e as disposições em causa, que se referem tão somente a efeitos restritivos[785].

Não nos vamos debruçar especificamente sobre esta questão, uma vez que excede o objeto deste estudo. Todavia, não podemos deixar de notar que, uma vez mais, é possível que a UE se tenha lançado na construção de um conceito que, uma vez mais, não tem enquadramento nos princípios do Direito Sancionatório. Foi provavelmente por este motivo que apenas no *Cartel das Cantinas* este conceito foi aflorado pelos tribunais nacionais, tendo nascido, no plano da UE, em sede de apreciação de intercâmbios de informação, sendo, de novo, como já referimos anteriormente, um conceito útil para afastar a necessidade de demonstrar um efetivo impacto no mercado em relação a condutas que não tinham um propósito restritivo[786].

2.2.3 A Eficiência Produtiva e Dinâmica como Causa de Exclusão da Ilicitude

Após o preenchimento do tipo normativo contraordenacional, nos termos que detalhámos no ponto 4.2, na Parte I, conjugado com a proposta de clarificação dos pontos anteriores apenas quanto aos requisitos em análise nesta investigação, é importante ainda considerar a causa de exclusão da ilicitude, o balanço económico positivo, que permite contrapor, como vimos no ponto 1, da Parte III, às conclusões em termos de prejuízo para a eficiência alocativa, considerações de eficiência produtiva e de inovação. Esta é uma forma de "temperar" a abrangência da proibição das disposições referidas, típica do direito da UE, não obstante a escassa aplicação desta válvula de escape.

A primeira condição do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, e das normas nacionais equivalentes, incluindo o Artigo 11.º da Lei da Concorrência, refere-se a condutas restritivas que melhoram o progresso técnico e económico. GYSELEN considera que esta condição está satisfeita "*by a*

[785] *Vide* página 119, *supra*.

[786] *Vide* página 204, *supra*.

new and upgraded technology, product or services (...) cost saving and lower prices (...) a better pre or after sale service"[787]. A prova de que o poder de mercado pode desencadear um efeito positivo recai sobre a parte que procura beneficiar da cláusula de exclusão da ilicitude, sendo que a melhoria em termos de produção e inovação tem não apenas de ser possível, mas também credível. Apesar de, em teoria, ser possível aplicar este requisito a restrições por objetivo, o facto de as condutas limitadas, nas quais pode ser identificado um objetivo anticoncorrencial, terem um propósito restritivo da eficiência alocativa diminui a probabilidade de verificação de impacto positivo decorrente das limitações impostas por esta.

A segunda condição de natureza positiva é a reserva de uma parte equitativa dos ganhos para os consumidores, que terão de enfrentar um aumento de preços ou reduzir o consumo. No que concerne os "utilizadores" beneficiários deste acréscimo de eficiência produtiva e dinâmica, conforme indicam as *Orientações relativas à aplicação do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE*, estes deverão ser os mesmos prejudicados pela restrição do n.º 1 e o benefício deverá recair nas respetivas esferas no período temporal mais curto possível, de modo a que se possa apurar o nexo de causalidade[788].

Além disso, o balanço económico positivo não pode ser aplicado a menos que estejam satisfeitas, igualmente, duas condições negativas. Por um lado, a indispensabilidade das restrições para a prossecução dos referidos objetivos é, como ensina GYSELEN, uma emanação do princípio da proporcionalidade[789]. Com efeito, para que a restrição seja indispensável, deve existir uma conexão relevante entre a perda de eficiência alocativa e o ganho de eficiência produtiva ou dinâmica e a inexistência de alternativas substancialmente menos restritivas.

Por outro, o balanço económico positivo exige que a obtenção de benefícios em termos de eficiência produtiva e dinâmica se realize num mercado ainda concorrencial. Na verdade, enquanto o n.º 1 do Artigo 101.º do TFUE se refere, como destaca ODUDU, à limitação da concorrência, o n.º 3 utiliza como critério de negativo a eliminação da concorrência[790]. Este agravamento do critério faz sentido, desde logo porque, se estamos numa análise no plano do

[787] GYSELEN, 2002:185.

[788] Parágrafos 43 e 89.

[789] GYSELEN, 2002: 186-187.

[790] ODUDU, 2006: 155.

n.º 3 do Artigo 101.º do TFUE, será porque já foi determinada a existência de uma restrição à concorrência. A questão da eliminação da concorrência impede uma interpretação no sentido de que o balanço económico positivo não pode ser negado para proteger concorrentes ineficientes, tendo em conta que a eliminação da concorrência, tipicamente, apoiar-se-á na criação artificial de barreiras à entrada neste mercado.

Consequentemente, perante as exigências do balanço económico positivo, que restringem muito a sua aplicação prática, fora dos regulamentos de isenção por categorias a que nos referimos anteriormente, importará aplicar criteriosamente o Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, bem como as disposições nacionais equivalentes, incluindo o Artigo 9.º da Lei da Concorrência.

3. O CONCEITO DE PRÁTICAS CONCERTADAS COMO UM CONCEITO COERENTE E CAPAZ DE ENFRENTAR OS DESAFIOS FUTUROS

A interpretação do conceito de práticas concertadas, nos termos referidos anteriormente, tem de resistir ao teste da integração de todas as condutas possivelmente suscetíveis de serem abrangidas por aqueles, excluindo, em paralelo, as condutas insuscetíveis de preencherem este critério, de forma coerente com os princípios aplicáveis ao Direito Sancionatório, com as considerações económicas e com o enquadramento sistemático.

Importa, então, perceber, em concreto, se os critérios apresentados nos pontos anteriores solucionam a questão anteriormente formulada quanto às fronteiras pouco definidas das práticas concertadas com impacto na segurança jurídica no que concerne comportamentos unilaterais e intercâmbios de informação indiretos entre concorrentes, bem como os desenvolvimentos comunicacionais dos mercados digitais.

3.1 Condutas Meramente Unilaterais Não Correspondem a Práticas Concertadas

Como vimos na Parte II, condutas de natureza unilateral, como anúncios ou comunicações de preços ao mercado, constituem uma zona cinzenta na aplicação do Direito da Concorrência. O denominado "*price signalling*" não é, desde logo, um conceito normativo, no plano da UE, nem mereceu qualquer conceptualização por parte dos tribunais da UE, não obstante algumas tentativas de enquadramento destas condutas no plano nacional.

Todavia, do ponto de vista da análise económica, tem-se entendido que as comunicações ou anúncios de preços permitem às empresas "*check or test the market*" de forma a determinarem se a implementação do preço previsto pode ser executada sem risco de perderem clientes.

Deste ponto de vista, o objetivo da sinalização de preços para a empresa que a inicia é determinar se os concorrentes demonstram qualquer apoio ou indicações para seguir o plano previsto no anúncio, conduta esta que pode criar um centro de coordenação. A primeira empresa a anunciar as suas intenções de preços pode desejar provocar um incremento de preços e, se os concorrentes não se comportarem de acordo com o plano anunciado, essa empresa pode cancelar ou adiar a implementação do preço sem qualquer risco. Quando as empresas testam o mercado, podem utilizar os anúncios como mecanismo de negociação para coordenar o seu comportamento. Se um número suficiente de concorrentes demonstrar o seu apoio, o anúncio permite-lhes alinhar os preços e implementá-los em simultâneo, reduzindo o leque de opções e desembocando em maiores custos de transação que os levarão a aceitar o incremento de preços.

Os preços sinalizados são, na sua forma pura, intenções de condutas futuras, o que significa que a empresa anunciante não está vinculada pela informação partilhada. Estes anúncios dirigem-se aos concorrentes e não aos consumidores e são aqueles que têm maior probabilidade de facilitar uma conduta colusiva.

Contudo, conforme referido anteriormente, é também possível que os anúncios de preços tenham efeitos pró-concorrenciais e ganhos de eficiência, sendo uma prática standard em vários mercados, nos quais são necessários para os adquirentes poderem adaptar-se a alterações futuras, podendo, inclusivamente, dar-se o caso de os clientes pedirem informação de preços de forma a planificarem a sua atividade[791]. Se a divulgação de informação equivaler a um compromisso, como uma garantia de preços máximos, poderá ter um efeito positivo em termos de eficiência[792].

Não obstante, as condutas unilaterais não têm qualquer correspondência ou ressonância na letra da lei. Esta ideia está também presente nas conclusões do AG Darmon, no caso *Woodpulp*, ao referir que "*O artigo 85.º, n.º 1,* [anterior artigo 81.º, n.º 1, do TCE e atualmente artigo 101.º,

[791]. DAS NAIR & MNCUBE, 2014,: 6.

[792] KÜHN, 2001, pp. 185-186.

n.º 1, do TFUE] *não pode prever atos unilaterais entre empresas. Assim sucederia na verdade se a necessidade de comunicações recíprocas, quaisquer que sejam as modalidades, não tivesse sido suscitada*" [793].

O teor do preceito legal sugere, como referido anteriormente, que foi originalmente concebido para condutas multilaterais (*i.e.*, acordos e práticas concertadas) e não para condutas unilaterais, sendo que uma interpretação "elástica", sustentada, por exemplo, nos acórdãos do polipropileno e no acórdão *Cimentieres*, que apontava a inação como parte do conceito de prática concertada e limitou a relevância da reciprocidade, é geradora de insegurança para todos os seus destinatários, especialmente num momento histórico em que, mercê da evolução tecnológica, as condições comerciais da generalidade das empresas são acessíveis e comparáveis *online*.

Tendo em conta os critérios estabelecidos no ponto anterior, em nosso entender, as condutas meramente unilaterais, como anúncios unilaterais de preços, não têm cabimento no quadro da aplicação do Artigo 101.º do TFUE, bem como do Artigo 9.º da Lei da Concorrência.

Desde logo, não configuram uma forma de concertação entre operadores económicos de que decorre a redução consciente da incerteza do comportamento daqueles no mercado, em particular se tivermos por base anúncios públicos, simultaneamente acessíveis aos clientes, sem prejuízo de, nos casos em que os anúncios consubstanciam "convites à colusão", o teor da mensagem e as características do mercado poderem, numa análise subsequente, afastar a restritividade da conduta.

Esta abordagem é, na nossa opinião, coerente com a perspetiva do Reino Unido, em que, como vimos, a empresa que revela a informação tem de a partilhar de forma consciente com os seus concorrentes e as empresas que a recebem devem aceitar ou entender as intenções anticoncorrenciais objetivas dos concorrentes[794].

Em segundo lugar, as dificuldades dogmáticas em integrar condutas unilaterais nestas disposições levam a que um grande número de casos deste tipo seja encerrado com compromissos.

[793] Parágrafo 170.

[794] *Vide* pagina 204, *supra*.

Tal teve lugar, como vimos, no caso dos Países Baixos, cuja autoridade de concorrência investigou anúncios públicos por parte de operadores de telefones móveis, no âmbito de uma conferência, bem como numa revista comercial. O caso foi encerrado com compromissos e as empresas comprometeram-se a não fazer quaisquer anúncios públicos até ter sido tomada uma decisão interna definitiva quanto aos preços[795]. Ainda assim, a ACM holandesa considerou relevante, neste contexto, as circunstâncias de as empresas que faziam os anúncios ao mercado estarem cientes de que os concorrentes considerariam a informação. A própria CE, no caso dos *containers shippings*, escolheu adotar um processo de compromissos em detrimento de sancionar as empresas. Neste último caso, apesar de se poder argumentar que, pelo menos, não existiram consequências sancionatórias para as partes, não é particularmente tranquilizante considerar que os operadores económicos podem ser objeto de uma investigação onerosa, com impactos potenciais em termos de alteração da política comercial, com base numa disposição normativa que não contempla as condutas em causa.

Em nosso entender, o Artigo 101.º do TFUE é um enquadramento normativo destinado a abranger condutas multilaterais, acordos e condutas "conjuntas", à semelhança do que sucede no caso *Sherman Act*, norte-americano. Isto é claro quando apreciamos sistemas jurídicos comparados, em que mesmo atuações de "*cease and desist*", ao abrigo da *Section 5* do *FTC Act*, exigem "convites à colusão", claramente dirigidos a concorrentes, sendo que esta disposição que abrange comportamentos unilaterais não tem paralelo no Direito da Concorrência na UE e em Portugal [796].

Como destaca BROKELMANN, apesar das iniciativas da CE, a jurisprudência da UE, até à data, não fez corresponder a um anúncio unilateral de preços no mercado uma prática concertada, mesmo quando se realiza com muita antecipação, simplesmente porque a incerteza quanto ao comportamento a adotar não diminui, não estando, por isso preenchido o primeiro requisito para a delimitação de uma prática concertada[797].

---

[795] ACM 13.0612.53 - *Commitment Decision Regarding Mobile Operators*, parágrafo 47, 2014.

[796] *US Chamber of Commerce, Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the FTC Act: Does the US need rules above and beyond antitrust* 2009, p. 5, disponível em https://www.uschamber.com/sites/default/files/documents/files/0909antrust_0.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[797] BROKELMANN, 114.

Apesar de existirem vozes doutrinais que postulam uma extensão do âmbito de aplicação deste conceito às condutas unilaterais adotadas pelos membros de um oligopólio para se adaptarem ao comportamento dos seus concorrentes, a vanguarda da interpretação desta disposição determina, em nosso entender, que não se possam sancionar comportamentos das empresas que careçam do imprescindível elemento de colusão.

Tal não significa que, no plano da regulação setorial, não se possa, *ex ante*, regular, com base nos receios da doutrina económica, as condições de anúncios de preços e as condições comerciais em função das características dos mercados em causa ou que não se possam (ou devam) aplicar medidas de desconcentração de setores em que, a conjugação de uma estrutura oligopolista com elevada transparência no plano dos preço ocasione compressões do bem-estar do consumidor.

Nestes casos, em nosso entender, em lugar de forçar a aplicação do Artigo 101.º e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, as medidas mais adequadas deveriam, provavelmente, centrar-se na diminuição das barreiras à entrada[798].

3.2 Práticas Concertadas Envolvendo Contactos Indiretos

Vejamos, também, em que medida as condutas envolvendo contactos indiretos são enquadráveis no conceito de práticas concertadas a partir dos elementos que referimos *supra*, de forma coerente com o sistema jurídico em que se inserem.

Resulta da Parte II do nosso trabalho que, no que concerne práticas concertadas envolvendo contactos indiretos, ou a participação de terceiros, a tendência predominante nos últimos anos, por parte das autoridades de concorrência, tem sido, na feliz analogia de VEENBRINK, o mantra da Rainha de Copas "*off with their heads*" [799].

[798] *Vide*, por exemplo a *Análise ao Setor dos Combustíveis Líquidos Rodoviários em Portugal Continental*, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Energia_e_Combustiveis/Documents/An%C3%A1lise%20AdC%20Combust%C3%ADveis%20Rodovi%C3%A1rios%20Vers%C3%A3o%20N%C3%A3o%20Confidencial.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[799] VEENBRINK, 2016.

3.2.1 O Regime da Autoria e da Cumplicidade Aplicável a Tipos Sancionatórios

Conforme referido, nem o Artigo 101.º do TFEU, nem as respetivas normas de implementação, detalham o regime da autoria, nem reconhecem o estatuto de instigador, cúmplice ou facilitador em termos particulares. Ademais, as *Orientações relativas a coimas* não se referem à questão da aplicação de coimas distintas a agentes insuscetíveis de serem incluídos no conceito de autoria.

Não obstante, autores como BAUDENBACHER & WEITBRECHT consideram que a sanção dos facilitadores de infrações ao Artigo 101.º do TFUE está em linha com o racional do Direito da Concorrência, que visa impedir a distorção da concorrência. Segundo estes autores, a proposta avançada pelo AG Wahl e por outros autores, no sentido de introduzir legislação específica para lidar com a autoria e com a cumplicidade na aplicação destas disposições é irrealista, desde logo porque existem outras prioridades legislativas na UE[800].

BAUDENBACHER & WEITBRECHT são perentórios em considerar que a responsabilidade dos intermediários resulta dos princípios das ordens jurídicas dos EM. Contudo, e de forma reveladora, em nosso entender, consideram que "*as to the exact scope and extent of the liability of facilitators, future Commission practice and jurisprudence from the European courts will provide further clarification*[801]. Entendemos que esta incerteza, que os próprios defensores da sanção dos facilitadores reconhecem, não é compatível com os princípios aplicáveis ao Direito Público Sancionatório.

Estamos de acordo com estes autores no que concerne as dificuldades de alterações legislativas neste âmbito, mas realçamos, igualmente, que a doutrina do *effet utile* não pode levar a que as autoridades e os tribunais relevantes interpretem as disposições de concorrência de forma a expandir ao máximo as suas competências. Uma vez mais, o Direito da Concorrência não é, nem pode ser, uma ilha na ordem jurídica. Enquanto norma contraordenacional ou, de forma mais global, enquanto norma de Direito Sancionatório Público, terá de respeitar os princípios aplicáveis a estes ramos do Direito, desde logo os princípios da legalidade, da culpa e da segurança jurídica.

[800] BAUDENBACHER & WEITBRECHT, 2018, p. 7

[801] BAUDENBACHER & WEITBRECHT, 2018, p. 11.

Em nosso entender, à partida só pode ser autor, atenta a natureza específica da infração aqui em análise, contida no Artigo 101.º do TFUE, aquele que estiver em condições de exercer restrições sobre a concorrência. Por outro lado, uma empresa só pode ser responsabilizada por um comportamento de um terceiro se essa responsabilização estiver claramente prevista e nos termos precisos aplicáveis à cumplicidade, que exige um contributo material e, em nosso ver, "indispensável" para os factos ilícitos.

Não obstante, o TJUE tem vindo a expandir a possibilidade de responsabilizar uma empresa pelo comportamento de um terceiro, uma vez mais, com base num raciocínio essencialmente económico. Relembramos o já referido acórdão *Kone*, em que o TJUE considerou que os cartelistas podem ser responsabilizados pela conduta de não cartelistas com impacto negativo nos clientes destes[802]. A mesma filosofia algo expansionista pode resultar da última condição do acórdão *VM Remonts*, em que, pese embora o nosso otimismo, o Tribunal pareceu deixar algumas pontas soltas, em especial no que respeita à última condição de potencial responsabilização pelos atos de um prestador de serviços se a empresa pudesse prever razoavelmente os atos anticoncorrenciais dos seus concorrentes e dos prestadores de serviços e estava disposta a aceitar esse risco. Estas afirmações do TJUE não têm, em nosso entender, cabimento no caso em apreço, no qual a empresa recorreu, inclusivamente, a um advogado, para buscar aconselhamento jurídico de forma a cumprir as regras de *public procurement*[803]. Com efeito, se é verdade que a ignorância não afasta, em geral, a responsabilização, é excessivamente oneroso uma responsabilização em termos objetivos, sobretudo num momento em que se soma ao *public enforcement* a possibilidade de *private enforcement* com um âmbito muito alargado na UE. Na verdade, importa não perder de vista que um participante numa infração deste tipo é conjuntamente e solidariamente responsável para com as entidades que sofreram prejuízos em relação à infração (não obstante a maior ou menor probabilidade de serem alvos principais dos demandantes).

Nos ordenamentos jurídicos internos, tipicamente, no plano das contraordenações e das infrações de natureza penal, o estatuto do instigador, do cúmplice e do facilitador estão previstos

[802] C-557/12 - *Kone AG contra ÖBB-Infrastruktur AG*, *cit.*, parágrafo 34.

[803] VEENBRINK, 2016.

de forma clara, em coerência com os princípios jurídicos aplicáveis a este tipo de disposições. Em Portugal, o Artigo 16.º do RGCO, que se aplica subsidiariamente em relação à Lei da Concorrência, incluindo o Artigo 9.º, faz, desde 1995, a distinção entre autor e cúmplice, prevendo uma atenuação especial para o último. Esta disposição determina que, se vários agentes tomaram parte no facto ilícito tipificado na disposição relevante, qualquer deles incorre em responsabilidade pela contraordenação, mesmo que a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependa de certas qualidades ou relações especiais do agente e que estas só existam num dos comparticipantes, referindo ainda que é aplicável ao cúmplice a coima fixada para o autor, especialmente atenuada. Deste modo, o conceito de autor nos ilícitos contraordenacionais tem, desde logo, uma primeira implicação, que é a desnecessidade de efetuar a distinção entre as concretas formas de autoria (autoria, coautoria e instigação), impondo-se apenas diferenciar a cumplicidade da autoria.

Os Artigos 26.º e 27.º do CP, por seu turno, consideram que é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, *i.e.*, quem tiver, na linguagem penal, o domínio do acto, desde que haja execução ou começo de execução, esclarecendo que é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar "*auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso*", sendo aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, com atenuação especial.

Importa esclarecer que, na doutrina portuguesa, existe um debate quanto à extensão do conceito de autor para efeito de contraordenações, debate esse que foi já objeto, embora com um enfoque distinto, da apreciação do TRL em matéria de responsabilidade da empresa-mãe pela sua subsidiária, tendo o tribunal entendido, acertadamente, em nosso entender, limitar a responsabilidade à executante direta do ato ilícito em causa (que correspondia a um abuso de posição dominante)[804]. PINTO DE ALBUQUERQUE considera que vigora, neste contexto, um conceito extensivo de autor, que se contrapõe à teoria do domínio do facto que vigora no âmbito

[804] TRL – *HMR*, *cit*.

do Direito Penal[805]. TERESA QUINTELA DE BRITO, por seu turno, refere que, sendo o Direito Sancionatório Público sujeito aos princípios da legalidade e da tipicidade, "*terá de valer no seu âmbito um conceito restritivo de autor*"[806]. Subscrevemos neste âmbito, na íntegra e de forma reforçada, o pensamento desta autora, sobretudo se tivermos em conta que o "pensamento clássico" de PINTO DE ALBUQUERQUE e da doutrina que segue esta linha não está pensado para as grandes contraordenações, mas para as contraordenações típicas, de natureza bagatelar.

No que concerne a cumplicidade, uma vez mais existem tendências doutrinárias no sentido de considerar que, no Direito Contraordencional, é cúmplice quem tiver dado um contributo material ou moral completamente acessório ou secundário, por contraposição à ideia do "contributo necessário" do Direito Penal[807]. Novamente, alinhámos pela ideia do contributo necessário próximo do Direito Penal, porque estamos no campo de infrações quase-penais, em termos de sanções e meios de recolha de prova, sem paralelo no ordenamento nacional.

Por outro lado, existem EM que preveem, de forma expressa, o regime da cumplicidade no texto da aplicação de disposições de concorrência. Por exemplo, no caso do Reino Unido, as regras de concorrência abrangem ações de apoio a comportamentos anticoncorrenciais, nos termos das quais foi sancionado o facilitador no processo *Marine Hose*, a que já nos referimos[808]. Neste caso, Peter Whittle foi sancionado com três anos de prisão pelo seu papel como coordenador do cartel, que incluiu a organização de reuniões e de relatórios, tarefa pela qual era remunerado.

Fora da UE, uma abordagem detalhada foi também adotada pelo *Australian Competition and Consumer Act*, de 2010. De acordo com as *sections* 76 e 79 deste enquadramento normativo, as entidades serão sancionadas se tiverem "*a) aided, abetted, counselled or procured another person to contravene, or commit a law ofference; b) induced, or attemped to induce, a person, whether by threats or otherwise, to contravene, or commit a competition law offence; c) been in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, a contravention of, or*

[805] PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011:72.

[806] QUINTELA DE BRITO, 2009: 82-83.

[807] PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011:73.

[808] Parágrafos 82 a 86.

offence of competition law". Neste contexto, foram impostas, neste ordenamento, sanções a alegados facilitadores de cartéis. Por exemplo, considerou-se que a *Woolworths* desenvolveu um papel principal na organização de um cartel entre produtores de detergentes e foram também iniciadas investigações contra a *Informed Sources* e diversos distribuidores de combustíveis, uma vez que aquela permitia o intercâmbio de informação de preços quase em tempo real[809].

Por seu turno, o *Bundeskartelamt* parece adotar uma posição ambivalente nas Orientações relativas à proibição de fixação de preços no setor do retalho alimentar, ao notar que as atividades nos serviços profissionais nesse setor cobram remunerações significativas para a recolha e disponibilização de dados de preços e volumes. No entanto, na discussão relativa a cenários legais e ilegais, a autoridade restringe as suas orientações ao intercâmbio de dados de preços entre fornecedores e distribuidores. Neste sentido, parece que o *Bundeskartelam* tende a considerar o intercâmbio de informação por via de uma organização profissional excluído do âmbito de aplicação de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência[810].

Em suma, deverá considerar-se, neste âmbito, o regime da autoria e da cumplicidade do RGCO e do CP, em particular deste último, como o pano de fundo da aplicação da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência e, em particular, do conceito de prática concertada.

3.2.2 Intermediários Não Ativos nos Mercados Relevantes ou Relacionados (Midllemen)

Como vimos, a utilização das figuras de facilitador/cúmplice da infração das proibições da legislação da defesa da concorrência alcançou, ultimamente, uma notável latitude, na UE e nos EM, tendo o recurso a estas figuras tido sempre como referência os casos *Treuhand*.

Relembramos os já referidos processos *Peluquería Profesional*, *UNESA e Asociados* e *Bombas de Fluidos*, em que, de maneira claramente incorreta, a CNC (e subsequentemente a CNMC)

[809] Para mais desenvolvimentos, *vide* GOULD, 2015.

[810] Parágrafo 95.

utilizou o termo "facilitador" como sinónimo de coautor e/ou de cooperador necessário da infração. Ademais, em várias decisões, a CNMC estendeu a aplicação da proibição do artigo 1 da LDC às empresas de consultoria que prestaram apoio à infração. A empresa de consultoria *A.N.T. Servicalidad*, por exemplo, foi sancionada como cooperador necessário de uma infração às normas de concorrência pela sua atividade de "cliente mistério", destinada a obter e partilhar informação sobre preços e condições comerciais de venda e deteção dos descontos que se afastavam dos preços recomendados[811].

No plano da UE, não podemos deixar de concordar com o AG Whal, que refere que, tanto no Direito Penal como no Direito Sancionatório Público, deve respeitar-se o princípio da legalidade, pelo que a cumplicidade em relação a uma infração em matéria sancionadora será sancionável se o tipo sancionatório o previr, sendo que o Direito da Concorrência da UE contém uma previsão detalhada quanto às distintas formas de participação nas infrações das proibições de condutas anticoncorrenciais.

Autores, como JESUS ALFARO, consideram que o Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e as normas nacionais paralelas devem ser contextualizados num objetivo de proteção da rivalidade entre os operadores económicos, "empresas concorrentes" e não apenas "empresas"[812].

No que se refere em particular ao Artigo 101.º do TFUE, a anterior interpretação era coerente com a ideia de que os participantes na infração reduzem a pressão concorrencial entre si, prejudicando o bem-estar dos consumidores, e de que só aqueles podem ser considerados autores ou coautores da infração. Na verdade, os intermediários como a *Treuhand e a ICAP* têm em comum a circunstância de não estarem ativos no mercado afetado pela prática concertada anticoncorrencial e as suas contribuições são de natureza acessória, se comparadas com as contribuições dos perpetradores diretos, e, portanto, dificilmente poderiam preencher os requisitos dos factos ilícitos em causa, desde logo a restrição da concorrência.

No ordenamento jurídico interno, tendo em conta o Artigo 16.° do RGCO e, inclusivamente, a gravidade das sanções em causa, bem como dos meios de recolha de prova, nos Artigos 26.º

[811] Expte. S/0487/13 Concesionarios Land Rover, disponível em https://www.cnmc.es/sites/default/files/573439_7.pdf (consultado em 13 de maio de 2019).

[812] ALFARO, 2013: 8.

e 27.º do CP, afigura-se claro que as entidades que não podem "aliviar" a pressão concorrencial não podem ser incluídas no conceito de autoria, para efeitos do Direito da Concorrência.

Em qualquer caso, estas disposições parecem dar cobertura à sanção, no plano do Direito da Concorrência, da cumplicidade, no plano nacional. Para que tal tenha lugar, terão de encontrar-se apurados todos os elementos que compõem o tipo de ilícito objetivo das contraordenações para os autores, tendo de ser demonstrado, em nosso entender, que o cúmplice prestou um contributo essencial para o preenchimento do tipo normativo, o que parecia ter sido o caso no acórdão *Treuhand*, tendo em conta a magnitude dos esforços desta entidade para articular as condutas dos participantes na conduta proibida, embora fosse mais duvidoso no caso do *ICAP*[813].

Neste último caso, o TG não se refere a um elemento de essencialidade, mas de valor acrescentado, tendo em conta que entendeu que a intervenção do *ICAP* permitiu dar às manipulações das referidas taxas uma amplitude muito mais importante do que se tivessem ficado confinadas apenas às propostas dos dois bancos envolvidos em cada uma dessas infrações[814].

3.2.3 Condutas Hub and Spoke

Por seu turno, as condutas *hub and spoke* merecem, em nosso entender, uma apreciação particular, desde logo, como relembra MENDES PEREIRA, por existirem muitas razões legítimas para um produtor e um seu distribuidor reunirem e partilharem informação sensível, incluindo sobre preços e estratégia futura[815]. Relembramos que, no caso *Bayer*, a que já no referimos, o TJUE estabeleceu, de forma provavelmente não consensual, que o elemento mínimo exigível

[813] No caso AENA, a essencialidade do papel desta empresa também foi considerada relevante, mas neste caso para a categoria de autoria "*AENA como AENA AEROPUERTOS, sin ser operadores en el mercado afectado* ***han jugado un papel fundamental*** *recabando la información y facilitando el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, en la práctica totalidad de los aeropuertos españoles (excepción hecha de los tres citados) por lo que deben ser consideradas* ***coautoras*** *de la infracción junto al resto de las empresas imputadas en este expediente en cuanto han contribuido sustantivamente al mantenimiento de la conducta y, por ello, a restringir la competencia, grave y prolongadamente, en dicho mercado*".

[814] Parágrafo 198. Para mais desenvolvimentos quanto a este acórdão, *vide* ALIENDE RODRIGUEZ & NOORALI, 2018: 320-322.

[815] MENDES PEREIRA, 2009, p. 95.

para que, no âmbito vertical, se considere haver lugar a uma prática proibida é o consentimento tácito[816].

Conforme decorre da Parte II do nosso trabalho, *supra*, a maior parte dos casos de intercâmbios *hub and spoke* foram tratados como práticas concertadas, em particular nos sistemas anglo-saxónicos, em que o *track record* da tipificação jurídica de entendimentos deste tipo é mais alargado.

Nestas jurisdições, como vimos, a prova de uma conduta desta natureza exige algum tipo de *meeting of the minds*, de consenso, que pode resultar do elemento indiciário da comunicação entre as partes. Todavia, este consenso mental em que a cooperação substitui conscientemente a concorrência é o cerne da construção *hub and spoke*.

Conforme refere MIRANDA POÇAS, a jurisprudência britânica, em particular do *Court of Appeal*, tem adotado, até à data, em nosso entender, a abordagem de condutas *hub and spoke* mais equilibrada e coerente com a nossa proposta de clarificação[817].De facto, importa considerar que a relação estabelecida entre os *spokes* por via do *hub* não é automaticamente de natureza horizontal, em face das particularidades que advêm do estabelecimento de relações verticais entre cada um dos *spokes* e o *hub*. Arriscamo-nos a dizer que os tribunais britânicos seguramente estão mais à frente do que o TJUE na análise de condutas *hub and spoke*, uma vez que, na prática, já se confrontaram com estas situações, ao contrário do TJUE, que, tanto quanto é do nosso conhecimento, nunca analisou diretamente casos semelhantes destes.

Este entendimento apresenta também, no nosso entender, coerência com a interpretação do BkA alemão, que acabou por considerar casos de RPM situações que inicialmente tinham sido configuradas como *hub and spoke*, uma vez que não conseguiu provar o entendimento consciente entre operadores, os quais, em alguns casos, estavam hesitantes em partilhar as futuras intenções de preços, só o fazendo quando pressionados pelos retalhistas.

O TJUE não efetuou ainda qualquer apreciação de situações deste tipo, não obstante o raciocínio empreendido nos acórdãos *AC – Treuhand II* e *ICAP*. Todavia, a posição tomada no acórdão *Remonts*, nos termos do qual, como vimos, o TJUE não excluiu totalmente a empresa

[816] *Vide* página 206, *supra*.

[817] MIRANDA POÇAS, 2019, p. 109.

Partikas kompanija, de uma prática concertada devido a atos de um prestador de serviços independente, ainda que aquela nunca se tenha associado à prática levada a cabo por esse prestador de serviços ou dela ter tido sequer conhecimento[818].

Apesar de compreendermos as dificuldades existentes na prova de acordos ilícitos ou práticas concertadas entre empresas, conforme demonstrado, a CE e as autoridades nacionais estão munidas dos meios para levarem a cabo as investigações necessárias e, dessa forma, provarem a verificação dos factos que alegam.

É manifesto que existem circunstâncias, bastante frequentes, em que um distribuidor se queixa a um fornecedor, que também é fornecedor de um concorrente, mas não espera que o fornecedor tome qualquer ação em resposta a essas observações, sendo que, na maior parte dos casos, o distribuidor pode simplesmente estar a procurar obter melhores condições. Neste contexto, a investigação de cartéis *hub and spoke* cria zonas de grande incerteza, em que pesquisas de mercado e negociações mais agressivas podem recair em práticas de cartel.

A nossa proposta de clarificação pode também, em nosso entender, ajudar a esclarecer estas situações dúbias.

Em primeiro lugar, a exigência de um comportamento consciente para afastar a incerteza, neste caso a incerteza quanto ao comportamento do concorrente, através da colaboração de um fornecedor ou cliente comum, afasta as situações de interfaces comerciais habituais com o parceiro comercial direto apenas.

Ademais, a adoção de um comportamento contrário ao que resultaria do afastamento da incerteza põe em causa a existência de práticas concertadas, em situações deste tipo, pondo em crise a perceção da existência de um impedimento à concorrência entendido por todos os intervenientes.

A conjugação destes elementos aproxima-se, em grande medida, da ideia de *rim*, o aro que completa a roda, que descrevemos aquando da análise de condutas deste tipo no direito norte-americano, e permite uma aplicação equilibrada da proibição do Artigo 101.º do TFUE e das disposições nacionais paralelas a esta disposição.

[818] *Vide* páginas 170 e ss, *supra*.

Note-se, todavia, que esta conclusão visa afastar a inclusão, de forma extensiva, de contactos comerciais legítimos, de tentativas de pressão vertical, típicas das relações de distribuição, da qualificação como cartel e das pesadas sanções que estão associadas a uma qualificação deste tipo.

A qualificação de pressões verticais no sentido da adoção de determinadas condições comerciais pode ainda suscitar a aplicação desta disposição sob a forma de uma restrição vertical de manutenção de preço de revenda, tal como sucedeu no caso alemão, motivo pelo qual uma abordagem cautelosa da infração *hub and spoke* não afastaria, em qualquer caso, a possibilidade de fazer cessar condutas com riscos jusconcorrenciais.

3.3 As Plataformas *Online* e *Software* com base em Algoritmos

Os conceitos jurídicos e económicos no contexto do Direito da Concorrência da UE têm sido, como vimos, chamados a solucionar questões de concorrência em diversos mercados, a generalidade dos quais com características "analógicas".

Em primeiro lugar, as plataformas *online* são um conceito difícil de definir com precisão, embora o conceito de plataformas não seja novo. Desde logo, os mercados de *media* são exemplos de plataformas mais tradicionais, em que é possível integrar diversos tipos de oferta. Todavia, a aplicação deste conceito no contexto da Internet incrementa o potencial deste tipo de ferramentas, de uma perspetiva de negócio. Na verdade, enquanto as plataformas físicas têm restrições à expansão, as plataformas *online* têm um potencial de expansão quase infinito. Em alguns casos, podem ser interligadas, o que torna uma avaliação da concorrência mais difícil de antecipar, em particular se comparada com os mercados *offline*, que são mais estáticos.

Adicionalmente, as plataformas *online*, muitas vezes, não concorrem por um mercado existente, mas por mercados futuros, que ainda não se materializaram e cuja concorrencialidade poderá ser intensificada com o desenvolvimento de tecnologia da Internet, o que permitirá que mais plataformas *online* ganhem acesso aos consumidores. Por outro lado, como vimos supra, as plataformas digitais, do ponto de vista da proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência, podem atuar como *hub* de coordenação, difundindo informação que permitirá a articulação de comportamentos e a adoção de estratégias paralelas no mercado, atuando também como "uniformizador" das condições oferecidas. Ademais, a problemática do potencial de

coordenação de plataformas digitais desemboca, na verdade, também questões relacionadas com algoritmos, uma vez que este tipo de software é utilizado nesta sede.

Com efeito, importa ter em conta, ainda no contexto digital, os desenvolvimentos que respeitam a *software* com base em algoritmos, que são utilizados para reagir instantaneamente a alterações de circunstâncias de mercado, incluindo o comportamento de mercado dos concorrentes.

OHLHAUSEN, à época *acting chairman* da FTC, caracterizou a discussão da colusão com base em algoritmos como "*a bit alarmist*", fazendo notar que os esforços unilaterais para compreender as condições de mercado e responder a estas são uma parte crítica do bom funcionamento da economia[819].

Este tipo de *software* foi apreciado pela CE, no recente inquérito setorial relativo ao *e-commerce*, sendo que a experiência recolhida parecia poder apontar no sentido de resultados problemáticos do ponto de vista do Direito da Concorrência[820]. Segundo a investigação da CE, a utilização destas ferramentas pode, em certos casos, conduzir a resultados idênticos ao impacto dos cartéis[821].

Conforme vimos anteriormente, a questão central neste particular não são os casos "*coordination by design*", em que os algoritmos são apenas uma ferramenta da coordenação decidida pelos operadores. Nesses casos, a determinação da existência de práticas concertadas deve partir, igualmente, de um ponto inicial no sentido de avaliar se a interação entre os programas de *software*, ou entre os seus proprietários, pode ser uma forma de comunicação para efeitos de prova do requisito da concertação, de redução ciente da incerteza de forma semelhante ao que teve lugar no caso *Topkins*, a que já fizemos referência[822].

Tal como explicado na Parte II do nosso trabalho, a questão que se suscita quanto à utilização de algoritmos é, uma vez mais e essencialmente, a delimitação da existência de uma prática

---

[819] OHLHAUSEN, *Should We Fear the Things That Go Beep in the Night? Some Initial Thoughts on the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing*, de 23 de maio de 2017, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220893/ohlhausen_-_concurrences_5-23-17.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

[820] Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, de 10 de maio de 2017, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_pt.pdf (consultado em 15 de maio de 2019).

[821] EZRACHI & STUCKE, 2015, p. 60.

[822] GAL, 2018.

concertada, em particular quando cada algoritmo é programado para tomar decisões com base nas melhores respostas e estratégias dominantes de outras partes no mercado. Segundo GAL, a introdução de algoritmos não só permitirá uma coordenação mais duradoura, como poderá até facilitar a colusão em mercados não oligopolistas em que muitos concorrentes operam[823].

Várias têm sido as respostas da doutrina neste cenário, tendo em conta que as autoridades e os tribunais não tiveram ainda oportunidade de apreciar questões deste tipo, fora dos relatórios de circunstância e das situações de "*coordination by design*" a que já nos referimos.

Os algoritmos de aprendizagem, o "*digital eye*", permitem que se atinja um equilíbrio colusivo, sem que tenham sido especificamente desenhados para o efeito, através da simulação de um jogo representando dois concorrentes num dilema do prisioneiro com estratégias "*Price High*" e "Price Low".

Embora os algoritmos levem algum tempo a perceber que a colusão pode ser lucrativa, esta ocorrerá a maior parte do tempo, ainda que, durante os períodos iniciais de experimentação, os algoritmos entrem numa guerra de preços.EZRACHI & STUCKE argumentam que a conduta paralela neste cenário não é proibida para os propósitos de Direito da Concorrência, na medida em que opere de forma unilateral e sem intervenção humana[824]. Na verdade, se um determinado *software* de preços ganhar popularidade no âmbito de um setor, e ainda que a sua utilização prejudique a procura, não existe base legal para proibir a sua utilização paralela, uma vez que as empresas podem sempre adaptar-se inteligentemente às condições do mercado, tal como reconhecido pela jurisprudência que referimos *supra*[825]. GAL & ELKIN-KOREN, por seu turno, oferecem uma abordagem distinta, propondo que a implementação de um *software* deste tipo constitua um "*plus factor*" para efeitos do preenchimento do requisito da prática concertada, a "*conspiracy*" norte-americana, à semelhança do que vimos suceder com a comunicação/contactos[826].

[823] *Vide* página 233, *supra*.

[824] EZRACHI & STUCKE, 2017; 1082 e ss.

[825] V*ide* página 159, *supra.*

[826] GAL & KOREN, 2016.

Na verdade, é certo que o Direito da Concorrência atual não cobre todas as situações de algoritmos que identificámos, supra, mas isso não significa que as devesse cobrir[827]

CALVANO, por seu turno, distingue três possibilidade para responder ao risco de colusão e dos algoritmos. Uma proibição total da sua utilização é claramente desrazoável. Em alternativa, uma abordagem "business-as-usual", em que consideraremos que não colocam uma questão nova à legislação "*antitrust*", mantendo-se a distinção "analógica" entre colusão tácita e explícita, uma vez que a limitação da colusão tácita pode gerar sobreaplicação do Direito da Concorrência. Por fim, uma opção de regulação *ex ante*, definindo os requisitos dos algoritmos permitidos[828]. Estabelece um paralelo com a entrada no mercado de medicamentos, referindo que a análise *ex ante* passaria por testar previamente o software de preços antes da sua entrada no mercado, podendo proibir-se a sua adoção caso exibissem uma tendência acentuada para a colusão, mercê dos mecanismos de aprendizagem.

Em nosso entender, importa evitar precipitações no caso dos mercados digitais, em que os desenvolvimentos estão ainda numa fase inicial. Até ao momento, um dos grandes contributos dos mercados digitais foi ter demonstrado que é um ónus desrazoável para as empresas a aplicação da presunção de concertação resultante apenas de contactos e comunicações, particularmente quando os participantes não têm, de facto, conhecimento da informação sensível partilhada por via de comunicação digital.

O problema da colusão tácita não é novo, podendo aplicar-se nos mercados digitais a generalidade da conceptualização desenvolvida para os mercados "clássicos", todavia é inegável que estamos perante um problema novo em termos de magnitude, tendo em conta a propagação de soluções técnicas que propiciam a colusão até em mercados não concentrados.

Não obstante, é também nosso entendimento que não fará qualquer sentido pôr em causa a dogmática da norma para acomodar situações que, na verdade, não se inserem no escopo, desta logo porque não há concertação com base numa mera decisão unilateral.

[827] EZRACHI & STUCKE, 2016.

[828] *Vide* CALVANO (2018a): 14-15

Neste ponto, retomamos a ideia que temos vindo a defender ao longo do nosso trabalho, no sentido de que o Direito da Concorrência não pode ser chamado a solucionar todas as situações em que há uma compressão do bem-estar da procura. Na verdade, o futuro dos algoritmos, sobretudo os que utilizam inteligência artificial, é, provavelmente, regulatório, em todas as suas vertentes[829].

E este é precisamente o ponto com que queríamos concluir este capítulo. Os algoritmos podem ser responsáveis pelo infortúnio de pagarmos mais pelo *download* (legal) da 8.ª temporada da *Guerra dos Tronos*, mas estes mecanismos de reação rápida, sem intervenção humana, e a pretexto da objetividade, são também responsáveis por sistemas de recrutamento, que excluem candidatos menos prováveis, com nomes mais exóticos ou géneros com padrões de vida ativa diferenciados, bem como pela gestão de sistemas de assistência social e todo o género de atividades com impacto profundo na vida humana. A questão dos algoritmos e da inteligência artificial é uma questão global, que só uma intervenção regulatória integrada e *ex ante* poderá disciplinar. Uma vez mais, não façamos do Direito da Concorrência uma ilha, e uma ilha deserta.

4. CONCLUSÕES PRELIMINARES

Voltando à analogia de BURGER-SMIDT, a que aludimos na introdução a este trabalho, consideramos que a nossa proposta de clarificação contribui para que o conceito de prática concertada deixe de ser um "ogre disfarçado de príncipe" e passe a ser, pelo menos, um ogre assumidamente ogre, ou que desejavelmente consiga corresponder ao oscular principológico-sistemático que quebra o feitiço da insegurança jurídica e da limitação infundada da liberdade económica.

Em primeiro lugar, importa regressar a uma conceptualização de prática concertada que tenha um mínimo de correspondência na letra da norma, em consonância, desde logo, com o princípio da legalidade. Propomos uma delimitação com base numa ideia de fim comum, de forma ciente, com inspiração na ideia de *meeting of the minds* dos sistemas anglo-saxónicos, cuja natureza

[829] Para mais desenvolvimentos, *vide* GATA, 2019.

normativa, julgamos ter demonstrado, é próxima, estando, em ambos os casos, sujeita aos princípios aplicáveis às sanções de natureza penal.

Por outro lado, em nosso entender, terá de ser demonstrado um comportamento consentâneo com a coordenação, o paralelismo no mercado, afastando-se das condições normais de racionalidade económica, bem como, naturalmente, o nexo de causalidade entre estes, que mitiguem a ideia de que a UE é muito mais exigente em relação a certos intercâmbios de informação do que os EUA.

Na verdade, o paralelismo comportamental que se afasta das condições de "normalidade" no mercado é também um regresso ao critério *Woodpulp*, que determinava que o comportamento paralelo só teria relevância se não existisse uma explicação alternativa, em termos de racionalidade económica para a sua adoção, que não a concertação. Quanto à presunção de nexo de causalidade, esta será, em nosso entender, admissível, na medida em que seja verdadeiramente ilidível, desde logo pela demonstração da adoção de um comportamento que se afasta do alegado foco da coordenação.

Esta formulação é igualmente, em nosso entender, compatível com os princípios aplicáveis à prova indiciária para efeitos de Direito Sancionatório, tendo em conta que esta tem de ser, à partida, direta, inequívoca e plural.

Em segundo lugar, esta delimitação permite distinguir, de forma clara, para as devidas consequências, prática concertada e acordo, prática concertada e restrição da concorrência, prática concertada de restrição por efeitos.

Na verdade, o patamar mínimo de restritividade será, em nosso entender, à capacidade de restringir a eficiência alocativa da procura, que corresponderá à conduta com propósito restritivo da concorrência. Por outro lado, entendemos que importa refletir relativamente às dúvidas de FIGUEIREDO DIAS E FLÁVIA LOUREIRO quanto à admissibilidade de efeitos potenciais restritivos da concorrência, tendo em conta a ausência de apoio na letra da lei ao "utilitarismo" das autoridades de concorrência na construção de conceitos deste tipo.

Ademais, tornámos claro, em nosso entender, que, ao contrário do que alguns autores entenderam, o acórdão *E-turas* não delimitou um critério diferenciado para plataformas *online*, mas apontou pistas no sentido de uma interpretação global que inclua critérios aplicáveis a

todos os tipos de condutas, em mercados digitais, "analógicos", através de condutas diretas e indiretas.

A inclusão no escopo das disposições em causa de condutas indiretas, em particular com a participação de operadores não envolvidos nos mercados em questão, não é, no nosso entender, tão clara. Parece não ter base legal no plano da UE e, no plano interno, terá de recorrer aos conceitos exigentes de autoria e cumplicidade previstos no RGCO e no CP e aconselha-se prudência quanto ao *middlemen*, em particular quando a participação deste na facilitação da alegada conduta restritiva é meramente incidental.

Por outro lado, a construção de condutas *hub and spoke*, que se afigura, em alguns casos precipitada, beneficiaria, cremos, da adoção deste critério de clarificação, que é tributário da ideia anglo-saxónica de *rim*, e que afasta, por isso, condutas meramente verticais, reconduzíveis ao RPM, que, na maior parte dos casos, não implicará a imposição de sanções, e, em qualquer caso, está longe do patamar máximo das sanções de Direito da Concorrência, tipicamente reservadas para cartéis e abusos de posição dominante.

No que concerne plataformas digitais e algoritmos, apesar do clamor doutrinal no sentido de iniciar a discussão neste ponto e de definir critérios específicos para estes mercados, aconselhamos, uma vez mais, prudência.

O problema essencial dos algoritmos, em particular os algoritmos de aprendizagem, ou digital eye, não é novo, uma vez que corresponde à controvertida questão da colusão tácita, podendo aplicar-se nos mercados digitais a generalidade da conceptualização desenvolvida para os mercados "clássicos". Todavia é inegável que estamos perante um problema novo em termos de magnitude, tendo em conta a propagação de soluções técnicas que propiciam a colusão até em mercados não concentrados.

Do novvo ponto de vista, a sede regulatória dos verdadeiros algoritmos, baseados em inteligência artificial e sem controlo humano, não é certamente o Artigo 101.º do TFUE e o Artigo 9.º da Lei da Concorrência, nem sequer o Direito da Concorrência, mas sim, provavelmente, o Direito do Consumidor e a até a tutela de direitos fundamentais de natureza não económica.

SINTESE E CONCLUSÕES

Aqui chegados, impõe-se levar a cabo uma reflexão abrangente, tendo em conta o percurso empreendido ao longo trabalho, sistematizando as conclusões a que fomos chegando de forma a responder às dúvidas originalmente formuladas em relação à delimitação do conceito de práticas concertadas restritivas da concorrência.

i). Em primeiro lugar, decorre do nosso estudo que o contexto histórico e económico da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência revela uma pluralidade de influências, nem sempre coerentes, sendo inegável, como ponto de partida, a relevância pioneira do Direito da Concorrência norte-americano e da sua abordagem principológica, típica da *common law*, em que o poder legislativo emite, habitualmente, uma orientação global que o poder judicial vai desenvolvendo.

ii). A configuração ampla da proibição de acordos e práticas restritivas da concorrência revela o impacto dos aspetos práticos relacionados com as dificuldades em estabelecer um consenso no plano supranacional e constitui um mecanismo linguístico para capturar todos os comportamentos que podem ter impacto na concorrência.

iii). Conforme demonstramos, este propósito perpassava igualmente a legislação implementada pelas forças norte-americanas na Alemanha ocupada, bem como o Tratado CECA.

iv). É neste quadro, de abrangência máxima, que a proibição se estendeu a "concertações" com propósito, ou com consequências anticoncorrenciais.

v). Na verdade, este propósito abrangente não tinha, nesta fase, particulares consequências do ponto de vista dos princípios jurídicos fundamentais, uma vez que não estavam previstas, originalmente, sanções para as empresas infratoras, existindo apenas consequências que passavam pela nulidade dos atos com configuração jurídica, como acordos e decisões, e pela implementação de medidas de restabelecimento da legalidade.

vi). Todavia, as normas de implementação das disposições do TFUE, que vieram introduzir a aplicação de coimas e consagrar poderes de investigação, sem paralelo no plano do Direito Sancionatório Público, não acrescentaram critérios adicionais de determinabilidade das condutas em infração das disposições em causa.

vii). Esta circunstância não teve particular impacto no primeiro período de aplicação do Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, nos termos do Regulamento n.º 17/62, que foi, como vimos, marcado pela centralidade do papel da CE, pela experiência limitada em termos de decisões sancionatórias e pela parcimónia da perseguição de cartéis secretos, que adiaram durante décadas a discussão dogmática relativa ao tipo normativo sancionatório.

viii). Já no período pós-modernização, na viragem do século XXI, o Regulamento n.º 1/2003 acrescentou maior complexidade e, provavelmente, incerteza neste âmbito, tendo em conta, como vimos, a descentralização da aplicação destas disposições e a intervenção algo errática da CE através de documentos de *soft law*.

ix). Pese embora algumas especificidades em termos de evolução histórica mais tardia, também a proibição de condutas bilaterais/multilaterais restritivas da concorrência no plano nacional pode ser considerada como correspondendo a um princípio proibitivo, uma vez que reproduz, de forma quase exata, as disposições do TFUE.

x). A construção substantiva dos preceitos em causa tem por base a prática decisória e, especialmente, a jurisprudência, no plano da UE, que esclareceu de forma expressa que a alegada vaguidade das disposições de concorrência não impedia que estas fossem diretamente aplicáveis.

xi). O TJUE contribuiu, de forma abundante, para a delimitação dos requisitos de aplicação do Artigo 101.º do TFUE, o mesmo tendo sucedido, em menor medida e de forma nem sempre coerente, com os tribunais portugueses.

xii). Estes desenvolvimentos levaram à delimitação de um conjunto de requisitos de aplicação do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º da Lei da Concorrência, que passam pela existência de uma empresa, de um acordo ou prática concertada, de uma restrição sensível da concorrência por objetivo ou por efeito e, no caso do Artigo 101.º, uma afetação sensível do comércio intracomunitário.

xiii). As dificuldades na definição dos elementos caracterizadores desta proibição, no plano da UE e, consequentemente, no plano nacional, incluindo o requisito das práticas concertadas, terão de ser contrastadas com a natureza das disposições em causa.

xiv). Na verdade, pudemos também concluir na Parte I do nosso trabalho que a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência se insere no plano do Direito Público Sancionatório, sendo que, no plano nacional, se integra no enquadramento particular do Direito Contraordenacional.

xv). Deste modo, tanto no plano da UE como no plano nacional existem elementos que apontam para a aplicação dos princípios do Direito Penal ao Artigo 101.º do TFUE e ao Artigo 9.º da Lei da Concorrência, tendo em conta a jurisprudência do TJUE, a jurisprudência do TEDH e a jurisprudência do TC.

xvi). Na verdade, pudemos concluir que as coimas máximas aplicáveis poderão ascender a montantes muito superiores aos das sanções de multa e que, inclusivamente, nos termos da *Diretiva ECN +*, podemos ser confrontados, no futuro, com a possibilidade de utilizar em processo de Direito da Concorrência provas não admissíveis no contexto de processos penais, como as gravações ocultas realizadas por particulares.

xvii). Da investigação que levámos a cabo neste trabalho resulta, igualmente, que o substrato económico do Direito da Concorrência, em particular do Artigo 101.º do TFUE e do Artigo 9.º do Lei da Concorrência, em todos os seus requisitos, acompanhou o caráter dinâmico da integração económica europeia e a natureza funcionalista das regras de defesa da concorrência introduzidas inicialmente no plano da UE, estando na origem de muitas das imprecisões interpretativas neste âmbito.

xviii). O substrato da proibição da concertação restritiva da concorrência na UE e no plano nacional, à semelhança do que veio a suceder no direito norte-americano, deverá ser encontrado no plano da teoria económica neoclássica, não obstante o ressurgimento de objetivos de outra natureza.

xix). Em segundo lugar, a dispersão da aplicação da proibição de condutas bilaterais/multilaterais restritivas da concorrência, o modelo de autoavaliação, o crescimento da aplicação dos Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência, a maior complexidade das condutas económicas, a passagem à clandestinidade das práticas restritivas, tornaram a categoria de práticas concertadas particularmente atrativa para os aplicadores da proibição de acordos e práticas concertadas, quer no plano da UE, quer no plano nacional.

xx). Resulta do percurso que empreendemos pelos desenvolvimentos jurisprudenciais, no plano da UE, no que concerne a construção do conceito de práticas concertadas, que esta se alicerça num conjunto de presunções cuja delimitação não é clara e cuja possibilidade de ilisão não se encontra suficientemente delimitada.

xxi). As interpretações realizadas pelos vários autores, nacionais e estrangeiros, com base na mesma jurisprudência registaram, como vimos, várias oscilações quanto aos requisitos para a verificação de práticas concertadas.

xxii). Por um lado, a coordenação foi paulatinamente reconduzida a contactos/comunicações e o elemento comportamental, após os acórdãos do polipropileno, pareceu ter-se transformado na mera inação.

xxiii). Ademais, progressivamente, a jurisprudência e doutrina nela baseada foram integrando um elemento de restritividade na delimitação das práticas concertadas, que introduziu um aspeto adicional de confusão neste contexto.

xxiv). A dificuldade em discernir os elementos constituintes de cada um dos requisitos da proibição de acordos e práticas concertadas é particularmente clara, no contexto da apreciação de partilhas de informação, como restrições da concorrência autónomas.

xxv). As *Orientações Horizontais*, apesar de incluírem, no seu título, a referência a acordos e a cooperação horizontal, dedicam a maior parte da sua discussão à análise de práticas concertadas, num conjunto alargado de parágrafos, incluindo parâmetros em que não é claro o que corresponde às práticas concertadas e o que corresponde à restritividade da conduta.

xxvi). Na verdade, em terceiro lugar, o aligeiramento da noção de prática concertada no plano da UE, replicado, em grande medida, no plano dos EM, facilita a tarefa de determinar se o entendimento alcançou um grau suficiente para ser considerado um acordo, ou se é, em qualquer caso, uma concertação, sendo que, como vimos, em várias ocasiões, uma conduta é simultaneamente qualificada como acordo e prática concertada.

xxvii).A abordagem utilitarista deste requisito explica ainda, em nosso entender, a autonomização crescente do intercâmbio e até da partilha de informação e decorre da adoção de citérios imprecisos, da descontextualização da jurisprudência e da utilização

crescente do regime da clemência e de procedimentos negociais, legalmente previstos ou *avant la letre*, o que diminuiu a conceptualização e a construção dogmática do requisito.

xxviii). Em quarto lugar, a lógica ditaria que a tibieza e incerteza da construção dogmática do requisito das práticas concertadas dificulta, de sobremaneira, a integração de condutas novas, atípicas.

xxix). Todavia, os aplicadores do Direito da Concorrência têm procurado expandir as fronteiras do requisito no sentido de abranger condutas indiretas e aparentemente unilaterais, bem como condutas com base em plataformas digitais e *software* com base algoritmos.

xxx). Nesse sentido, pudemos ainda concluir que as discussões relativas às novas fronteiras das restrições horizontais, dos intercâmbios ou partilhas de informação são, na verdade, novas fronteiras da delimitação do conceito de práticas concertadas.

xxxi). Em quinto lugar, do nosso estudo resulta que não existe fundamento económico claro para que o Artigo 101.º do TFUE ou o Artigo 9.º da Lei da Concorrência limitem, de forma imprecisa e difícil de prever, a liberdade de uma empresa no sentido de adotar uma conduta economicamente racional pelo mero facto de conhecer, sem qualquer concertação prévia, uma informação divulgada por um concorrente ao mercado, aos seus clientes, aos seus fornecedores ou a quaisquer terceiros.

xxxii). Obrigar uma empresa nesta situação a adotar um comportamento contrário a qualquer lógica comercial significaria, em última instância, perseguir, através das normas de concorrência, comportamentos económicos racionais.

xxxiii). Ademais, a generalidade dos argumentos económicos utilizados são argumentos de efeitos coordenados no que concerne a restritividade da conduta, não aplicáveis à conceptualização dos conceitos de práticas concertadas.

xxxiv). Em sexto lugar, a análise de direito comparado do sistema jurídico dos EUA revelou-nos o grau de exigência necessário para a existência de uma "*conspiracy*" nos termos do *Sherman Act*.

xxxv). Em particular, a transposição da exigência dos critérios penais e a exigência de elementos acrescidos ao paralelismo de comportamentos para o ordenamento da UE pode fazer sentido, desde logo pela proximidade entre normas penais e normas quase-penais.

xxxvi). Esta aproximação é particularmente pertinente no momento atual, em que a UE pretende combinar *public* e *private enforcement*, de forma não muito distinta do que sucede nos EUA.

xxxvii). Estas considerações articulam-se de forma coerente com o sétimo ponto, que corresponde à conclusão de que aplicação de legislação que conduz a sanções cujo limiar excede, em muitos casos, o limiar penal aplicável a empresas, não se pode basear em considerações gerais, mas terá de respeitar os princípios da legalidade, que se traduz em certeza e segurança jurídica, da culpa, que garante a presunção de inocência, e da ofensividade, que determina que só podem ser aplicadas sanções quando estão em causa valores fundamentais bem definidos.

xxxviii). Ademais, de acordo com os princípios aplicáveis a direitos fundamentais, como a liberdade económica e a liberdade de empresa, constitucionalmente garantidas, as restrições a este direito só poderão ser implementadas de acordo com o princípio da proporcionalidade, se essa restrição foi necessária e adequada.

xxxix). Concluímos ainda que estas dificuldades tenderão, em nosso entender, a agravar-se, na medida em que a transposição da Diretiva de Danos nos ordenamentos nacionais abrirá, a breve trecho, uma nova frente judicial de *enforcement* que aumentará a exposição das empresas sancionadas por violação da proibição de práticas concertadas restritivas da concorrência, que acrescerá ao *enforcement* público.

xl). Em face das insuficiências apresentadas, e tendo em conta as consequências gravosas da inadequada conceptualização do conceito de práticas concertadas, desde logo na sobreaplicação do Direito da Concorrência e da limitação de atividade económica legítima, importaria iniciar uma reflexão quanto à necessidade de introduzir nuances na interpretação e aplicação deste conceito.

xli). Assim, tendo em conta esta problemática, afigura-se necessária, em nosso entender, uma proposta de clarificação.

xlii). Importará regressar a uma conceptualização de prática concertada que tenha um mínimo de correspondência na letra da norma, em consonância, desde logo, com o princípio da legalidade.

xliii). Propomos uma delimitação com base numa ideia de fim comum, de forma ciente, com inspiração na ideia de *meeting of the minds* dos sistemas anglo-saxónicos, cuja natureza normativa, julgamos ter demonstrado, é próxima, estando, em ambos os casos, sujeita aos princípios aplicáveis às sanções de natureza penal.

xliv). Por outro lado, em nosso entender, terá de ser demonstrado um comportamento consentâneo com a coordenação, o paralelismo no mercado, afastando-se das condições normais de racionalidade económica, bem como, naturalmente, o nexo de causalidade entre estes, que mitiguem a ideia de que a UE é muito mais exigente em relação a certos intercâmbios de informação do que os EUA.

xlv). Esta formulação é igualmente, cremos, compatível com os princípios aplicáveis à prova indiciária para efeitos de Direito Sancionatório, tendo em conta que esta tem de ser, desde logo, direta, inequívoca e plural.

xlvi). Esta delimitação permite ainda distinguir, de forma clara, para as devidas consequências, prática concertada e acordo, prática concertada e restrição da concorrência, prática concertada de restrição por efeitos.

xlvii). Na verdade, o patamar mínimo de restritividade será, em nosso entender, à capacidade de restringir a eficiência alocativa da procura, que corresponderá à conduta com propósito restritivo da concorrência, permanecendo dúvidas quanto à admissibilidade de efeitos potenciais restritivos da concorrência, tendo em conta a ausência de apoio na letra da lei o "utilitarismo" das autoridades de concorrência na construção de conceitos deste tipo.

xlviii). Além do mais, tornámos claro, em nosso entender, que, ao contrário do que alguns autores entenderam, o acórdão *E-turas* não delimitou um critério diferenciado para plataformas *online*, mas apontou pistas no sentido de uma interpretação global que inclua critérios aplicáveis a todos os tipos de condutas, em mercados digitais, "analógicos", através de condutas diretas e indiretas.

xlix). A inclusão no escopo das disposições em causa de condutas indiretas, em particular com a participação de operadores não envolvidos nos mercados em questão, não terá, em nossa opinião, base legal no plano da UE e, no plano interno, terá de recorrer aos conceitos exigentes de autoria e cumplicidade previstos no RGCO e no CP, pelo que se aconselha prudência quanto ao *middlemen*, em particular quando a participação deste na facilitação da alegada conduta restritiva é meramente incidental.

l). Por outro lado, a construção de condutas *hub and spoke*, que se afigura, em alguns casos precipitada, beneficiaria, cremos, da adoção deste critério de clarificação, que é tributário da ideia anglo-saxónica de *rim*, e que afasta, por isso, condutas meramente verticais, reconduzíveis ao RPM, que, na maior parte dos casos, não implicará a imposição de sanções, e, em qualquer caso, estará longe do patamar máximo das sanções de Direito da Concorrência, tipicamente reservadas para cartéis e abusos de posição dominante.

li). No que concerne plataformas digitais e algoritmos, pudemos concluir que a questão central nesta sede, que se prende com a utilização de algoritmos de aprendizagem, os designados "*digital eye*", é a conhecida problemática da colusão tácita, podendo aplicar-se nos mercados digitais a generalidade da conceptualização desenvolvida para os mercados "clássicos". No entanto, é inegável, do nosso ponto de vista, que estamos perante um problema novo em termos de magnitude, tendo em conta a propagação de soluções técnicas que propiciam a colusão até em mercados não concentrados.

lii). Neste cenário aconselhamos, uma vez mais, ponderação, desde logo porque nos parece evidente que a sede regulatória dos verdadeiros algoritmos, baseados em inteligência artificial e sem controlo humano, não é o Artigo 101.º do TFUE e o Artigo 9.º da Lei da Concorrência, nem sequer o Direito da Concorrência, mas sim, provavelmente, a tutela de direitos fundamentais de natureza não económica, com a introdução de soluções *ex ante* que introduzam um processo de triagem prévio a este tipo de produtos, em face da sua "perigosidade", sem privar a procura das vantagens que o acréscimo de transparência, do ponto de vista da compreensão da oferta, propiciado por estas ferramentas pode gerar.

*** * * * * * ***

JURISPRUDÊNCIA UE

TJUE

Acórdão C-13/61 - *De Geus contra Bosch e van Rijn*, 6.04.1962, EU:C:1962:11

Acórdão C-56/65 - *Societé Technique Minière contra Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, 30.6.1966, EU:C:1966:38

Acórdão C-56 e 58/64 - *Consten e Grundig contra Comissão*, 13.07.1966, EU:C:1966:41

Acórdão C22-71 - *Béguelin Import Co. contra S.A.G.L. Import Export*, 25.11.1971, EU:C:1971:113

Acórdão C-48/69 - *Imperial Chemical Industries Ltd contra CE* (*Dyestuffs*), 14.07.1972, EU:C:1972:70

Acórdão C-8/72 - *Vereniging van Cementhandelaren contra Comissão*, 17.10.1972, EU:C:1972:84

Acórdão C-155-73 - *Giuseppe Sacchi*, de 30.04.1974, EU:C:1974:40

Acórdão C-40/73 - *Suiker Unie e outros contra CE*, 16.12.1975, EU:C:1975:174

Acórdão C-26/76 - *Metro contra CE*, 25.10.1977, EU:C:1977:167

Acórdão C-19/77 - *Miller International Schallplatten GmbH contra CE*, 01.02.1978, EU:C:1978:19

Acórdão C-31/80 - *NV L'Oréal S.A. contra PVBA De Nieuwe AMCK*, 11.12.1980, EU:C:1980:289

Acórdão C-172/80 - *Züchner*, 14.07.1981, EU:C:1981:178.

Acórdão C-100 a 103/80 - *SA Musique Diffusion française contra CE*, 07.06.1983, EU:C:1983:158

Acórdão C-161/84 - *Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, 28.01.1986, EU:C:1986:41

Acórdão C-30/89 – *CE contra França*, 13.03.1990, EU:C:1990:114

Acórdão C-234/89 - *Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG*, 28.02.1991, EU:C:1991:91

Acórdão C-41/90 - *Klaus Höfner and Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, 23.04.1991, EU:C:1991:161

Acórdão C-89/85 - *Ahlström Osakeyhtiö e outros contra CE*, 31.03.1993, EU:C:1993:120

Acórdão C-7/95 P - *John Deere contra CE*, 28.05.1998, EU:C:1998:256

Acórdão C-215/96 e C-216/96 - *Carlo Bagnasco e o. Contra Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)*, 21.01.1999, EU:C:1999:12

Acórdão C-49/92 P - *CE contra Anic Partecipazioni*, 08.07.1999, EU:C:1999:356

Acórdão C-199/92 P - *Hüls AG contra CE*, 08.07.1999, EU:C:1999:358

Acórdão C–309/99 - *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, 19 .02 2002, EU:C:2002:98

Acórdão C-359/01 P - *British Sugar plc contra CE*, 29.04.2004, EU:C:2004:255

Acórdão C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P a 213/02, *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e outros, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, 28.06.2005, EU:C:2005:408

Acórdão C-238/05 - *Asnef-Equifax*, 29.06.2006, EU:C:2006:440

Acórdão C-238/05 - *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, 23.11.2006, EU:C:2006:734

Acórdão C-209/07, *BIDS*, 20.11.2008, EU:C:2008:643

Acórdão C-113/07 - *SELEX Sistemi Integrati SpA contra Comissão das Comunidades Europeias e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, 26.03.2009, EU:C:2009:191

Acórdão C-8/08 - *T-Mobile Netherlands BV e outros contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, 4.06.2009, EU:C:2009:343

Acórdão C-501/06 P e outros, *GlaxoSmithKlin*e, 06.10.2009, EU:C:2009:610

Acórdão C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P - *GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Commission of the European Communities and Commission of the European Communities contra GlaxoSmithKline Services Unlimited and European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) contra Commission of the European Communities and Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) contra Commission of the European Communities*, 06.10.2009, EU:C:2009:610

Acórdão C-439/09 - *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie e de l'Emploi*, 13.10.2011, EU:C:2011:649

Acórdão C-272/09 P - *KME Germany contra CE*, 08.12.2011, EU:C:2011:810

Acórdão C-628/10 e PC-14/11 P - *Alliance One International Inc. e outros contra Comissão Europeia*, de 12.01.2012, EU:C:2012:479

Acórdão C-226/11 - *Expedia Inc. contra Autorité de la Concurrence e outros*, 13.12.2012, EU:C:2012:795

Acórdão C-501/11 P - *Schindler Holding Ltd e outros contra CE*, 18.04.2013, ECLI:EU:C:2013:248

Acórdão C-557/12 - *Kone AG contra ÖBB-Infrastruktur AG*, 5.06.2014, EU:C:2014:1317

Acórdão C-67/13 P - *Groupement des cartes bancaires contra CE*, 11.09.2014, EU:C:2014:2204

Acórdão C-286/13 P - *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe contra CE*, 19.03.2015, EU:C:2015:184

Acórdão C-194/14 P — *AC-Treuhand AG contra CE*, 22.10.2015, EU:C:2015:717

Acórdão C-373/14 P - *Toshiba Corporation contra CE*, 20.01.2016, EU:C:2016:26

Acórdão C-74/14 - *"Eturas" UAB e outros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, 21.01.2016, EU:C:2016:42

Acórdão C-542/14 - *VM Remonts*, 21.07.2016, EU:C:2016:578

TG

Acórdão T - 7/89 - *Hercules contra CE*, 17.12.1991, EU:T:1991:75

Acórdão T-35/92 - *John Deere Ltd contra CE*, 27.10.1994, EU:T:1994:259

Acórdão T-148/89 - *Trefilunion S.A. contra CE*, 06.04.1995, EU:T:1995:68

Acórdão T-191/94 - *Jean-Michel Tellier contra Conselho da União Europeia e a CE*, 10.05.1994, EU:T:1994:16

Acórdão T-141/89 - *Tréfileurope Sales SARL contra CE*, 06.04.1995, EU:T:1995:62

Acórdão T-374/94 - *European Night Services e outros contra CE*, 15.09.1998. EU:T:1998:198

Acórdão T-25/95 - *Cimenteries CBR contra CE*, 15.03.2000, EU:T:2000:77

Acórdão T-41/96 - *Bayer AG contra CE*, 26.10.2000, EU:T:2000:242.

Acórdão T- 310/01 - *Schneider Eletrict contra CE*, 22.10.2002, EU:T:2002:254

Acórdão T- 05/02 - *Tetra Laval contra CE*, 25.10.2002, EU:T:2002:264

Acórdão T-319/99 - *FENIN contra CE*, 04.03.2003, EU:T:2003:50.

Acórdão T-65/98 - *Van den Bergh Foods contra CE*, 23.10.2003, EU:T:2003:281

Acórdão T - 342/99 - *Airtours contra CE*, 28.06.2004, EU:T:2004:192

Acórdão T-279/02 - *Degussa contra CE*, 05.05.2006, EU:T:2006:103

Acórdão T-168/01 - *GlaxoSmithKline Services Unlimited contra CE*, 27.10.2006, EU:T:2006:265

Acórdão T-99/04 - *AC-Treuhand AG contra CE*, 8.07.2008, EU:T:2008:256

Acórdão T-301/04 - *Clearstream Banking AG and Clearstream International SA contra CE*, 09.09.2009, EU:T:2009:317

Acórdão T-235/07 - *Bavaria NV contra CE*, 16.06.2011, EU:T:2011:283

Acórdão T-138/07 - *Schindler e outros contra CE* 13.07.2011, EU:T:2011:362

Acórdão T-167/08 - *Microsoft contra CE*, 27.06.2012, EU:T:2012:323

Acórdão T-442/08 - *CISAC contra CE*, 12.04.2013, EU:T:2013:188

Acórdão T-27/10 - *AC-Treuhand AG contra CE*, 6.10.2014, EU:T:2014:59

Acórdão T-472/13 - *Lundbeck contra CE*, 08.09.2016, EU:T:2016:449

Acórdão T-180/15 - *ICAP e outros contra CE*, 10.11.2017, EU:T:2017:795

Jurisprudência Nacional

CJTCE, Processo 19/61, 13.07.1962

Processo 2/89, 19.12.1990

Acórdão, Processo 158/92, 02.09.1992

Acórdão TC, Processo 59/95, 14.12.1994

Processo 5/96, 03.07.1997

Processo 2/98, 28.01.1999

Processo 1/99, 01.06.2000

Acórdão, Processo 494/02, 09.04.2002

Sentença, Processo 965/06.9TYLSB, 01.05.2007

Sentença TCL, Processo 766/06.4TYLSB, 15.01.2007

Sentença, Processo 851/06.02TYLSB, 18.01.200

Acórdão TRL, Processo 7251/2007, 07.11.2007

Sentença TCL, Processo 350/08.8TYLSB, 07.01.2010

Acórdão, Processo 01110/09, 20.01.2010

Acórdão TC, Processo 41/2004, 14.01.2011

Acórdão, 85/2012, 15.02.2012

Sentença TC, Processo 659/11.3TYLSB, 27.02.2012

Sentença TCL, Processo 1085/11.0TYLSB, 24.07.2012

Acórdão, 466/2012, 01.10.2012

Sentença TCRS, Processo 88/12.1YUSTR, 19.05.2013

Sentença TCRS, Processo 88/12.1YUSTR, 19.07.2013

Sentença, Processo 102/15.9YUSTR, 04.01.2016

Acórdão TRL, Processo 36/16.QYUSTR.L1, 14.06.2017Acórdão, 574/95 (não publicado)

Comunicações da CE

Comunicação da Comissão - Orientações relativas às restrições verticais, J.O. C 291, 13.10.2000.

Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º do Artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, J.O. C 368, 22.12.2001.

Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, J.O. 2004/C 31/03, 05.02.2004.

Comunicação da Comissão - Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.° e 82.° do Tratado, J.O. C 101, 27.04.2004.

Comunicação da Comissão sobre as Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do Artigo 101.º do TFUE, J.O. C 101/97, 27.04.2004.

Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, J.O. C 101, 27.04.2004.

Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, CE, J.O. C 101, 27.04.200.

Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE), J.O. C 101, 27.4.2004**.**

Comunicação relativa às restrições directamente relacionadas e necessárias às concentrações, J.O., C 56/03, 05.04.2005.

Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, J.O. C 210/02, 01.09.2006.

Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, J.O C 298/17, 08.12.2006.

Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transacção para efeitos da adopção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho nos processos de cartéis, J.O C 167/01, 02.07.2008.

Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos serviços de transportes marítimos, J.O. C 245, 26.9.2008.

Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, J.O. C 11/01, 14.01.2011.

Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25.06.2014.

Comunicação da Comissão - Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101. °, n. °1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de Minimis), J.O. C 291, 30.8.2014.

BIBLIOGRAFIA

ADAMS, W., 1961, *The Structure of American Industry*, Nova Iorque, The Macmillan Company.

AKMAN, P. & KASSIM, H., 2009, Myths and myth making in the institutionalization and interpretation of EU action: The case of EU competition policy, *JCMS*, 29: 267-303.

AKMAN, P. & KASSIM, H., 2010, Myths and Myth-Making in the European Union: The Institucionalization and Interpretation of EU Competition Policy, 48, *JCMS*: 111.

AKMAN, P., 2009, *"Consumer Welfare" and Article 82EC: Practice and Rhetoric*, disponível em https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=270087070007123066007064074017011026019020004044012020102113085077081104074005094087126002106037044112055112070001118125021069030009070086068016096105030081066006005093064117126114111111079015071015116093091003093004094093008066124031107090112028121&EXT=pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

AKMAN, P., 2013, *Competition Law and Policy blog: The Court of Justice's Expedia ruling undermines the economic approach by eliminating the 'de minimis' defence in object agreements*, disponível em www.competitionpolicy.wordpress.com/2013/06/04/ (consultado em 11 de maio de 2019).

AKMAN. P., 2018, *The Court of Justice's Expedia Ruling Undermines the Economic Approach by Eliminating the 'De Minimis' Defence in Object Agreements*, disponível em http://competitionpolicy.wordpress.com/2013/06/04/the-court-of-justices-expediaruling-undermines-the-economic-approach-by-eliminating-the-de-mimimis-defencein-object-agreements/ (consultado em 11 de maio de 2019).

ALBORS-LLORENS, A, 2006, Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competitoin Law; Unlawful and Legitimate Contacts between Competitors, *Antitrust Bulletin*: 837-876.

ALBORS-LLORENS, A. & JONES, A., 2015, *The Images of the 'Consumer' in EU Competition Law*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2750922 (consultado em 11 de maio de 2019).

ALESE, F., 1999, The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice under Article 81, *ECLR* 7: 379-383.

ALESE, F., 2007, Unmasking the masquerade of vertical price fixing, *ECLR* 28(9): 514-526.

ALEXIADIS, P. & FIGUEROA, P., 2018, *Mixed Messages in the "By Object" vs "By Effects" Saga: The Enigma of Lundbeck*, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/mixed-messages-in-the-by-object-vs-by-effects-saga-the-enigma-of-lundbeck/ (consultado em 11 de maio de 2019).

ALFARO, 2013, *Delitos de peligro y Derecho de la Competencia* http://derechomercantilespana.blogspot.pt/2013/12/delitos-de-peligro-y-derecho-de-la.html (consultado em 11 de maio de 2019).

ALFARO, J. & BAÑO FOS, J.M., 2015, Cartes Bancaires: Teoria del Injusto en las Infraciones del Derecho de la Competencia, *in* RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (coord.), *Problemas Prácticos y Actualidad del Derecho de da Competencia – Anuario* 2015, Pamplona, Thomson Reuters: 85-98.

ALFARO, J., 1996, Los costes de transacción, *in Estudios Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, volume I, Madrid: 131-162.

ALFARO, J., 2004, Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 228: 51-67. ALFARO, J., 2013, *Delenda Est Consten/Grundig: Por qué Europa Necesita Un Bork (Delenda Est Consten/Grundig: Why Europe Needs a Bork)*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1545891 (consultado em 11 de maio de 2019).

ALIENDE, E. R. & Noorali, R., 2018, *Journal of European Competition Law & Practice*, volume 9, n.º 5: 320-322.

AMADOR SANCHEZ. P. & HENDRIKS, K., 2015, The scope of EU leniency programmes; dealing with the open concept of a 'secret cartel,' *CLPD*: 71.

AMATO, G. & EHLERMANN, C.-D., 2007, EC Competition Law, A Critical Assessment, Hart Publishing.

AMATO, G., 1997, *Antitrust and The Bounds of Power: The Dilema of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, Hart Publishing.

AMELIO, A., ASBO, P., DE LA MANO, M., MAXIMIANO, R. & PORUBSKY, V., 2009, ABF/GBI Business: coordinated effects baked again, *Competition Policy Newsletter*: 92.

ANDREANGELI, A., 2011, From Mobile Phones to Cattle: How the Court of Justice Is Reframing the Approach to Article 101 (Formerly 81 EC Treaty) of the EU Treaty, 34(2) *World Competition*: 215 -243.

ANDRIYCHUK, O., 2010, Rediscovering the spirit of competition: on the normative value of the competitive process, *European Competition Journal*, 6(3): 575-610.

ANLAUF, T, Severing Ties with the Strained Per Se Test for Antitrust Tying Liability: The Economic and Legal Rationale for A Rule of Reason, *Hamline Law Review* 23: 476-510.

ARAÚJO, M. & LABRADOR, M.A., 2015, La relevência del error de pohibición en el Derecho de Defensa de la Competencia, *in* GUILLÉN CARAMÉS, J. & CUERDO MIR, M. (diretores), *Estudios sobre la Potestad Sancionadora en Derecho de la Competencia*, Pamplona, Thomson Reuters.

AREEDA, P., 1995, *Antitrust Law*, Aspen Law and Business.

ARROW, K., 1962, Economic Welfare Allocation of Resources for Invention, *in* NELSON, R. (editor), *The Rate and Direction of Economic Activities: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press.

ARTHUR, T.C., 2000, A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts, *Antitrust Law Journal*, n.º 68: 337 e ss.

AVERITT, N. & LANDE, R., 1997, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, disponível em http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac (consultado em 11 de maio de 2019).

BAENA ZAPATERO, R., 2015, Derechos Fundamentales, Derecho Administrativo Sancionador e Infracciones por Objeto, *in* GULLÉN CARAMÉS, J. & CUERDO MIR, M., *Estudios sobre La Potestad Sancionadora en Derecho de la Competencia*, Pamplona, Thompson Reuters: 345.

BAILEY, D., 2009, Appreciable effect on trade within the United Kingdom. *ECLR* 30(8): 353-361.

BAILEY, D., 2009, Reinvigorating the Role of Article 101(3) under Regulation 1/2003, *Antitrust Law Journal*, vol 8: 111-144.

BAILEY, D., 2010. Presumptions in EU competition law. *ECLR* 31(9): 362-369.

BAILEY, D., 2012, Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU (2012) 49, *CMLR*: 559-600.

BAILEY, D., 2012. Restrictions of Competition by Object under Article 101 TFEU, *CMLR*, volume 49: 559-600.

BAILEY, D., 2013, The Role of Guidelines in EU Competition Law, Londres, King's College London, disponível em https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/research/bailey-lecture-slides.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

BAILEY, D., 3012, Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU, 49 *CMLR*, 2: 559-599.

BAKER, J. & BRESNAHAN, T., 1992, Empirical Methods of Identifying and Measuring Market Power, *Antitrust Law Journal* 61: 3-16.

BAKER, J., (2004), Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others? 16 *Loyola Consumer Law Review* 379-382 .

BAKER, J., 1996, Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competition Effects of Most Favored Costumer Clauses, *Antitrust Law Journal* 64: 517-534.

BAKER, J., 2003, The case for antitrust enforcement, *The Journal of Economic Perspectives*, volume 17, n.º 4: 27-50.

BAKER, J., 2005, Competition Policy as a Political Bargain, *Antitrust Law Journal* 73: 494.

BARZEL, Y., 1989, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

BAUDENBACHER, L. M. & WEITBRECHT, A., 2018, Facilitation of infringements of EU competition law and general principles common to the laws of Member States, *ECLR*, volume 39: 1-9.

BAUMOL, W., 2011, When is inter-firm coordination beneficial? The case of innovation, 19(5) *International Journal of Industrial Organization*: 727-737.

BECK, G., 2013, Publication Review: The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice, *International & Comparative Law Quarterly*, 62(2): 515-519.

BELL, R. & HEILPERN, T., 2014, *Landmark European Court judgment confirms narrow interpretation of restiction "by object"*, disponível em https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ff24596d-917c-4297-a2e7-885439ce23bd (consultado em 11 de maio de 2019).

BELLAMY, C. & CHILD, G., 2008, *European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press.

BELLAMY, C. & CHILD, G., 2013. European Community Law of Competition. 7 edição, Oxford University Press.

BELLAMY, C., 2017, Restriction of Competition – A Historical Perspective, *in* GERARD, D., MEROLA, M. & MEYRING, B. (editores), *The Notion of Restriction of Competition – Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruxelas, Bruylant: 31 e ss.

BENEYTO, J. M., 1999, Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 202: 9 e ss.

BENNETT, M. & COLLINS, P., 2010, The Law and Economics of Information Sharing: the Good, the Bad and the Ugly", 6(2) *European Competition Journal*: 311-337.

BENNETT, M., FLETCHER, A., GIOVANNETTI, E. & STALLIBRASS, D., 2011, Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy, 33 *Fordham International Law Journal*: 1278.

BERGHAHN, V., 1986, *The Americanization of West German Industry*, Cambridge, Cambridge University Press.

BISHOP, S. & RIDYART, D., 2002, E.C. Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy, *European Competition Law Review*: 35-38.

BISHOP, S. & WALKER, M., 2010, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applicaction and Measurement*, Londres, Sweet & Maxwell.

BLACK, O., 2005, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press.

BLACK, O., Concerted Practices, Joint Action and Reliance, *ECLR*, 5: 219-229.

BLACK, O., Per se Rules and Rules of Reason: What Are They, *ECLR* 18: 145-161.

BLANCO, L. O., 2012, *Market Power in EU Antitrust Law*, Hart Publishing.

BÖHM, F., 1961, Democracy and Economic Power, *in Cartel and Monopoly in Modern Law*, Karlsruhe, CF Muller: 28.

BÖHM, F., 1989, Rule of Law in A Market Economy, *in* PEACOCK, A. & WILLGERODT, H. (editores), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Basingstoke, Macmillan.

BÖHM, F., EUCKEN, W. & GROSSMANN-DOERTH, H., 1989, The Ordo Manifesto of 1936, *in* PEACOCK, A. & WILLGERODT, H. (editores), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Nova Iorque, St Martin's Press.

BORK, R. H., 1965, The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing Market Division, *Yale Law Journal* 74: 775-847.

BORK, R. H., 1993, *The Antitrust Paradox; A Policy at War with Itself*, Nova Iorque, Basic Books Inc.

BOURGEOIS, J. & BOCKEN, J., 2005, Guidelines on the Application of Article 81(3) of the EC Treaty or How to Restrict a Restriction, *Legal Issues of Economic Integration* 32 (2): 111-121.

BOURGEOIS, J. & WAELBROECK, D. (editores), 2012, *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law Enforcement*, Bruxelas, Bruylant.

BRANDÃO, N., 2016, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra, Coimbra Editora.

BRISTOWS, 2014, *Object restrictions on the menu*, disponível em www.bristowsclipboard.com/#sthash.8H7yDnXQ.dpuf (consultado em 11 de maio de 2019).

BROKELMANN, H., 2009, Prácticas concertadas y conscientemente paralelas, *in Los acuerdos horizontales entre empresas*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.

BRUZZONE, G. & BOCCACCIO, M., 2009, Impact-Based Assessment and Use of Legal Presumptions, *in* EC Competition Law: The Search for the Proper Mix. *World Competition*, 32(4): 465-484.

BUCH-HANSEN, H. & WIGGER, A., 2011, *The Politics of European Competition Regulation: A Critical Political Economy Perspective*, Londres e Nova Iorque, Routledge.

BURNIER DA SILVEIRA, P., 2017, *Competition Law and Policy in Latin America: Recent Developments*, Kluwer Law International.

CAIMOTO DUARTE, J. & FARIA, T. L., 2012, The New Portuguese Competition Act: a Leap Forward or a Change Just for Things to Remain the Same?, *ECLR*, n.º 11.

CAIMOTO DUARTE, J., FARIA, T. L. & COUTO, M. F., 2018, The Transposition into Portuguese Law of the EU Directive on Damages Claims Arising from Antitrust Infringements: the Force Awakens?, *Global Competition Litigation Review*, n.º 3.

CAIMOTO, J. D., COUTO, M. F. & FARIA, T.L., 2018, The Transposition into Portuguese Law of the EU Directive on Damages Claims Arising from Antitrust Infringements: the Force Awakens?, *Global Competition Litigation Review*, n.º 3.

CALVANO, E. (2018a): "Algorithmic Pricing: What Implications for Competition Policy?" WP, University of Bologna, CEPR & Toulouse School of Economics, junho.

CALVANO, E., (2018b): "Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion" WP, University of Bologna, Toulouse School of Economics, EUI & CEPR, dezembro.

CALZADO, J. R. & *SCORDAMAGLIA-TOUSIS*, A., 2015, Groupement des Cartes Bancaires contra CE: Shedding Light on what is by Object Restriction of Competition, *Journal of European Competition Law and Practice*, 6 (7): 495-498.

CAMESASCA, P. & GRELIER, L., 2016, 'Close Your Eyes?' Navigating the Tortuous Waters of Conscious Parallelism and Signalling in the European Union, 7(9) *Journal of European Competition Law and Practice*: 599.

CAPOBIANCO, A., 2014, Information Exchange under EC Competition Law, *CMLR* 41: 1247-1276.

CARAMELO GOMES, L., 2010, *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina.

CARLIN, F., 1996, Vertical Restraints: Time for Change?, *ECLR* 17: 283-288.

CARLIN, F., 2013, EMEA Legal Insights Bulletin, Summer 2013: Pay-for-delay settlements - EU Commission broadly aligns with US Supreme Court, disponível em www.bakermckenzie.com/files/uploads/Documents/EMEA/ (consultado em 11 de maio de 2019).

CARRIER, M., 1999, The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect, *BYU Law Review*: 1665.

CASTRONOVO, C., 2004, Antitrust e abuso di responsabilitá civile, *Danno e responsabilità* 5: 469 e 473.

CATARINO, L., 2010, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros - Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra, Almedina.

CHALMERS, D., DAVIES, G. & MONTI, G., 2010, *European Union Law*. 2 edição, Cambridge, Cambridge University Press.

CHALMERS, D., MONTI, G., HADJIEMMANUIL, C. & TOMKINS, A., 2006, *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press.

CHAMBERLIN, E.H., 1929, Duopoly: value where sellers are few, 44th ed. *Quarterly Journal of economics*: 63 - 100.

CHARATJAN, T., VAN HASSELT, E., SCHER, I. & URLUS, H., 2014, Greenberg Traurig: *Antitrust compliance in the EU - Reason rules again!*, disponível em https://www.gtlaw.com/en/insights/2014/9/antitrust-compliance-in-the-eu--reason-rules-again (consultado em 11 de maio de 2019).

CHATRIOT, A., 2008, *Les ententes: débats juridiques et dispositifs législatifs (1923-1953) La genèse de la politique de la concurrence en France, in Histoire, Économie & Société*: 7-22.

CHIRITA, A., 2014, A legal-historical review of EU competition rules. *International & Comparative Law Quarterly*, 63(2): 295.

CHRISTIANSEN, A. & KERBER, W., 2006, Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of 'Per Se Rules vs Rule of Reason', *Journal of Competition Law & Economics*, 2(2): 215-244.

CLEMENS, G. & RAU, H., 2014, *Do Leniency Policies Facilitate Collusion? Experimental Evidence*, disponível em, http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/130_Clemens_Rau.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

COHEN, G. M., 2000, *The Collusion Problem in Agency Law*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=198909 (consultado em 11 de maio de 2019).

COLLIE, D., 2000, State aid in the European Union: The prohibition of subsidies in an integrated market, *International Journal of Industrial Organization*, volume 18, n.º 6: 867-884

COLLINS, W., 1984, Efficiency and Equity in Vertical Competition Law: Balancing the Tensions in the EEC and the United States", *in* HAWK, B (editor.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy 1983*, Nova Iorque, Transnational Juris: 501-527.

COMANOR, W., 1985, Vertical Price-Fixing,Vertical Market Restrictions and the New Antitrust Policy, *Harvard Legal Review*, n.º 98: 983.

CONNOR, J., 2007, Global Price-Fixing, *Springer* : 19-20.

CONWAY, G., 2014, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice (Cambridge Studies in European Law and Policy)*, Cambridge, Cambridge University Press.

CORACI, B, 2016, *The burden of proof in the case of concerted practices*, disponível em https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=350017064003084112074099098087097119097014088087016004031104071030089006066068012030032012051099111045001108074000

1084118075019058073017052065023065008126031023071090088029032123064116113090018123124085077076083071073095125005010113077095104108080120070&EXT=pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

CORREIA, Eduardo, 1973, Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social, in Boletim da Faculdade de Direito, vol.49.

COSMA, H. & WHISH, R., 2003, Soft Law in the Field of EU Competition Policy, *European Business Law Journal*, 14(1): 25-56.

COSTA, A., 2014, *O Novo Regime Jurídico da Concorrência – Anotado e Comentado*, Porto, Vida Económica.

CRANDALL, R.W. & WINSTON, C, 2003, Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, *The Journal of Economic Perspectives*, volume 17, n.º 4: 3-26.

CRUZ VILAÇA, J. L. da & CARAMELO GOMES, J., 2013, *in* LOPES PORTO, M., CRUZ VILAÇA, J. L, CUNHA, C., GORJÃO HENRIQUES, M. & ANASTÁCIO, G. (coordenadores.), *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, Coimbra, Almedina.

CUNNINGHAM, L. A., 2007, *A Prescription to Retire the Rhetoric of "Principles-Based Systems" in Corporate Law, Securities Regulation, and Accounting*, 60 Vanderbilt Law Review, 1411-1418.

DABBAH, M., 2004, *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases & Materials*, Cambridge, Cambridge University Press.

DAVID, O., 2011, *Smith & Hogan Criminal Law*, 13.ª edição, Oxford, Oxford University Press.

DAVIES, H. & HOLDCROFT, D., 1991, *Jurisprudence: Texts and Commentary*, Butterworths Law.

DERINGER, A., 1962, *Some Practical Aspects of the Antitrust Provisions of the Treaty of Rome*, Londres, British Institute of International and Comparative Law.

DERINGER, A., 1968, *The competition law of the European Economic Community; a commentary on the EEC rules of competition (articles 85 to 90) including the implementing regulations and directives*, Nova Iorque, Commerce Clearing House.

DICKEY, B. & RUBINFELD, D., 2012, Would the Per Se Illegal Treatment of Reverse Payments Settlements Inhibit Generic Drug Investment, 8(3) *Journal of Competition Law & Economics*: 615-625.

DIEZ ESTELLA, F., 2005, Los Acuerdos de Transferência de Tecnologia y el Nuevo Reglamento de Exención por Categorias, *in* RAMOS GOMES, A., *VI Curso de Derecho de Competencia Europeo y Español*, S.L. – Dykinson.

DJELIC, M. L., 2002, Does Europe mean Americanization? The case of competition, *Competition and Change*, 6/3: 223-250.

DJELIC, M. L., 2002, *Exporting the American Model*, Oxford, Oxford University Press.

DOYLE, M. & SNYDER, C., 1999, Information sharing and competition in the motor vehicle industry, *Journal of Political Economy*: 1326-64.

DUCH-BROWN, 2017, JRC Digital Economy Working Paper 2017-04, The Competitive Landscape of Online Platforms, disponível em https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc106299.pdf (consultado em 11.05.2019).

DUCHÈNE, F., 1987, *Interview with Robert Bowie. Florence*: EUI: 76 e 77, disponível em http://archives.eui.eu/en/oral_history/INT490 (consultado em 11 de maio de 2019).

DUNNE, N., 2014 Commitment Decisions In Eu Competition Law, *Journal of Competition Law & Economics*, volume 10, n.º 2: 399 - 444.

EASTERBROOK, F. H., 1999, Does Antitrust Have a Comparative Advantage*?, Harvard Journal Law & Public Policy*, n.º 23: 5-10.

EHLERMANN, C. D. & LAUDATI, L. L., 1998, *European Competition Law Annual 1997: Objectives of Competition Policy*, Hart Publishing.

EHLERMANN, C. D., 2000, *The Modernization of EC Antitrust Policy. A Legal and Cultural revolution*, European University Institute.

ETZIONI, A., 2010, Behavioral economics: A methodological note, *The Journal of Economic Psychology*, volume 31, n.º 1: 51-54.

EZRACHI, A. & STUCKE, M., 2017, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, disponível em https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2017/10/Ezrachi-Stucke.pdf (consultado em 13 de maio de 2019).

FARIA COSTA, José, 1993, O Perigo em Direito Penal, Coimbra, Coimbra Editora.

FARIA, T.L., 2013, Gestão Coletiva de Direitos de Autor e Direito da Concorrência: O Ótimo é Inimigo do Bom ou Vice-Versa - Reflexões a Propósito do Caso CISAC, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 11.

FARIA, T.L., 2018, Inovação e controlo de concentrações no plano da União Europeia: o princípio da incerteza?, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 5.

FARIA, T.L., 2019, *Propostas de Alteração da Política Controlo de Concentrações da UE no Sentido da Criação de Campeões Europeus – Uma Espécie de Déjà-vu?*, disponível em https://eco.sapo.pt/opiniao/propostas-de-alteracao-da-politica-controlo-de-concentracoes-da-ue-no-sentido-da-criacao-de-campeoes-europeus-uma-especie-de-deja-vu/ (consultado em 11 de maio de 2019).

FARIA, T.L., COUTO, M.F. & ROCHA, F.C., 2019, Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 37.

FAULL, J. & NIKPAY, A., 1999, *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press.

FELISZEWSKI, T., 2012, The Polish Competition Authority changes its approach towards vertical agreements (IMS Sofa), *e-Competitions Bulletin August 2012*, Art. N.° 51499.

FIGUEIREDO DIAS, J. & BRANDÃO, N, 2014, Práticas Restritivas da Concorrência pelo Objeto: Consumação e Prescrição – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de janeiro de 2014, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 24, julho-setembro, Coimbra: 452-453.

FIGUEIREDO DIAS, J. & BRANDÃO, N., 2018, Punição Contraordenacional do Intercâmbio de Informações entre Empresas Fundada nos seus Efeitos Potenciais sobre a Concorrência, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1/2017, janeiro-abril: 157-180.

FIGUEIREDO DIAS, J. & LOUREIRO, F., 2013, Anotação ao Artigo 70.º, *in* Lei da Concorrência - Comentário Conimbricence, Coimbra, Almedina: 709.

FORRESTER, I. S. & NORALL, C., 1984, The Laicization of Community Law: Self-help and Rule of Reason: How competition law is and could be applied, *CMLR*, volume. 21: 11-51.

FORRESTER, I. S., 1999, Modernization of EC Competition Law, *Fordham International Law Journal*, 23-4: 1028-1088.

FORRESTER, I. S., 2010, A Bush in Need of Pruning: the Luxuriant Growth of Light Judicial Review, i*n* EHLERMANN, C.& MARQUIS, M. (editores), *European Competition Law*.

FOX, E. & SULLIVAN, L., 1991, Retrospective and Prospective: Where are We Coming From? Where Are We Going?, *in* FIRST, H., FOX, E. & PITOFSSKY, R. (editores), *Revitalizing Antitrust in its Second Century: Essays on Legal, Economic and Political Policy*, Nova Iorque, Quorum Books.

FREIRE, P. V., 2008, Os Fundamentos Ordoliberais do Direito Europeu da Concorrência *in* CORDEIRO, A. M., VASCONCELOS, P. P. & SILVA, P. C. (coordenadores), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. II*, Coimbra, Almedina.

FURSE, M., 2003, *Competition Law of the UK and EC*, 4th ed, Oxford, Oxford University Press.

Gal, M., 2018, Algorithms as Illegal Agreements, disponível em https://ssrn.com/abstract=3171977 (consultado em 13 de maio de 2019).

GAL. M & ELKIN-KOREN, N, 2016, Algorithmic Consumers, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876201 (consultado em 13 de maio de 2019).

GAL. M., 2017, *Algorithmic-Facilitated Coordination: Market and Legal Solutions*, *Competition Policy International*, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/05/CPI-Gal.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

GALÁN CORONA, E., 2005, Prohibición de práticas colusórias (I): Visión General, *in* BENEYTO, J.A. (diretor) & MAILLO GONZÁLES, J. (coordenador), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Madrid, Bosh: 173-225.

GALÁN CORONA, E., 2014, Prohibición de las conductas colusórias (I): modelo y estrutura de la prohibición, *in* GARCÍA CRUCES, J.A. (diretor), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Valência, Tirant lo Blanch: 61-122.

GARCÍA ALCORTA, J., 2008, *La Limitación de la Libertad de Empresa en la Competencia*, Barcelona. Atelier.

GARCIA ALONSO, J.A., 1999, Las prácticas concertadas (conspiracies) en el Derecho antitrustlos requisitos de prueba, *in* ORTIZ BLANCO, L., COHEN, S. & SEQUEROS, A. (coordenadores), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volume 2, Dykinson: 71-92.

GATA, J., 2019, Controlling Algorithmic Collusion: Short Review Of The Literature, Undecidability, And Alternative Approaches, disponível em https://rem.rc.iseg.ulisboa.pt/wps/pdf/REM_WP_077_2019.pdf (consultado em 13 de maio de 2019).

GAVALA, A., GUTERMUTH, A. & GYSELEN, L, 2018, *The New ECN+ Directive: Towards an Even More Integrated Antitrust Enforcement in the EU*, disponível em https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2018/12/the-new-ecn-directive (consultado em 11 de maio de 2019).

GERADIN, D. & GIRGENSON, I., 2011, *The Counterfactual Method in EU Competition Law: The Cornerstone of the Effects-based Approach*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970917 (consultado em 11 de maio de 2019).

GERADIN, D., LAYNE-FARRAR, A. & PETIT, N., 2012, *EU competition law and economics*, Oxford, Oxford University Press.

GERARD, D. M. B., 2012, *kluwercompetitionlawblog.com: Effects-based enforcement of Article 101 TFEU: the "object paradox"*, disponível em www.kluwercompetitionlawblog.com/2012/02/17/ (consultado em 11 de maio de 2019).

GERARD, D. M. B., 2013, The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernization at war with itself, *in*: BOURGEOIS & WAELBROECK (editores), *Ten years of effects-based approach in EU Competition Law: State of play and perspectives*, GCLC Annual Conference Series: 17-41.

GERBER, D. J., 1994, The Transformation of European Community Competition Law, *Harvard International Law Journal* 35: 97-147.

GERBER, D. J., 1998, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Clarendon Press.

GERBER, D. J., 2008, Two forms of modernization in European Competition Law, *Fordham International Law Journal*, volume 31: 1235.

GIPPINI-FOURNIER, E., 2010, The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases, *World Competition*, 33(2): 187-207.

GONZÁLEZ, A. O., 2012, Object Analysis in Information Exchange Among Competitors, *Global Antitrust Review*, n.º 5: 1-57.

GOODMAN, S., 2007, Restrictive Agreements and Practices between Competitors, *in* SIRAGUSA, M. & RIZZA, C. (editores), EU Competition Law Volume III: Cartel Law, Leuven, Claeys & Casteels.

GOULD, J., 2015, Recent Developments on Liability for Cartel Facilitators, disponível em https://incompetition.com.au/2015/10/recent-developments-liability-cartel-facilitators/ (consultado em 11 de maio de 2019).

GOYDER, J. & ALBORS-LLORENS, A., 2009, *EC Competition Law*. 5th ed. Oxford, Oxford University Press.

GOYDER, J., 2003, *EC Competition Law*, 4th ed, Oxford, Oxford University Press.

GOYDER, J., 2011, Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(4): 1-13.

GRAHAM, C., 2013, Competition Law Blog: Re-thinking the de minimis rules, disponível em www.competitionlawblog.blogspot.co.uk/2013/07/re-thinking-deminimis-rules.html (consultado em 11 de maio de 2019).

GRAHAM, C., 2013, Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment on Allianz Hungaria, *European Law Review*, 38(4): 542-551.

GRASSANI, S., 2010, Exchanges of Information and the New Horizontal Guidelines: Barolo or Beaujolais?, disponível em http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2010/12/20/exchanges-of-information-and-the-new-horizontal-guidelines-barolo-or-beaujolais/ (consultado em 11 de maio de 2019).

GRASSL, W., 2010, Review of "The Theory of Dynamic Efficiency", *Journal of Markets and Morality*, vol 13, n.º 1: 246-248.

GROSSKETTLER, H., 1989, On Designing an Economic Order. The Contributions of the Freiburg School, *in* WALKER, D. (editor). *Perspectives on the History of Economic Thought*, v. II, Grower Publishing Co.: 43.

GUNNING, P, 2012, *Carl Menger: Founder of Neoclassical Individualist Economics*, disponível em http://www.nomadpress.com/gunning/subjecti/workpape/mengfoun.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

GUZMÁN DALBORA, J.L., 2011, Do Premio da felonia na história jurídica e no direito penal contemporâneo, *RPCC*, 21: 209-235.

GYESELEN, L., 2002, The Substantive Legality Test under Article 81(3) EC Treaty Revisited in Light of the Commission's Modernization Initiative", *in* BOGDANDY, A., MAVROIDIS, P. 6 MÉNY, Y. (editores), *European Integration and International Co-ordination Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehermann*, Haia, Kluwer Law International: 181-197.

HAAS, E., 1958, *The Uniting of Europe: political, social and economical forces*, 1950-1957, Standford, Standford University Press.

HARRISON, 2013, The Allianz Hungária case - The ECJ's judgment could have ugly consequences, 12(6) *Competition Law Insight*: 10-12.

HART, H.L.A., 1997, *The Concept of Law*. 2nd ed., Clarendon Law Series.

HAWK, B., 1995, System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, *CMLR*, volume 32: 973-989.

HAY, G.A., 1989, Practices that facilitate co-operation: the Ethyl Case, *in* KWOKA, J. & WHITE, L. (editores), *The Antitrust Revolution*.

HELLWIG, M., HÜSCHELRATH., K. & LAITENBERGER, U., *Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment*, http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16010.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

HILDEBRAND, D., 2009, *The role of economic analysis in the EC competition rules*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer.

HOFSTADTER, R., 1965, *The Paranoid Style in American Politics*, Nova Iorque, Knopf Doubleday Publishing Group.

HOSET, R. V. & DÍAZ, C. F., 2016, Nuevas Cuestiones en Prácticas Concertadas: Las Pruebas de Cargo y de Descargo sobre la Concertación, *in* GIRELA, M. A. (diretor), *Problemas Prácticos y Actualidad Del Derecho de La Competencia*, Pamplona, Thomsom Reuters.

HOVENKAMP, H., 2011, *Antitrust and Patent Law Analysis of Pharmaceutical Reverse Patent Settlements:1-20*, disponível em http://ssrn.com/abstract=1741162 (consultado em 11 de maio de 2019).

HOVENKAMP, H., 2018, The Rule of Reason, *Florida Law Review*, 70: 81-167.

HOWARD, A., 2009, Object and Effect: What's in an Object?, *Competition Law Journal*, Volume 8: 38-40.

HUERTA DE SOTO, J., 2008, *The Theory of Dynamic Efficiency*, Nova Iorque, Routledge.

HUNT, E. K. & LAUTZENHEISER, M., 2015, *History of Economic Thought: A Critical Perspective*, Nova Iorque, Routledge.

IBÁÑEZ COLOMO, P., 2011, *AG Kokott reinvents (k)opyright*, disponível em www.chillingcompetition/2011/02/11 (consultado em 11 de maio de 2019).

IBÁÑEZ COLOMO, P., 2012, Market Failures, transaction costs and Article 101(1) TFEU case law, *European Law Review*, 37(5): 541-562.

IBÁÑEZ COLOMO, P., 2014, *Chillin'Competition: Groupement des Cartes Bancaires and the resilience of the case law on restrictions by object*, disponível em www.chillingcompetition.com (consultado em 11 de maio de 2019).

IBÁÑEZ COLOMO, P., 2014, *Chillin'Competition: More on AG Wahl and restrictions of competition by object: 'pay-for-delay' setlements as a case study*, disponível em www.chillingcompetition.com/2014/05/22/more-on-ag-wahl-and-restictions-by-object-pay-for-delay-settlements-as-a-case-study/ (consultado em 11 de maio de 2019).

IBÁÑEZ COLOMO, P., 2014, *CHILLIN'COMPETITION: Restrictions of competition by object under Article 101(1) TFEU: chapeau bas, Prof Wahl!*, disponível em www.chillingcompetition.com/2014/03/31/restrictions-of-competition-by-object-under-article-1011-tfeu-chapeau-bas-prof-wahl/ (consultado em 11 de maio de 2019).

IDOT, L. & VAN DE WALLE B., 2000, Le besoin de sécurité juridique: notifications et exemptions, *Cahiers de Droit Européen*: 160.

IRELLI, V. C., 2009, Article 81(1) EC: Some Remarks on the Notion of Restriction of Competition, 20 *European Business Law Review*, n.º 2: 287-306.

ITALIANER, A., 2013, Competitor agreements under EU competition law. New York, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, *Fordham Competition Law Institute*.

ITALIANER, A., 2014, *The Object of Effects, CRA Conference*, Bruxelas, disponivel em http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P. & TIROLE, J., 2013, *The Economics of Tacit Colusion, Final Report for DG Competition*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

JACOB, M., 2014, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.

JEBELLI, K. H., 2010, *EU ancillary restraints: a reasoned approach to Article 101(1)*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318 (consultado em 11 de maio de 2019).

JENSEN, R., 2007, The Digital Provide: Information (Technology), Market Performance, and Welfare in the South Indian Fisheries Sector, *The Quarterly Jorunal of Economics.*

JEPHCOTT, M., 2011, *Law of Cartels*, Jordan Publishing.

JONES, A. & KOVACIC, W., 2017, *Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework*, disponível

em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2919312 (consultado em 11 de maio de 2019).

JONES, A. & SUFRIN, B., 2004, *EC Competition Law: Text Cases and Materials*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press.

JONES, A. & SUFRIN, B., 2011, *EU Competition Law, Text Cases and Materials*. 4th ed., Oxford, Oxford University Press.

JONES, A. & SUFRIN, B., 2014, *EU Competition Law*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press.

JONES, A., 2006, Analysis of agreements under US and EC antitrust law - Convergence or divergence?, *Antitrust Bulletin*, volume 51.

JONES, A., 2010, Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article 101(1), 6(3), *European Competition Journal*: 649-676.

JONES, A., 2010, The Journey Towards an Effects-based Approach Under Article 101 TFEU - The Case of 'hardcore' Restraints, *Antitrust Bulletin*: 55(4): 783.

JOSHUA, J. & JORDAN, S., 2004, Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law Symposium on European Competition Law, 24(3) *Northwestern Journal of International Law and Business*: 659-660.

KARAGIANNIS, Y., 2007, *Preference Heterogeneity and Equilibrium Institutions: The Case of European Competition Policy*, PhD thesis, EUI Florence.

KARAGIANNIS, Y., 2009, *Still in the Era of Area Studies? Political-Scientific Perspectives on European Competition Policy in the 2000s*, Institut Barcelona d'Estudis Internacionals (IBEI), Working Paper.

KELLAWAY, R., 1997, Vertical Restraints: Which Option?, *ECLR*, 18. 387-391.

KELLER, M., 1981, The Pluralist State: American Economic Regulation in Comparative Perspective, *in* MCCRAW, T. (editor), *Regulation in Perspective*, Harvard, Harvard Business School Press, 1981.

KELSEN, H., 1934, *The Pure Theory of Law*, The Lawbook Exchange.

KENNY, A., 1966, Intention and Purpose, *The Journal of Philosophy* 63: 642-651.

KERBER, W., 2009, "Should Competition Law Promote Efficiency? – Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law, *in* DREXL, J., IDOT, L. & MONÉGER, J. (editores), *Economic Theory and Competition Law*, Chelthenham, Edward Elgar.

KERNS, M. P., 1982, Criminal Sentencing in Antitrust Cases, *Loyola University Chicago Law Journal*, volume 13-4: 985-1010.

KERSE, C., 1998, *Antitrust Procedure*. 4th ed., Sweet & Maxwell.

KEYNES, J. M., 1936, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Londres, Macmillan and Co., Ltd., ed. 1949.

KEYTE, J., 1997, What it is and How is Being Applied: The Quick Look Rule of Reason, *Antitrust 11 – Summer*: 21-25.

KHOO, K., 2017, Regulating the Inferential Process in Alleged Article 101 TFEU Infringements 13(1), *Journal of Competition Law and Economics*: 45.

KILLICK, J. & Berghe, P., 2010, *This is Not the Time to be Tinkering with Regulation 1/2003 - It is Time for Fundamental Reform - Europe Should Have Change We Can Believe In*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699218 (consultado em 11 de maio de 2019).

KILLICK, J. & JOURDAN, J., 2014, *Cartes Bancaires: A Revolution Or A Reminder of Old Principles We Should Never Have Forgotten?*, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/cartes-bancaires-a-revolution-or-a-reminder-of-old-principles-we-should-never-have-forgotten/ (consultado em 11 de maio de 2019).

KING, S. & SCOTT, A., 2012, *Effect on interstate trade: An overview of EU and national case law*, disponível em http://www.concurrences.com/anglais/bulletin/e-competitionsbulletin (consultado em 11 de maio de 2019).

KING, S., 2011, The Object Box: Law, Policy or Myth?, 7(2) *European Competition Journal*: 269-296.

KING, S., 2013, *European Commission's consultation on the revision of the De Minimis Notice*, disponível em

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/saskia_king_en.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

KIRKWOOD, J. & LANDE, R., 2008, The Chicago's School Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency, *in* PITOFSKY, R. (editor), *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*, Oxford, Oxford University Press.

KJOLBYE, L., 2004, The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81, *European Competition Law Review* 566: 573 e ss.

KLEIN, B., 2012, The Hub-and-Spoke Conspiracy that Created the Standard Oil Monopoly, *Southern California Law Review* 85(3): 459-498.

KOLSTAD, O., 2009, *Object contra effect in Swedish and European competition law*, Suécia, Konkurrensverket.

KOMOSSA, 2013, The Allianz Hungária, 4(5) *JECLP*: 417-419.

KORAH, V., 1986, EEC Competition Policy - Legal Form or Economic Efficiency? *Current Legal Problems*, 39(1): 85-109.

KORAH, V., 1986, Pronuptia FRANCHISING: The Marriage of Reason and EEC Competition Rules, *EIPR*, 8(4): 99.

KORAH, V., 2006, *Cases and Materials on EC Competition Law*, 3.ª Edição, Oxford, Hart Publishing.

KORAH, V., 2007, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9.ª Edição, Oxford, Hart Publishing.

KOVACIC, W. & SHAPIRO, C., 2000, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, *Journal of Economic Perspectives*, n.º14: 43.

KOVACIC, W. & WINERMAN, M., 2010, Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act, *Antitrust Law Journal*, volume 76: 1001-1022.

KOVACIC, W., 1990, The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy, *Wayne Law Review* 36: 1413-1471.

KOZUBOVSKA, B., 2012, How important is the distinction in Article 101 TFEU between agreements that restrict competition by object and those that restrict by effect?, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/displayabstractsearch.cfm (consultado em 11 de maio de 2019).

KREPS, D., 1990, *A Course in Microeconomic Theory*, 1.ª edição, Princeton University Press.

KUENZLER, A., 2012, Presumptions as Appropriate Means to Regulate Resale Price Maintenance: in Defence of Structuring the Rule of Reason, *European Competition Journal*, 8(3): 497-525.

KÜHN, K., 2001, Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms, *Economic Policy*, volume 16, n.º 32, Oxford University Press: 183.

KÜHN, K.U., MATUTES, C. & MOLDUVANU B., 2001, Fighting Collusion by Regulating Communication Between Firms, *Economic Policy*, 16(32): 167-204.

LAMADRID DE PABLO, A. & PETIT, N., 2011, *The slow death of Article 101(3)*, disponível em www.chillingcompetition.com (consultado em 11 de maio de 2019).

LAMADRID DE PABLO, A., 2014, *Chillin' Competition: 10 Comments on the ECJ's judgment in Case C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires*, disponível em www.chillingcompetition.com (consultado em 11 de maio de 2011).

LAMADRID DE PABLO, A., *Case T-111/08, Mastercard. A priceless Art. 101(3) assessment*, disponível em http://chillingcompetition.com/2012/10/31/caset-11108-mastercard-a-priceless-art-1013-assessment/ (consultado em 11 de maio de 2019).

LANDE, R., 1982, Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged, 34 *Hastings Law Journal* 65: 81.

LASOK QC, P., 2008, Recent Developments in the Rule of Reason in EC Antitrust Law, *Competition Law Journal* 7(3).

LASSER, M. de S.-O.l'E., 2004, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis Of Judicial Transparency And Legitimacy* 105.

LAWRENCE, S., 2014, *Bristows clipboard*, disponível em www.bristowsclipboard.com (consultado em 11 de maio de 2011).

LEMAIRE, C. & GSTALTER, J., 2008, The Silent Revolution beyond Regulation 1/2003, *GCP – Online Magazine for Global Competition Policy*: 2.

LEMLEY, M. & SHAPIRO, C., 2005, Probabilistic Patents, 19(2) *Journal of Economic Perspectives*, *Spring* 2005: 75-98.

LEUCHT, B. & MARQUIS, M., 2013, American Influences on EEC Competition Law – Two Paths, How Much Dependence?, *in* PATEL, K. & SCHWEITZER, H., *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press: 125 e ss.

LIBERTINI, M., 2005, Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II), *Danno e responsabilità*, 3: 237 e ss.

LIMBAUGH, R., 1953, Historic Origins of Anti-trust Legislation, *Missou Law Review* 18: 215.

LOOZEN, E., 2010, The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all (T-Mobile Netherlands (C-8/08)), *ECLR*, 31(4): 146-150.

LOOZEN, E., 2010, The workings of Article 101 TFEU in case of an agreement that aims to limit parallel trade (GlaxoSmithKline Services (C-501/06 P, C-513/06 P, C 515/o6 P and C-519/06 P)), *ECLR*, 31(9): 349-353.

LOPES DE AZEVEDO, Tiago, 2011, *Da Subsidiariedade no direito das contra-ordenações: problemas, críticas e sugestões práticas*, Coimbra Editora, Coimbra.

LOUREIRO, F., 2017, *Direito Penal da Concorrência*, Coimbra, Almedina, Coimbra.

LOVDAHL GORMSEN, L., 2013, Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?, *World Competition*, 36(2): 223-246.

LOW, M. & HALLADAY, C., 2011, Redesigning a Criminal Cartel Regime: the Canadiam Conversion, *in* BEATON-WELLS, C. & EZRACHI, A. (editores), *Criminalising Cartels. Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford, Hart Publising.

LUGARD, P. & DJIK, T., 2010, The New EC Block Exemption for Vertical Restraints: A Step Forward and a Missed Opportunity, *The CPI Antitrust Journal*.

LUGARD, P. & HANCHER, L., 2004, Honey, I shrunk the Article! A critical assessment of the Commission's notice on Article 81(3) of the EC Treaty, *European Competition Law Review*, volume 25: 410 e ss.

LYNCH, F., 1988, The Role of Jean Monnet in Setting Up the European Coal and Steel Community, *in* SCHWABE, K. (editor), *Die Anfänge des Schuman Plans: 1950/51*, Nova Iorque, 1982.

MACGREGOR, A. & GECIC, B., 2012, EU Antitrust Proceedings and National Competition Authorities: A Leap in the Wrong Direction, *International Trade Law & Regulation*: 1-9.

MADUREIRA PRATES, M., 2005, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, Coimbra Editora: 148.

MAHTANI, M. R., 2012, Thinking outside the object box: an EU and UK perspective. *European Competition Journal*, 8(1): 1-39.

MAIER-RIGAUD, F., 2012, On the Normative Foundation of Competition Law – Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete, *in* ZIMMER, D. (editor), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar.

MANDRESCU, D., 2018, *Applying EU Competition law to Online Platforms: The Road Ahead*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3117840 (consultado em 11 de maio de 2019).

MARCHISIO, E., 2017, From Concerted Practices to "Invitations to Collude", *European Competition Law Review*, 38-17: 555-566.

MARENCO, G., 2000, Le régime de l'exception légale et sa compatibilité avec le Traité, *Cahiers de Droit Européen*: 135 e ss.

MARENCO, G., 2002, The Birth of Modern Competition Law in Europe, *in* BOGDANDY, A., MAVROIDIS, P. & MÉNY, Y. (organizadores), *European Integration and International Co-ordination – Studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehelermann*, Haia, Kluwer Law International: 279.

MARQUIS, M., 2007, 02 (Germany) v Commission and the exotic mysteries of Article 81(1) EC, *European Law Review*, 32(1): 29-47.

MARTÍNEZ SANZ, F., 1996, Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de la competencia, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 219: 35-78.

MATTIOLI, E., 2016, Hub and Spoke: Towards a Belgian Precedent? *Journal of European Competition Law & Practice*, volume 7, n.º 4: 261–266.

MATUTES, C. & PADILLA, J., 1994, Shared ATM Networks and Banking Competition, *European Economic Review*, 1113-1138.

MCGOWAN, L., 2010, *The antitrust revolution: exploring the European Commission's cartel policy*, Cheltentham, Edward Elgar.

MCNUTT, P., 2000, The Appraisal of Vertical Agreements: Competitiveness, Efficiency, Competitive Harm and Dynamic Conduct, *in* RIVAS, J. & HORSPOOL, M. (editores), *Modernization and Decentralisation of EC Competition Law*, Haia, Kluwer Law International: 49-68.

MEESE, A. J, 2000, Farewell to the Quick Look: Redefining the Scope and Content of the Rule of Reason, *Antitrust Law Journal* 68: 461-498.

MEESE, A. J., 2003, Price theory, competition, and the rule of reason, *University of Illinois Law Review*: 77-105.

MEIER, G., 2005, *Biography of a Subject – An Evolution of Development Economics*, Oxford, Oxford University Press.

MELÍCIAS, M.J. & PRATES, R., 2019, Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação, *Revista de Concorrência e Regulação*, 37: 117-122.

MENDES PEREIRA, M., 2009, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora.

MESTMÄCKER, E.J., 2010, *The Development of German and European Competition Law with Special Reference to the EU Commission's Article 82 Guidance of 2008*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1678509 (consultado em 11 de maio de 2019).

MEYRING, B., 2010, T-Mobile: Further Confusion on Information Exchanges between Competitors, 1(1) *JECLAP*: 30-32.

MILTON, D., 1988, The Sherman Act and the Balance of Power, Southern California Law Review, 61: 1219.

MINOW, M., 2013, Archetypal Legal Scholarship - A Field Guide, *Journal of Legal Education* 65: 69.

MIR PUIG, S. & GÓMEZ MARTÍN, V., 2011, *Derecho Penal, Parte General*, 9.ª edição, Barcelona, Editorial Reppertor: 122 e ss.

MIRANDA POÇAS, J., 2019, O Enquadramento Da Figura Hub-And-Spoke Na Jurisprudência Do Tribunal De Justiça Da União Europeia E Dos Tribunais Britânicos, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano X. n.º 37, janeiro a março: 83-113.

MONNET, J., 1976, *Mémoires*, Paris, Fayard.

MONTAG, F., 1998, The Case for a Reform of Regulation 17/62: Problems and Possible Solutions from a Practitioner's Point of View, *Fordham International Law Journal*, volume 22, n.º 3, Artigo 5: 819-852.

MONTI, G., 2000, European Competition Policy for 21st Century, *in*: Hawk, B. (editor), *Fordham Corporate Law Institute*, volume 24.

MONTI, G., 2002, Article 81 EC and Public Policy, 39(5) *CMLR*: 1057-1099.

MONTI, G., 2002, Article 81 EC and Public Policy, *CMLR*, volume 39: 1057.

MONTI, G., 2007, *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

MONTI, G., 2009, EC Competition Law: The Dominance of Economic Analysis?, *in*: HEINEMAN, R., KELLERHALS, A. & ZACH, R. (editores), *Development and Perspectives on Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar: 3-28.

MORAIS, L., 2000, *Empresas Comuns- Joint Ventures – no Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina.

MOTTA, M., 2004, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.

MOURA E SILVA, M., 2008, *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra, Almedina.

MOURA E SILVA, M., 2011, Anti-cartel enforcement in Portugal: A short chronicle of an uphill struggle, *European Competition Law Review*, 32(1): 37-41.

MOURA E SILVA, M., 2018, *Direito da Concorrência*, Lisboa, AAFDL Editora.

MURIS, T., 1989, The New Rule of Reason, *Antitrust Law Journal*, n.º 57: 859 e ss.

NAGY, C., I., 2013, The Distinction between Anti-competitive Object and Effect in Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?, 36(4) *World Competition*: 541-564.

NAVARRO, E., 2001, La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 215: 43 e ss.

NAZZINI, R., 2006, Article 81 EC between time present and time past: a normative critique of "restriction of competition" in EU law, *CMLR*, volume 43: 497-536.

NAZZINI, R., 2012, Administrative Enforcement, Judicial Review and Fundamental Rights in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective, *CMLR*, volume 49: 971-1006.

NEALIS, P., 2000, Per se Legality: A New Standard in Antitrust Adjudication under the Rule of Reason, *Ohio State Law Journal* 61: 347-398.

NEVEN, D. J., *Competition economics and antitrust in Europe*, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/economic_policy.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

NG, W., 2018, *The Political Economy of Competition Law in China*, Cambridge, Cambridge University Press.

NICOLAIDES, P., 2000, An Essay in Economics and the Competition Law of the European Community, *Legal Issues of Economic Integration* 27: 7-24.

NICOLAIDES, P., 2005, The Balacing Myth: The Economics of Article 81(1) & (3), *Legal Issues of Economic Integration* 32: 123-145.

NIELS, G. & KATE, A., 2004, Introduction: Antitrust in U.S. and the EU – Converging or Diverging Paths?, *The Antitrust Bulletin* 49: 1.

NIELS, G., JENKINS, H. & KAVANAGH, J., 2011, *Economics for competition lawyers*, Nova Iorque, Oxford University Press.

NOGUEIRA LEITE, A., 1996, *Política de Concorrência e Política Industrial*, Comunicação apresentada no Seminário de Economia do Gabinete de Estudos e Prospetiva Económica do Ministério da Economia, outubro.

NOGUEIRA SERENS, M. C., 2007, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra, Almedina.

ODUDU, O., 2001, Interpreting Article 81(1): Demonstrating Restrictive Effect, *European Law Review*, volume 26: 261-274.

ODUDU, O., 2006 *The boundaries of EC competition law: the scope of Article 81*, Oxford University Press, Oxford

ODUDU, O., 2006, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*: Oxford University Press.

ODUDU, O., 2009, Restrictions of Competition by Object - What's the Beef?, *Competition Law Journal*, 9(1): 11-17.

ODUDU, O., 2011, Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, *European Competition Journal* 7(2): 205-242.

ODUDU, O., 2013, *Competition Bulletin: e-books: Vertical participation in hub and spoke agreements*, disponível em www.competitionbulletin.com/2013/07/18 (consultado em 11 de maio de 2019).

OHLHAUSEN, M., 2017, *Should We Fear the Things That Go Beep in the Night? Some Initial Thoughts on the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing*, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220893/ohlhausen_-_concurrences_5-23-17.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

OLIVEIRA PAIS, S., 2011, O Critério do Bem-Estar dos Consumidores no Contexto da Renovação do Direito Comunitário da Concorrência, *in* FREITAS, J.L. [*et al.*] [organizadores), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume. I, Coimbra, Almedina: 598.

ORBACH, B., 2011, The Antitrust Consumer Welfare Paradox, 7 *Journal of Competition Law and Economics* 7: 134.

ORTEGA GONZALES, A., 2012, Object analysis in information exchange among competitors, 1(5) *Global Antitrust Review*: 1-57.

ORTIZ BLANCO, L., 2012, *Market power in EU antritrust law*, Oxford, Hart Publishing.

OXERA ECONOMICS, 2013, *Bad medicine? An effects-based approach to 'pay-for-delay' agreements*, disponível em https://www.oxera.com/agenda/bad-medicine-an-effects-based-approach-to-pay-for-delay-agreements/ (consultado em 11 de maio de 2019).

PACE, L. & SEIDEL, K., 2013, The Drafting and Role of Regulation 17, *in* PATEL, K.K. & SCHWEITZER, H., *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press: 58.

PACE, L. F., 2005, *Il Fundamenti del Diriti antitrust europeo: normi di competenza e sistema aplicativo dalle origini alla Constituzione europea*, Milão, Giuffré.

PADILLA, J., 2011, The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws, *in Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law*, OECD Competition Committee.

PAGE, W., 2001, The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law, *in* ABA (editora), *Issues in Competition Law and Policy 1*, Chicago.

PAIS ANTUNES, L. M., 1991, Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is the Distinction Relevant?, *Yearbook of European Law*, volume 11: 57-77.

PARRET, L., 2010, Shouldn't we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU Competition Law and Policy, *European Competition Journal*, 6(2): 339-376.

PASCUAL PONS, C., 2008, Las prácticas facilitadoras de resultados anticompetitivos, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 5: 17-28.

PASSARO, N.A., 2018, How Meyer v. Uber Could Demonstrate That Uber and the Sharing Economy Fit into Antitrust Law, *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 7 (2): 259-282.

PASTOR, J. V., 2011, Derecho Antitrust y Contrato de Agencia: los Riesgos Significativos e Insigificantes del Agente en las Redes de Distribución de Carburante según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Mercantil*, 280: 242-243.

PATEIRA FERREIRA, J., 2013, A "abordagem mais económica" ao direito europeu da concorrência: acordos entre empresas, restrições concorrenciais por objeto e a análise dos efeitos na aplicação do artigo 101.º, n.1 do tratado sobre o funcionamento da União Europeia, disponível em http://repositorio.ul.pt/handle/10451/37955?mode=full (consultado em 11 de maio de 2019).

PATTERSON, M., 2000, The Role of Market Power in the Rule of Reason, *Antirust Law Journal*, 68: 429-460.

PAZ-ARES, C., ALFARO, J., 2003, Ensayo sobre la libertad de empresa, *in Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Madrid, Thomson/Civitas.

PEEPERK, L., 2005, *Defining by object restrictions*, disponível em http://www.concorrencia.pt/LisbonConference2015/assets/05.concurrences_3-2015_doctrines_peeperkorn.pdf, (consultado a 11 de maio de 2019).

PEETERS, J., 1989, The Rule of Reason Revisited: Prohibition on Restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty, *American Journal of Competition Law*, 37: 521-570.

PEREZ OLMO, G. & MATÍA GARAY, C., 2015, Análisis y Repercusión de la Sentencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea, de 11 de Setiembre de 2014 (Asunto C-67/13P) Grupement des Cartes Bancaires – Restriciones de la Competencia por Objeto, *in* RECUERDA GIRELA, M.A. (coordenadores), *Problemas Prácticos y Actualidad del Derecho de da Competencia – Anuario 2015*, Pamplona, Thomson Reuters: 179-198.

PETER, J., ELLIOT. J. & CULLENBERG, S., 2002, Economic Transition as a Crisis of Vision: Classical versus Neoclassical, Theories of General Equilibrium, *Easter Economic Journal*, 28(2): 217-240.

PETIT, N., 2012, The Oligopoly PROBLEM in EU Competition Law, *Research Handbook in European Competition*: 2.

PETIT, N., 2012, The Oligopoly Problem in EU Competition Law, *Research Handbook in European Competition Law*.

PETIT, N., 2013, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien.

PINDYCK, R., RUBINFELD, D., 2001, *Microeconomics*, 8.ª edição, Berkeley, Pearson.

PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Universidade Católica Editora, 2011

PITTMAN, R., 2007, Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement, *Competition Policy International*, 3: 212.

PORTER, R.H., 1985, On the Incidence and Durations of Price Wars, *Journal of Industrial Economics*, 33(4): 415.

POSNER, R.A., 2001, *Antitrust Law*, Chicago, University of Chicago Press.

POTTERS J., SUETENS, S., 2013, Oligopoly experiments in the current millennium, *Journal of Economic Surveys*, 27(3): 439-460.

PRADELLES, F., RUIZ-CALZADO, J., 2014, *Client Alert: "By Object" Restrictions of Competition Revisited: European Court of Justice Endorses Narrow Interpretation*, Bruxelas, Latham & Watkins.

QUACK, S. & DJELIC, M. L., 2015, Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe, *in* STREECK, W. & THELEN, K. (editores), *Beyond Continuity - Institutional Change in Advanced Political Economi*es, Oxford, Oxford University Press.

RABIN, M., 2002, A Perspective on Psychology and Economics, *European Economic Review*, 46: 657-685.

RAMÍREZ PÉREZ, S. & VAN DE SCHEUR, S., The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC, *in* PATEL, Kiran Klaus & SCHWEITZER, H., *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, 2013

REY, P., 2003, *The Impact of Parallel Imports on Prescription Medicines*, disponível em http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.493.1937&rep=rep1&type=pdf (consultado a 11 de maio de 2019).

RITTERSHAUSEN, J.R.B., 2007, The Postwar West German Economic Transition: From Ordoliberalism to Keynesianism, *IWP Discussion Paper Series* 01/2007, Colónia, Institute for Economic Policy.

ROBERTSON, B., 2007, What is a Restriction of Competition? The implications of the CFI's judgment in O2 Germany and the Rule of Reason, *European Competition Law*, 28(4): 252-258.

RODGER, B., 2014, *The Object/Effect Distinction in Competition Law Article 101, categorical distinctions and Predictable Enforcement*, Istanbul, New Challenges in Competition Law Enforcement Conference.

RÖLLER, L-H. & DE LA MANO, M., 2006, The Impact of the New Substantive Test in European merger Control, *European Competition Journal*, 2(1): 9-28.

ROSE, V., 2010, *Per se infringements of the competition rules*, Londres, King's College.

ROSE, V., BAILEY, D., BELLAMY, C.W. % CHILD, G.D., 2013, *European Union law of competition*, Oxford, Oxford University Press.

ROSEN, S., 1997, Austrian and Neoclassical Economics: Any Gains from Trade?, *Journal of Economic Perspectives*, 11(4): 139-152.

ROSSI, L. & FERRO, M.S., 2013, Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): an overview of case-law, *Revista Concorrência e Regulação*, 10: 91-141.

ROXIN, C., 2008, *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, Madrid, Civitas.

RUSSO, F., SCHINKEL, M. P., GUNSTER, A. & CARREE, M., 2010, *European Commission Decisions on Competition: Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/saskia_king_en.pdf, (consultado a 11 de maio de 2019).

SAMUELSON, P., 1958, *Economics. An Introductory Analysis*, Nova Iorque, Toronto, Londres, McGraw-Hill Book Company.

SANCHEZ-GRAELLS, A., 2016, *CJEU rejected AG Wathelet's proposal for vicarious liability for agent's behaviour in competition law: a more stringent test, but how stringent? (C-542/14)*, disponível em http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/8/3/cjeu-rejected-ag-whatelets-

proposal-for-vicarious-liability-in-competition-law-a-more-stringent-test-but-how-stringent-c-54214, (consultado a 11 de maio de 2019).

SAUTER, W., 1997, *Competition Law and Industrial Policy in the EU,* Oxford, Oxford University Press.

SCHEINGOLD, S.A., 1965, *The Rule of Law in European Integration,* New Haven and Londres, Yale University Press.

SCHININÀ, M., 2004, La nullita delle intese anticoncorrenziali, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 58(2): 441-446.

SCHNYDER G. & SIEMS, M., 2012, The Ordoliberal Variety of Neoliberalism, *in* KONZELMANN, S. & FOVARGUE-DAVIES, M., *The Faces of Liberal Capitalism: Banking Systems in Crisis,* Londres, Routledge.

SCHUMPETER, J., 1950, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Nova Iorque, Harper & Row.

SCHWARZ, D., 2016, *The Evolution of Object Restrictions After the Cartes Bancaires Case*, disponível em https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFDocuments/Competition_Law_Insight_article_on_Immoveable_objects.pdf (consultado a 11 de maio de 2019).

SCHWEITZER, H., 2007, Competition Law and Public Policy: Reconsidering and Uneasy Relationship. The Example of Article 81, *EUI Working Papers*, 30: 1-11.

SCHWEITZER, H., 2007, Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC, *EUI Working Papers*, 32: 3-40.

SEIDEL, K., 2009, DG IV and the Origins of a Supranational Competition Policy: Establishing an Economic Constitution for Europe, *in* KAISER, W., LEUCHT, B. & RASMUSSEN, M. (editores), *The History of the European Union: Origins of a Trans and Supranational Policy 1950-1972*: 129-147.

SERENA ROSSI, L. & CURIZON, S., 2009, An Evolving Rule of Reason in the European Market, *in* BONGIOVANI, G., SARTOR, G. & VELENTINI, C. (editores), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer.

SHAPIRO C. & VARIAN, H.R., 1998, *Information Rules: A Strategic Guide to Network Economy*, Boston, Harvard Business Press.

SHEPHERD, W., 1990, *The Economic of Industrial Economics*, Nova Jérsia, Prentice Hall.

SHINDER, J. I. & KAPPOR, A., 2014, *Are Bright-Line Rules The Right Prescription For Reverse-Payment Cases?*, disponível em www.antitrusttoday.com/2014/03/05/ (consultado em 11 de maio de 2019).

SIMAS SANTOS, M. & LOPES DE SOUSA, J., 2009, *Contra-Ordenações: Anotações ao Regime Geral*, Lisboa, Visilis Editores.

SIMONSSON, I., 2010, *Legitimacy in EU Cartel Control*, Portland, Hart Publishing.

SINCLAIR, D., 2003, Ancillary Restraints Under the Merger Regulation: The Commission's Approach Cast into Doubt by the Court of First Instance, *ECLR*, 7: 315-320.

SLOT, P. J. e JOHNSTON, A., 2006, *An introduction to competition law*, Oxford, Hart Publishing.

SMITH, S., 2004, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press.

SOUSA E BRITO, J., 1978, *A Lei Penal na Constituição, Estudos sobre a Constituição*, editor MIRANDA, J., II, Lisboa, Petrony: 197-254.

SPAAK, F. & JAEGER, J.N., 1961, The Rules of Competition within the European Common Market, *Law and Contemporary Problems*, 26(3): 485-507.

STEFAN, O. A., 2008, European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles, *European Law Journal*, 14(6): 753-772.

STERLING, S. *et al*., 2014, *The EU General Court gets a rap on its knuckles*, Bruxelas, Lexology.

STIGLER, G. J., 1941, *Production and Distribution Theories*, Nova Iorque, Macmillan.

STIGLER, G.J., 1961, A Theory of Oligopoly, *Journal of Political Economy*, 72: 45-46.

STOCKING, G.W. & WATKINS, M.W., 1947, *Cartels in Action, Case Studies in International Business Diplomacy*, American Book-Stratford Press: 505-507.

STONE SWEET, A., 2004, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press.

STREISSLER, E., 1995, The Influence of German and Austrian Economics on Joseph Schumpeter, *in* SHIONOYA, Y. & PERLMAN, M. (editores), *Schumpeter in the History of Ideas*, Michigan, University of Michigan Press.

STUCKE, A. & EZRACHI M. E., 2017, *Two Artificial Neural Networks Meet in an Online Hub and Change the Future (of Competition, Market Dynamics and Society)*, disponível em https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=587025086112007008110031028109120104113073037034031091095092080113005080075006105067020007042040000015016073011120067002065065037066031008013101124026113025095109091035012104067086016122019075066113109088025127104084003106109076121003112001008084125&EXT=pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

STUCKE, M. & EZRACHI, A., 2016, How Pricing Bots Could Form Cartels and Make Things More Expensive, disponível em https://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-couldform-cartels-and-make-things-more (consultado em 13 de maio de 2019).

SUBIOTTO, R. & AMATO, F., 2000, Preliminary Analysis of the Commission's Reform Concerning Vertical Restraints, *World Competition Law & Economics Review*, 23(2): 5-26.

SUFRIN, B., 2006, The Evolution of Article 81(3) of the EC Treaty, *The Antitrust Bulletin*, 51: 915.

SULLIVAN, T. & HOVENKAMP, H., 2014, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials and Problems*, Nova Iorque, Matthew Bender.

SVETLICINII, A. & SAD, N., 2011, "Objective Justifications" of "Restrictions by Object" in Pierre Fabre: A More Economic Approach to Article 101(1) TFEU?, *European Law Reporter*, 11: 3.

SVETLICINII, A., 2008. ECJ's Ruling in Beef Industry Case: Competition Law Must Be Observed At All Times~, *European Law Review*, 12: 402-406.

SVETLICINII, A., 2008. Exploring the role of legal presumptions under the "convincing evidence" standard in EC merger control, *ICC Global Antitrust Review*, 1(1): 117-134.

SWAAK C. R. A. & WESSELING, R., 2015, Reconsidering the leniency option: if not first in, good reasons to stay out, *ECLR*, volume 36(8): 346.

SWAAK, C., VIAENE H. & WESSELING, R., 2013, *European Court of Justice simplifies classic case law and rules that all object infringements that have an effect on interstate trade violate Article 101 TFEU*, disponível em https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d94c6e60-d955-414b-b1d0-29cd11e275ab (consultado a 11 de maio de 2019).

TAYLOR, G., 1979, The Rise and Fall of Antitrust in Occupied Germany 1945-1948, *Prologue*, 11: 23-39.

THORELLI, H., 1954, *The Federal Antitrust Policy*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.

TORRE SUSTAETA, M.V., 2014, *La Aplicación del Derecho de la Competencia en Europa – Intereses en Juego e Vías de Tutela*, Pamplona, Thompson Reuters-Aranzadi.

TOWNLEY, C., 2009, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford, Hart Publishing.

TOWNLEY, C., 2011, Which goals count in Article 101 TFEU? Public Policy an its discontents. *ECLR*, 9: 441-448.

TRIDIMAS, T., 2012, Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt? *in* DICKSON, J. & ELEFTHERIADIS, P. (editores.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press.

TURNO, B. & BOJAROJĆ, K., 2016, The Polish Competition Authority fines ski equipment wholesaler for vertical pricing restraints (Fordex), *Bulletin e-Competitions*, dezembro, artigo n.º 83574.

URLUS, H. & MULDER, S., 2013, *ECJ eliminates noticeability test in regard to restriction of competition by object*, disponível em https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=413f40e7-2954-4707-9630-1540021311b5 (consultado em 11 de maio de 2019).

VAJDA, C. & WOOLFE, P., 2010, The Chapter I Prohibition: Is It a Safe Bet?, *Competition Law Journal*, 9(2): 198-215.

VAN BAEL, I. & BELLIS, F., 2010, *Competition Law of the European Community* (5.ª edição), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.

VAN DEN BERGH, R. & CAMESASCA, P., 2006, *European Competition Law and Economics: A comparative Perspective* (2.ª edição), Londres, Sweet & Maxwell.

VAN DEN BERGH, R. & CAMESASCA, P., 2006, *European Competition Law and Economics: A comparative Perspective* (2.ª edição), Londres, Sweet & Maxwell.

VEDDER, H., 2009, Of Jurisdiction and Justification. Why Competition is Good for Non-Economic Goals, But May Need to be Restricted, *The Competition Law Review*, 6(1): 51.

VEDDER, H., 2013, *Allianz and the Object-Effect Dichotomy In Article 101(1) TFEU: A Practical Solution Meets Not So Practical Competition Law*, disponível em http://europeanlawblog.eu/2013/04/08/allianz-and-the-object-effect-dichotomy-in-article-1011-tfeu-a-practical-solution-meets-not-so-practical-competition-law/ (consultado em 11 de maio de 2019).

VEENBRINK, M., 2016, *Liability in competition law: as incredible as a children's story - a commentary on Case C-542/14 VM Remonts*, disponível em https://www.ru.nl/law/research/radboud-economic-law-conference/radboud-economic-law-blog/2016/liability-competition-law-incredible-children/ (consultado em 11 de maio de 2019).

VEROUDEN, V., 2003, Vertical Agreements and Article 81 (1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis, *Antitrust Law Journal*, 71(2): 525-575.

Verouden, V., 2003, Vertical Agreements and Article 81 (1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis, *Antitrust Law Journal*, 71(2): 553-575.

VILELA, A., 2013, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora.

VOGEL, L., 2012, EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012, *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(3): 271-286.

VON GROEBEN, H., 1987, *The European Community - The formative years. The European Perspectives Series*, Bruxelas-Luxemburgo, Office for Official Publications of the European Communities.

WAELBROECK, D. e SLATER, D., 2013, The scope of object v. effect under Article 101 TFEU: Criminal v. non-criminal? *in* BOURGEOIS J. E WAELBROECK D. (editores.), *Ten years of effects-based approach in EU Competition Law: State of play and perspectives*, Bruxelas, Bruylant.

WARLOUZET, L., 2010, *The Rise of European Competition Policy: A Cross-Disciplinary Survey of a Contested Policy Sphere*, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14694/RSCAS_2010_80.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

WEG. A., 2009, Per Se Treatment: An Unnecessary Relic of Antitrust Litigation, *Hastings Law Journal*, 60(6): 1535-1558.

WEITBRECHT, A., 2008, From Freiburg to Chicago and Beyond – The First 50 years of European Competition Law, *ECLR*, 29(2): 81-88.

WELLS, W., 2002, *Antitrust and the Formation of the Post-War World*, Nova Iorque, Columbia University Press.

WERDEN, G.,2019, Essays on Consumer Welfare and Competition Policy, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352032 (consultado em 11 de maio de 2019).

WESSELING, R., 1999, The Commission's White Paper on Modernisation of EC Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options, *ECLR*: 420-433.

WESSELING, R., 2000, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford, Hart Publishing.

WHISH, R. e BAILEY, D., 2015 *Competition Law* (8.ª edição), Oxford, Oxford University Press.

WHISH, R. e SUFRIN, B., 1987, Article 85 and the Rule of Reason, *Yearbook of European Law*, 7: 1-38.

WHISH, R., 2009. *Competition Law* (6.ª edição), Oxford, Oxford University Press.

WHISH, R.,1999, *Exemption Criteria under Article 85(3) EC: A Study of the Case Law of the European Court of Justice the Court of First Instance and the Decisional Practice of the European Commision*, Londres, King's College London.

WHITTAKER, S., 2012, *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, disponível em http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/333_en.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

WILKINSON, N., 2007, *An Introduction to Behavioural Economics: A Guide for Students*, Hampshire, Palgrave Macmillan.

WILS, W., 2010, The Increased Level of EU Antitrust Fines and the impact of the European Convention of Human Rights, *World Competition*, 33(1): 5.

WILS, W., 2016, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, disponível em http://awa2017.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2865728.pdf (consultado em 11 de maio de 2019).

WYATT, D. & DASHWOOD, A., 2006, *European Union Law*, Sweet & Maxwell.

XAVIER, A., 1970, *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais.

ZENGER, H. & WALKER, M., 2012, Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report *in* BOURGEOIS, F. & WAELBROECK, D. (editores), *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*, Bruxelas, Bruylant: 185-209.

ZEVGOLIS, N. E., 2013, Resale Price Maintenance (RPM) in European Competition Law: Legal Certainty Versus Economic Theory?, *ECLR*, 34(1): 25-32.

ZIMMER, D., 2012, *Goals of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

* * * * * * *