

AS INFRACÇÕES PELO OBJECTO DO ARTIGO 101.º DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA NA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

*Fernando Pereira Ricardo*¹

ABSTRACT: The restrictive agreements by object are those that aim to prevent, restrict or distort competition and are, by nature, able to do so, as the agreement to fix prices. Due to the high susceptibility of distortion of competition, these agreements are incompatible with the internal market. The ability to distort competition can only be determined in the light of the legal and economic context of the agreement, having regard, in particular, to the position and the economic strength of the firms in the market. Therefore, this analysis is not formal, based on a list of agreements prohibited by type. The restriction of freedom of initiative, apparently serious in formal terms, may not present the ability to distort the competition because, for example, there is no significant competition between the parties.

SUMÁRIO: Introdução. I. Das restrições da concorrência pelo objecto e pelo efeito. II. A protecção da concorrência e as infracções pelo objecto. 1. O interesse público na protecção da concorrência. 2. A dificuldade de prova dos efeitos adversos para a concorrência efectiva. III. Da aptidão dos acordos para impedir, restringir ou falsear a concorrência. 1. Os acordos aptos para distorcer a concorrência. 2. A dispensa de analisar os efeitos no mercado interno. 3. A análise na jurisprudência da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno. 4. A razão de ser da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno. 5. A aferição da aptidão do acordo para distorcer a concorrência. 5.1. Os factores a considerar. 5.2. Exemplos relativos à importância do contexto jurídico-económico. 5.3. A refutação de uma análise formal. 5.4. Das dúvidas quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto. 5.4.1. Exemplos de restrições sem aptidão para distorcer a concorrência. 5.4.2. O ónus da prova quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência. Conclusões.

¹ Jurista no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo pretendemos contribuir para aclarar os contornos das infracções pelo objecto previstas no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)² na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, mais concretamente, do Tribunal de Justiça (TJ) e do Tribunal Geral (TG).

Tal esclarecimento é particularmente importante na perspectiva do Direito Nacional, se atendermos a que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais nacionais têm competência para aplicar directamente o artigo 101.º na sua globalidade, à luz, respectivamente, dos artigos 5.º e 6.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (actuais artigos 101.º e 102.º)³.

Por outro lado, o referido dispositivo e a jurisprudência que lhe está associada constituem o paradigma para a interpretação e aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que consagra o regime jurídico nacional da concorrência.

Está, assim, justificada a importância da caracterização das infracções pelo objecto do n.º 1 do artigo 101.º.

Começaremos por analisar a dicotomia entre infracções pelo objecto e infracções pelo efeito do n.º 1 do artigo 101.º em função do bem jurídico por esta norma protegido. Caracterizaremos, de seguida, as infracções pelo objecto, aludindo, em particular, à sua incompatibilidade com o mercado interno e à importância do contexto jurídico-económico para a sua identificação. Formularemos, por fim, conclusões.

I. DAS RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJECTO E PELO EFEITO

Para ser subsumido na previsão do n.º 1 do artigo 101.º, o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada (doravante, designados genericamente por acordo)⁴ deve ser susceptível de afectar o comércio entre

² Quaisquer alusões a artigos sem indicação da fonte legal em que se inserem devem ser entendidas por referência ao TFUE.

³ JO L 1, de 4.1.2003.

⁴ Vide Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal, JO C 11, de 14.1.2011, ponto 1.

os Estados-membros e ter por objectivo⁵ ou como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

No Acórdão *Société Technique Minière (LTM)*, de 30 de Junho de 1966, Processo 56/65, o TJ esclareceu que: “[o] carácter não cumulativo mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção ‘ou’, conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra”⁶.

No mesmo sentido, refere o TJ, no Acórdão *Établissements Consten SARL*, de 13 de Julho 1966, Processos 56/64 e 58/64, que, para a “[...] aplicação do artigo 85.º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência”⁷, e, no Acórdão *Anic Participazioni Spa*, de 8 de Julho de 1999, Processo C-49/92 P, que o acordo com um objecto anticoncorrencial é subsumível na previsão do n.º 1 do artigo 101.º “[...] mesmo que não se verifiquem efeitos anticoncorrenciais”⁸.

Em síntese, os acordos que tenham por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência são proibidos independentemente dos seus efeitos no mercado considerado, o que faz todo o sentido, como veremos de seguida, atendendo ao bem jurídico protegido pelo artigo 101.º.

5 As versões espanhola, italiana, francesa e inglesa do n.º 1 do artigo 101.º referem, respectivamente, “por objecto”, “per oggetto”, “pour objet”, “their object”. Tanto o vocábulo “objectivo” como o vocábulo “objecto” traduzem o que está em causa, a saber: a aptidão do acordo para distorcer a concorrência. Neste contexto, o vocábulo “objecto” parece preferível. Para a lei, o objecto do contrato é o conjunto dos direitos e deveres que pelo contrato são criados ou modificados. Quando o contrato constitui obrigações, o seu objecto é a prestação ou prestações. Nos termos do artigo 280.º do Código Civil, o contrato cujo objecto seja contrário à lei é nulo. Da mesma forma, o acordo ou a decisão de associação de empresas que tenham por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência são nulos (artigo 101.º, n.º 2).

6 *Recueil* 1966: 387. Cf. Conseil de la concurrence, 2003: 56. “[...] the TFEU contains two categories of restrictions of competition – restrictions by object and by effect – that are not supposed to overlap” (Loozen, 2010: 148).

7 *Recueil* 1966: 434. Cf. Acórdão *Beef Industry Development Society Ltd*, de 20 de Novembro de 2008, Processo C-209/07, considerando 16, e Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal, ponto 24.

8 Considerando 122. Cf. Acórdão *Sandoz prodotti farmaceutici SpA*, de 11 de Janeiro de 1990, Processo C-277/87, ponto 3, *in fine*, do sumário: “[d]o mesmo modo, o facto de o fornecedor não ter tomado medidas para fazer respeitar pelos seus clientes uma cláusula de um contrato que tem por objectivo restringir a concorrência não basta para subtrair essa cláusula à proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [...]”.

II. A PROTECÇÃO DA CONCORRÊNCIA E AS INFRACÇÕES PELO OBJECTO

1. O interesse público na protecção da concorrência

Os elementos do tipo do artigo 101.º, mormente no que respeita às infracções pelo objecto, não podem deixar de ser interpretados e aplicados em função do bem jurídico protegido pela norma em causa⁹.

Nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, “[a] *União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico*”.

O Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência, anexo ao Tratado da União Europeia e ao TFUE, refere que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada¹⁰.

No Acórdão *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, de 25 de Outubro de 1977, Processo 26/76, o TJ estabeleceu que o desiderato de uma concorrência não falseada implica a existência de uma concorrência efectiva, isto é, da dose de concorrência necessária para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e atingidos os objectivos do Tratado, em particular a formação de um mercado interno em condições análogas às de um mercado interior¹¹.

Mais recentemente, no Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, de 4 de Junho de 2009, Processo C-8/08, o TJ refere que: “[...] o artigo 81.º CE, à semelhança das outras regras da concorrência enunciadas no Tratado, não se destina unicamente a proteger os interesses directos dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal”¹².

9 O bem juridicamente tutelado é a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção de um certo estado, objecto ou bem socialmente relevante (Moniz, 2003: 545). As características mais marcantes dos tipos resultam da natureza do bem jurídico tutelado (Kindhäuser, 2009: 3).

10 Nos termos do artigo 51.º do Tratado da União Europeia, os Protocolos e Anexos dos Tratados são parte integrante destes.

11 Considerando 20.

12 Considerando 38.

O artigo 101.º “[...] *tem por objectivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afectação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objectivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promovem uma afectação de recursos eficiente em toda a Comunidade em benefício dos consumidores*”¹³.

Em síntese, atendendo a que o artigo 101.º não se destina unicamente a proteger os interesses directos dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência efectiva, compreende-se que os acordos que tenham por objecto distorcer as condições de concorrência no mercado considerado sejam proibidos independentemente dos seus efeitos¹⁴.

2. A dificuldade de prova dos efeitos adversos para a concorrência efectiva

Fazer depender a proibição dos acordos, cujo objecto é organizar artificialmente o funcionamento do mercado, da prova de efeitos adversos para a concorrência – extremamente difíceis de apurar em toda a sua extensão –, não garantiria a tutela eficaz da concorrência efectiva, interesse colectivo, cuja afectação comporta múltiplas externalidades negativas, não apenas para os consumidores.

Tal como adiante melhor se verá, os acordos anticoncorrenciais pelo objecto são incompatíveis com o mercado interno em razão da limitação ou supressão do grau de incerteza quanto à reacção dos rivais, chocando frontalmente com o princípio de que cada operador económico deve definir a sua política comercial de forma autónoma.

Estes acordos influenciam, muito provavelmente, o comportamento das empresas neles participantes no sentido de uma maior concertação ou harmonia de interesses, ocorrendo uma adulteração das condições normais de concorrência¹⁵, independentemente da questão de saber se as empresas par-

13 Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101, de 27.4.2004, ponto 13. É a protecção do processo concorrencial, enquanto mecanismo de afectação de recursos e satisfação das necessidades dos consumidores, que distingue o Direito da concorrência de outros ramos ou normas que protegem interesses particulares correlacionados com a concorrência, como o Direito do consumidor (Conseil de la concurrence, 2003: 55).

14 Neste sentido, cf. conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott no caso *T-Mobile Netherlands BV*, Processo C-08/08, apresentadas em 19 de Fevereiro de 2009, ponto 46.

15 Acórdão *BPB plc*, de 8 de Julho de 2008, Processo T-53/03, considerando 107.

ticipantes se comportam seguidamente de maneira mais ou menos uniforme no mercado considerado¹⁶.

Tal como refere o TG no Acórdão *Archer Daniels Midland Co.*, de 27 de Setembro de 2006, Processo T-59/02, “[o] facto de as partes não terem respeitado o seu acordo e de não terem aplicado inteiramente os preços acordados não implica que, ao proceder deste modo, tenham aplicado preços que poderiam ter praticado se o acordo não existisse. Como a Comissão correctamente sublinhou no considerando 219 da decisão, o Tribunal já declarou, no âmbito da apreciação das circunstâncias atenuantes, que uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício [...]”¹⁷.

Por outro lado, a demonstração empírica de que o acordo com um objecto anticoncorrencial conduz ou conduziu a uma degradação das condições de transacção oferecidas aos consumidores, a preços mais altos, por exemplo, equivaleria a exigir da autoridade de controlo um esforço probatório que a levaria ao limite das suas possibilidades e recursos¹⁸.

Imagine-se o que seria provar os efeitos concretos nas condições de transacção oferecidas aos consumidores em todos os mercados abrangidos por um cartel internacional, esforço que envolveria a análise de todos os outros factores que poderiam estar na base da degradação das referidas condições de transacção ao tempo da infracção¹⁹.

As dificuldades de prova dos efeitos adversos na concorrência explicam a existência das infracções pelo objecto, visando o legislador com este conceito proteger cabalmente o bem jurídico concorrência.

III. DA APTIDÃO DOS ACORDOS PARA IMPEDIR, RESTRINGIR OU FALSEAR A CONCORRÊNCIA

1. Os acordos aptos para distorcer a concorrência

Os regulamentos de isenção por categoria, as orientações e as comunicações da Comissão fornecem directrizes acerca dos acordos restritivos da concor-

16 Ver conclusões do juiz B. Vesterdorf, designado Advogado-Geral no caso *Rhône-Poulenc SA*, Processo T-1/89, apresentadas em 10 de Julho de 1991, Colectânea da Jurisprudência, 1991-8/II: 941-942.

17 Considerando 189.

18 Cf. Whish, 2009: 117.

19 Neste sentido, Scordamaglia, 2010: 7-8.

rência pelo objecto. As restrições excluídas das isenções por categoria ou identificadas nas orientações e comunicações da Comissão como restrições anticoncorrenciais graves são, regra geral, mas não necessariamente, consideradas restrições da concorrência pelo objecto²⁰.

Nos acordos horizontais²¹, as restrições da concorrência pelo objecto incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes.

Nos acordos verticais²², a categoria de restrições pelo objecto inclui, nomeadamente, as que provêm da imposição de preços fixos ou de preços mínimos de revenda e as restrições que conferem protecção territorial absoluta, incluindo restrições em matéria de vendas passivas²³.

Os acordos restritivos pelo objecto são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do mercado (ao funcionamento correcto e normal do mercado).

Estes acordos comportam uma intervenção directa nos parâmetros da concorrência²⁴, tendo por objecto organizar artificialmente o funcionamento do mercado em causa²⁵, o que choca frontalmente com o princípio subjacente às regras de defesa da concorrência, segundo o qual os operadores económicos devem definir a sua política comercial de forma autónoma²⁶: “[...] a troca de

20 Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ponto 23.

21 Um acordo tem natureza horizontal quando é concluído entre concorrentes efectivos ou potenciais (Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal, ponto 1).

22 Acordo entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas actividades, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços [artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, de 23.4.2010, e ponto 24 das Orientações relativas às restrições verticais, JO C 291, de 13.10.2000].

23 Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ponto 23. Entende-se por vendas passivas a resposta a pedidos não solicitados, apresentados por clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes. A publicidade de carácter geral ou a promoção que atinge clientes nos territórios ou grupos de clientes (exclusivos) de outros distribuidores, mas que constitui uma forma razoável de atingir clientes fora desses territórios ou grupos de clientes, por exemplo, para atingir clientes no seu próprio território, são consideradas vendas passivas (Orientações relativas às restrições verticais, ponto 51).

24 Acórdão *Archer Daniels Midland*, de 9 de Julho de 2003, Processo T-224/00, considerando 120.

25 Acórdão *JFE Engineering Corp.*, de 25 de Janeiro de 2007, Processos C-403/04 P e C-405/04 P, considerando 47.

26 Acórdãos *Archer Daniels Midland*, de 9 de Julho de 2003, considerando 120, *Beef Industry Development Society Ltd*, considerando 34, e *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 116.

informações entre concorrentes é susceptível de infringir as regras da concorrência quando atenua ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado em causa, tendo por consequência a restrição da concorrência entre empresas [...]”²⁷.

O n.º 1 do artigo 65.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço²⁸ proibia todos os acordos que, no mercado comum, tendessem, directa ou indirectamente, a impedir, restringir ou falsear o jogo normal da concorrência, em particular a (alínea *a*)) fixar ou determinar os preços, a (alínea *b*)) restringir ou controlar a produção, o progresso técnico ou o investimento e a (alínea *c*)) partilhar mercados, produtos, clientes ou fontes de abastecimento.

Esta proibição visava todo e qualquer acordo susceptível de interferir com o funcionamento normal da concorrência, sem que fosse necessário demonstrar, para a verificação de uma infracção, o prejuízo efectivo e concreto causado a esse funcionamento²⁹.

Do mesmo modo, no quadro do n.º 1 do artigo 101.º, “[...] *para ter um objectivo anticoncorrencial, basta que [o acordo] seja susceptível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Por outras palavras, a prática em causa apenas tem de ser concretamente apt[o], atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente só tem importância para calcular o montante das coimas e avaliar os direitos a indemnizações*”³⁰.

27 Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, de 4 de Junho de 2009, considerando 35. A exigência de autonomia no plano comercial opõe-se a quaisquer contactos directos ou indirectos entre operadores económicos susceptíveis quer de influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer de desvendar a esse concorrente o comportamento que se tenha decidido ou que se tenciona seguir no mercado, quando esses contactos tenham por objecto ou como efeito conduzir a condições de concorrência que não corresponderiam às condições normais do mercado em causa, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações fornecidas, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado (cf. Acórdão *BPB plc*, considerando 107). Em razão do acima exposto, a partir do momento em que uma empresa participa, mesmo que não seja activamente, em reuniões que tenham um objectivo anticoncorrencial, não se distanciando publicamente do respectivo conteúdo, leva a que os outros participantes pensem que subscreve o resultado das reuniões e os respeitará, podendo considerar-se provado que participou no acordo que resultou da referida reunião (Acórdão *LR AF 1998 A/S*, de 20 de Março de 2002, Processo T-23/99, considerando 39).

28 O Tratado de Paris, assinado a 18.4.1951, pela Alemanha, França, Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo, tendo entrado em vigor a 23.7.1952, expirou no dia 23.7.2002.

29 Cf. Acórdão *Thyssen Stahl AG*, de 11 de Março de 1999, Processo T-141/94, considerando 272.

30 Cf. Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, considerando 31. Não é necessário que a concorrência seja realmente impedida, restringida ou falseada, nem que exista um nexo directo entre o acordo e os preços cobrados ao consumidor (Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, considerando 43).

2. A dispensa de analisar os efeitos no mercado interno

É manifesto, à luz da experiência adquirida pelos tribunais ao analisar os acordos restritivos pelo objecto, que dos mesmos podem resultar, com elevada probabilidade, efeitos negativos para a concorrência no mercado³¹.

Compreende-se, assim, que, na jurisprudência da União Europeia, os acordos restritivos pelo objecto sejam considerados, por natureza, contrários ao bom funcionamento do mercado e ao livre jogo da concorrência.

Tal como consta das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado: “[a]s restrições de concorrência por objectivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objectivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência pelo objecto tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objectivos das regras comunitárias da concorrência”³².

Tal como decorre do n.º 1 artigo 101.º, em particular da sua formulação disjuntiva no que às restrições da concorrência diz respeito, os acordos com aptidão para distorcer a concorrência são considerados, em si mesmos, incompatíveis com o mercado interno³³.

Este juízo de incompatibilidade com o mercado interno tem o mérito da simplicidade, contribuindo para a segurança jurídica, e permite aos operadores económicos adaptar em conformidade a sua autonomia comercial, o que contribui para uma utilização racional e económica dos recursos das autoridades de concorrência.

31 Cf. Whish, 2009: 117.

32 Ponto 21. Ver, também, as Orientações relativas às restrições verticais, ponto 47.

33 Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott no caso *T-Mobile Netherlands BV*, ponto 45. Com esta qualificação o legislador procurou obstar à produção de efeitos negativos potenciais (conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, Processos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06P, apresentadas a 30 de Junho de 2009, ponto 101).

3. A análise na jurisprudência da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno

Para melhor se compreender a razão de ser da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno, analisemos as justificações avançadas pelos tribunais da União Europeia a este respeito.

No caso subjacente ao Acórdão *Vereeniging van Cementhandelaren*, de 17 de Outubro de 1972, Processo 8/72, a recorrente sustentou que o sistema de preços indicativos tinha sido aplicado apenas a uma fracção pouco importante das transacções e que esses preços indicativos tinham sido, aliás, desrespeitados. Longe de constituírem uma imposição para os aderentes, representavam, na realidade, apenas uma base de cálculo que deixava largamente intacta, para cada um deles, a liberdade de definirem os seus preços segundo os dados de cada mercado³⁴.

A este respeito, o TJ refere que: “[e]fectivamente, não se pode supor que as cláusulas do acordo relativas à determinação dos ‘preços indicativos’ sejam destituídas de todo o alcance útil”. “Com efeito, a fixação de um preço, mesmo unicamente indicativo, afecta a concorrência pelo facto de que permite a todos os participantes proverem, com um grau razoável de certeza, qual a política de preços prosseguida pelos seus concorrentes”³⁵.

No caso subjacente ao Acórdão *Chemie Linz*, de 10 de Março de 1992, Processo T-15/89, a recorrente participou em reuniões que tinham como finalidade o estabelecimento de objectivos em termos de preços e de volumes de vendas³⁶.

Refere o TG a este respeito que: “[a]través da sua participação nestas reuniões, a recorrente tomou parte, com os seus concorrentes, numa acção concertada que teve como objecto influenciar o seu comportamento no mercado e revelar o comportamento que cada produtor pretendia adoptar ele próprio no mercado”³⁷.

E que: “[...] a recorrente não só prosseguiu a finalidade de eliminar antecipadamente a incerteza relativa ao comportamento futuro dos seus concorrentes, mas também necessariamente tomou em conta, directa ou indirectamente, as informações obtidas nessas reuniões para determinar a política que pretendia seguir no mercado. Da mesma forma, os seus concorrentes tomaram necessariamente em conta,

34 Considerandos 15-16.

35 Considerandos 20-21.

36 Considerando 304.

37 Considerando 304, *in fine*.

*directa ou indirectamente, as informações que lhes foram reveladas pela recorrente sobre o comportamento que tinha decidido ou que pretendia ela própria adoptar no mercado, para determinar a política que aqueles pretendiam seguir no mercado*³⁸.

No caso subjacente ao Acórdão *Archer Daniels Midland Co.*, de 27 de Setembro de 2006, tratava-se de um acordo que atribuía quotas de vendas, fixava preços e previa a troca de informações específicas sobre clientes³⁹.

A este respeito, o TG teve a oportunidade de esclarecer que: “[o] *facto de as partes não terem respeitado o seu acordo e de não terem aplicado inteiramente os preços acordados não implica que, ao proceder deste modo, tenham aplicado preços que poderiam ter praticado se o acordo não existisse. Como a Comissão correctamente sublinhou no considerando 219 da decisão, o Tribunal já declarou, no âmbito da apreciação das circunstâncias atenuantes, que uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício [...]. Por outro lado, como a Comissão indicou no considerando 226 da decisão, o acordo permitiu aos seus membros coordenar a evolução dos preços no mercado*”⁴⁰.

No caso *LR AF 1998 A/S*, de 20 de Março de 2002, Processo T-23/99, a recorrente alegou que o simples facto de ter participado em reuniões com objectivos anticoncorrenciais não podia acarretar a sua responsabilização como participante no cartel, dado que havia explicado aos outros participantes, em numerosas ocasiões, que não estava interessada na continuação da cooperação, distanciando-se assim “publicamente” do conteúdo das reuniões. Alegou ainda que essas discussões nunca conduziram a resultados concretos e não tiveram qualquer efeito no mercado⁴¹.

Refere o TG a este respeito que: “[s]egundo jurisprudência assente, a partir do momento em que uma empresa participa, mesmo que não seja activamente, em reuniões entre empresas que tenham um objectivo anticoncorrencial, e que não se distancia publicamente do respectivo conteúdo, levando assim os outros participantes a pensar que subscrevia o resultado das reuniões e os respeitaria, pode ser considerado provado que participa no acordo resultante das referidas reuniões [...]”⁴².

38 Considerando 305.

39 Considerando 15.

40 Considerando 189.

41 Considerando 37.

42 Considerando 39.

Quanto ao argumento de que os acordos em questão não provocaram efeitos no mercado, refere o TJ que “[d]o mesmo modo, o argumento segundo o qual, após o acordo relativo ao aumento dos preços brutos, houve, no mercado, uma forte concorrência que provocou uma descida dos preços é inoperante. Com efeito, para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, quando se revele que este tem por objecto impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum”⁴³.

No que respeita à troca de informação comercialmente sensível, mormente sobre preços, “[...] há que presumir, sem prejuízo da prova em contrário que aos operadores interessados cabe fazer, que as empresas que participam na concertação e que continuam activas no mercado levam em linha de conta as informações que trocaram com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado. Isto é tanto mais certo quanto a concertação ocorra regularmente durante um longo período, como ocorria no caso em apreço, de acordo com o que a Comissão apurou”⁴⁴.

No caso subjacente ao Acórdão *Herlitz AG*, de 14 de Julho de 1994, Processo T-66/92, quanto à cláusula de proibição de exportação, a recorrente alegou que não pretendia, nem exigiu, a inclusão da mesma no contrato, de cuja existência só tomou conhecimento aquando do procedimento na origem do litígio, e que, posteriormente a isso, as partes confirmaram reciprocamente que consideravam a cláusula nula⁴⁵.

A este respeito, o TG considerou que: “[...] o facto de uma cláusula de proibição de exportação, que pela sua própria natureza constitui uma restrição da concorrência, não ter sido aplicada pelo distribuidor não serve de prova de que essa cláusula não tenha produzido efeitos, podendo a sua existência, segundo o acórdão *Miller/Comissão* (já referido, n.º 7), criar um clima ‘óptico e psicológico’ que contribui para a repartição do mercado e, portanto, o facto de uma cláusula que tem como objectivo restringir a concorrência não ter sido aplicada pelos contratantes não basta para a subtrair à proibição do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado [...]”⁴⁶.

Em conclusão, os acordos aptos para distorcer a concorrência são incompatíveis com o mercado interno em razão da limitação ou supressão do grau

43 Acórdão LRAF 1998 A/S, considerando 47.

44 Acórdãos *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 121, *BPB plc*, considerando 109 e *T-Mobile Netherlands BV*, considerando 51.

45 Considerando 37.

46 Considerando 40.

de incerteza quanto à reacção dos rivais, o que influencia, muito provavelmente, o comportamento das empresas neles participantes no sentido de uma maior concertação ou harmonia de interesses, daí resultando uma adulteração das condições normais de concorrência no mercado considerado.

4. A razão de ser da incompatibilidade dos acordos com o mercado interno

As conclusões do juiz B. Vesterdorf, designado Advogado-Geral no caso *Rhône-Poulenc SA*, Processo T-1/89, apresentadas em 10 de Julho de 1991, são particularmente ilustrativas das razões da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno.

Assim: “[por que] *razão a concertação é um elemento de tal forma central que o Tribunal de Justiça considera que resulta do artigo 85.º que ‘qualquer estabelecimento de contacto directo ou indirecto entre tais operadores, que tenha por objectivo ou por efeito, quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial...’ é categoricamente proibido, como o Tribunal de Justiça declarou pela última vez nos referidos processos ‘Açúcar’ e ‘Züchner’? Em minha opinião, é porque tais empresas actuarão seguidamente no mercado, necessariamente e, regra geral, inevitavelmente, tendo em conta aquilo de que tiveram conhecimento e a discussão que teve lugar no âmbito da concertação. As empresas obtiveram informações sobre as reflexões das outras; sabem que as outras empresas dispõem agora de certas informações quanto à sua própria situação e sabem mais ou menos aquilo que se poderá esperar ou, em qualquer caso, se deverá poder esperar da parte das outras na sequência dos contactos que tiveram lugar. Nomeadamente, negociam com os seus clientes e adoptam a sua produção dispondo de um outro acervo de informações e com conhecimento de outros elementos que não teriam se apenas tivessem de confiar na sua própria experiência, no seu conhecimento geral do mercado e na sua percepção concreta deste”.*

“Em consequência, sou da opinião que se pode sustentar que a concertação se traduzirá em princípio, automaticamente, por comportamentos posteriores no mercado que serão determinados pela concertação [...], independentemente da questão de saber se se comportam seguidamente de maneira mais ou menos uniforme no mercado. Em minha opinião, o mesmo sucederá no caso de uma concertação que assuma a forma de uma troca de informações que interessam à concorrência, tais como os preços actuais ou previstos, sem outra coordenação de empresas [...]. Com efeito, em tal caso, as empresas colocam-se igualmente em condições de apreciar com maior certeza a situação do mercado e de agir em consequência. Em qualquer caso, dado que tudo o resto é igual, a troca de informações dá origem ao risco importante

*de as condições de mercado serem diferentes das que existiriam se ela não existisse. É natural que, de uma forma geral, não seja possível em tal caso demonstrar um nexo de causalidade concreta entre a conduta e a concertação*⁴⁷.

5. A aferição da aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto

5.1. Os factores a considerar

Para apreciar se o acordo é proibido pelo seu objecto há que tomar em consideração, designadamente, a natureza dos produtos, a posição e a importância das empresas participantes no acordo no mercado dos produtos em causa, o carácter isolado do acordo em causa ou, ao invés, a sua posição num conjunto de acordos e o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas⁴⁸.

Nos termos das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, para determinar se um acordo tem por objecto restringir a concorrência, toma-se em consideração uma série de factores, em especial, o teor do acordo e os seus objectivos concretos, o contexto em que é (ou irá ser) aplicado e a conduta e o comportamento efectivos das partes no mercado⁴⁹.

47 Colectânea da Jurisprudência, 1991-8/II: 941-942. O intercâmbio, entre concorrentes, de dados individualizados relativos às intenções futuras em matéria de preços ou quantidades deve ser considerado uma restrição da concorrência pelo objecto (Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, ponto 74).

48 Acórdão *Société Technique Minière, Recueil* 1966: 388. Na análise subjacente à aplicabilidade do n.º 1 do artigo 101.º importa ter em conta o quadro concreto em que o acordo é apto a produzir os seus efeitos, nomeadamente o contexto jurídico-económico em que o mesmo se insere e no qual operam as empresas em causa, a natureza dos produtos visados no acordo, assim como as condições reais do funcionamento e a estrutura do mercado (Acórdão *Métropole télévision (M6)*, de 18 de Setembro de 2001, Processo T-112/99, considerando 76). Os contactos entre as empresas podem ter por objecto, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado, o estabelecimento de condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa (Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 117).

49 Ponto 22. As Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal referem, no ponto 25, que: “[...] para apreciar se um acordo tem um objecto anticoncorrencial, deve atender-se ao seu conteúdo, aos objectivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere”.

5.2. Exemplos relativos à importância do contexto jurídico-económico

A determinação da aptidão de um dado acordo para distorcer a concorrência exige um esforço de exegese que atenda ao quadro concreto em que o mesmo se insere.

Por vezes, só o quadro concreto em que o acordo se insere permite descortinar o seu objecto, tal como no caso subjacente ao Acórdão *Vereeniging van Cementhandelaren*, de 17 de Outubro de 1972, Processo 8/72.

Tratava-se de cláusulas que visavam (i) impedir a venda de cimento a comerciantes não membros da associação ou a revendedores por esta aprovados, (ii) prevenir a constituição de estoques de cimento nas mãos de terceiros não submetidos à disciplina da associação, (iii) limitar as vantagens comerciais que pudessem ser concedidas aos compradores e (iv) impedir todas as prestações de serviços à clientela que saíssem do âmbito do que era considerado “normal”.

O exame do conjunto das cláusulas e das regulamentações aplicáveis permitiu concluir que as mesmas constituíam um sistema coerente e rigorosamente organizado, tendo por objecto restringir a concorrência entre os aderentes da associação⁵⁰.

Acordos ou cláusulas contratuais aparentemente inócuos, podem, num determinado contexto, ter um cunho anticoncorrencial.

No Acórdão *L. C. Nungesser KG*, de 8 de Junho de 1982, Processo 258/78, o TJ teve a oportunidade de referir que “[...] *un droit de propriété industrielle ou commerciale, en tant que statut légal, échappe aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par l'article 85, paragraphe 1, du traité, mais que son exercice peut tomber sous les prohibitions du traité s'il apparait comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente*”⁵¹.

Com efeito, as restrições anticoncorrenciais pelo objecto não se reduzem às restrições mais óbvias, ou seja, àquelas que, à luz dos dados da experiência, se revelam tipicamente ou por norma anticoncorrenciais, tais como as restrições excluídas do benefício da isenção por categoria⁵².

Tal como referem as Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, a forma como um acordo é efectivamente aplicado pode

⁵⁰ Considerandos 22-25.

⁵¹ Considerando 28. Cf. Acórdão *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH*, de 8 de Junho de 1971, Processo 78/70, considerando 13.

⁵² Conseil de la concurrence, 2003: 62.

revelar que o seu objecto é restritivo da concorrência, ainda que o acordo formal não contenha qualquer disposição expressa nesse sentido⁵³.

5.3. A refutação de uma análise formal

Para ser proibido por força do disposto no n.º 1 do artigo 101.º, por incompatibilidade com o mercado interno, um acordo entre empresas deve preencher vários requisitos, dependentes menos da sua natureza jurídica do que das suas relações com o comércio entre os Estados-membros, por um lado, e com a concorrência, por outro.

O referido preceito não pode ser interpretado como introduzindo qualquer juízo prévio em relação a uma categoria de acordos⁵⁴.

Mesmo as restrições mais óbvias não podem deixar de ser analisadas em função do respectivo contexto jurídico-económico.

Não se trata, por conseguinte, em caso algum, de um exame meramente formal, com base numa lista exaustiva de práticas proibidas⁵⁵.

A refutação de uma análise apriorística, de mera catalogação em função das características formais do acordo, está bem patente no Acórdão *Van den Bergh Foods Ltd*, de 23 de Outubro de 2003, Processo T-65/98: “[d]aqui resulta que, contrariamente ao que sustenta a HB, as restrições contratuais impostas aos retalhistas devem ser examinadas não apenas de modo puramente formal, do ponto de vista jurídico, mas ainda tendo em conta o contexto económico específico em que os acordos em causa se inscrevem, incluindo as especificidades do mercado de referência que possam, na prática, reforçar tais restrições e assim falsear o jogo da concorrência nesse mercado, em violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado”⁵⁶.

53 Ponto 22.

54 Acórdão *Société Technique Minière (LTM)*, *Recueil* 1966: 386.

55 Não há, com efeito, uma lista fechada de restrições evidentes à concorrência. A numeração do artigo 101.º é exemplificativa (conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, Processo C-209/07, apresentadas em 4 de Setembro de 2008, ponto 46). Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ponto 23. Esta análise não se limita a aspectos de puro automatismo ou de mera apreensão formal, conquanto algumas restrições da concorrência possam justificar uma análise mais sumária ou sucinta ao respectivo contexto jurídico-económico (Morais, 2009: 40).

56 Considerando 84.

A qualificação como acordo restritivo pelo objecto não pode estar exclusivamente fundada no que à primeira vista se pode reconhecer, mas numa análise mais detalhada às circunstâncias e vontade das partes⁵⁷.

5.4. Das dúvidas quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto

5.4.1. Exemplos de restrições sem aptidão para distorcer a concorrência

Tal como já foi referido, é à luz do contexto jurídico-económico que a aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto é determinada.

Mesmo as restrições mais graves podem, em situações excepcionais, ser objectivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares, caso em que não serão abrangidas pelo disposto no n.º 1 do artigo 101.º.

Assim, a restrição grave pode ser necessária para assegurar o respeito de uma proibição pública de venda de substâncias perigosas a determinados clientes por razões de segurança ou saúde⁵⁸.

A restrição da liberdade de iniciativa, aparentemente grave no plano formal, pode não ter aptidão para distorcer a concorrência, porque, por exemplo, as partes não concorrem entre si ou entre elas não existe uma concorrência significativa⁵⁹.

Pode acontecer, ainda, que a restrição, aparentemente grave no plano formal, tenha por objecto facilitar a entrada de um novo concorrente no mercado⁶⁰.

Assim, “[...] *quando são necessários investimentos substanciais por parte do distribuidor para lançar e/ou desenvolver o novo mercado, as restrições impostas às vendas passivas de outros distribuidores nesse território ou a esse grupo de clientes, necessárias para que o distribuidor recupere tais investimentos, não são, na generalidade, abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 101.º durante os primeiros dois anos em que esse distribuidor vende os produtos ou serviços contratuais*

57 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 45.

58 Orientações relativas às restrições verticais, ponto 60.

59 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 50.

60 *Idem*, ponto 51.

*nesse território ou a esse grupo de clientes, não obstante a presunção de que este tipo de restrições graves é, em geral, abrangido por esta disposição*⁶¹.

Um acordo incorporando cláusulas tidas como restritivas pode ter um objecto pró-concorrencial, surgindo aquelas como restrições acessórias estritamente necessárias à realização deste⁶².

Se os elementos fundamentais de um acordo não têm por objecto distorcer a concorrência, as restrições que estão directamente relacionadas e que são necessárias à realização dessa operação principal também não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 101.^º⁶³.

No Acórdão *J. C. J. Wouters*, de 19 de Fevereiro de 2002, Processo C-309/99, estava em causa uma regulamentação nacional proibindo a colaboração integrada entre os advogados e os revisores de contas, a qual poderia ser considerada de natureza a limitar a produção e o desenvolvimento técnico na acepção da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 101.^º.

Refere o TJ que, para a aplicação do n.º 1 do artigo 101.^º a um caso concreto, há, antes de mais, que atender ao contexto global em que o acordo foi celebrado ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade que garantam integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e contribuam para a boa administração da justiça.

Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí possam resultar são inerentes à prossecução dos referidos objectivos (restrições acessórias a um escopo pró-concorrencial).

A este respeito, interessou tomar em consideração o quadro jurídico aplicável aos advogados e aos revisores de contas holandeses.

Atendendo ao conjunto de considerações que precede, a regulamentação nacional em causa foi tida como não violadora do n.º 1 do artigo 101.^º, na

61 Orientações relativas às restrições verticais, ponto 61.

62 Acórdão *Beef Industry Development Society Ltd*, considerando 50-52, e Acórdão *Métropole télévision (M6)*, considerando 104.

63 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, pontos 50-52. Uma restrição está directamente relacionada com a operação principal se depender da realização dessa operação e a ela estiver indissociavelmente ligada. A condição da necessidade implica que a restrição deve ser objectivamente necessária para a realização da operação principal e ser proporcional a essa operação. No entanto, o critério das restrições acessórias aplica-se em todos os casos em que a operação principal não restringe a concorrência, não se limitando à determinação do impacto do acordo na concorrência intramarca (Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.^º do Tratado, ponto 29).

medida em que a mesma, apesar dos efeitos restritivos que lhe eram inerentes, era razoavelmente necessária para assegurar o bom exercício da profissão de advogado, nos moldes em que esta actividade estava regulada no Estado-membro em causa⁶⁴.

5.4.2. O ónus da prova quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência

A consideração dos elementos do contexto jurídico-económico susceptíveis de gerar dúvidas sobre a aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto ocorre exclusivamente no quadro no n.º 1 do artigo 101.^o⁶⁵.

Os elementos do contexto jurídico-económico que não sejam de natureza a gerar dúvidas sobre a aptidão do acordo para distorcer a concorrência, mas que possam ser considerados no sentido da compatibilidade do mesmo com o mercado interno, tal como a melhoria da produção graças às economias de escala, não relevam no quadro do n.º 1 do artigo 101.^o, mas no do n.º 3 do artigo 101.^o⁶⁶.

Nos processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos 101.^o e 102.^o, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 101.^o ou do artigo 102.^o incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação.

À empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do disposto no n.º 3 do artigo 101.^o incumbe o ónus da prova quanto ao preenchimento das condições nele previstas⁶⁷.

A Comissão deve produzir prova suficientemente precisa e consistente de que foi cometida uma infracção. Um conjunto de indícios, apreciado globalmente, pode preencher esse requisito⁶⁸.

Tratando-se de acordos com um objecto anticoncorrencial, “[...] a Comissão tem de, designadamente, provar que a empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objectivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspec-

64 Considerando 110.

65 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 48.

66 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 53.

67 Artigo 2.^o do Regulamento n.º 1/2003.

68 Acórdão *JFE Engineering Corp.*, considerando 42.

*tivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objectivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco*⁶⁹.

Há, assim, que considerar a participação da empresa, pelo seu próprio comportamento, na infracção, a contribuição que pretendia dar para a realização da mesma e o conhecimento que tinha dos comportamentos em perspectiva ou postos em prática por outras empresas⁷⁰.

*“Em seguida, as empresas em causa estão em condições de exercer os seus direitos de defesa tanto no que respeita ao fundamento relativo à sua participação material na infracção, como relativamente aos comportamentos materiais de que são acusadas outras empresas, mas que integram a mesma infracção. No caso de acordos com um objecto anticoncorrencial, também podem exercer esses direitos no que respeita à existência de um objectivo comum, à sua intenção de contribuir para a infracção no seu conjunto através do seu próprio comportamento e ao conhecimento dos comportamentos dos outros participantes ou à sua previsibilidade e à aceitação do risco correspondente*⁷¹.

*“Por último, o facto de uma empresa não ter participado em todos os elementos constitutivos de um acordo ou ter desempenhado um papel secundário nas partes em que participou deve ser tomado em consideração aquando da apreciação da gravidade da infracção e, eventualmente, da determinação da multa*⁷².

No caso subjacente ao Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, a empresa visada alegou que o TG havia cometido um erro de direito ao considerar que, uma vez provada a sua participação nas reuniões periódicas dos produtores de polipropileno, ela não podia afirmar não ter subscrito as iniciativas de preços que aí tinham sido decididas, organizadas e controladas, mais alegando não haver outros indícios capazes de corroborar essa afirmação.

Esta asserção equivale, segundo a empresa visada, a uma manifesta inversão do ónus da prova e a atribuir à sua presença nas reuniões o valor de prova absoluta, desonerando a Comissão da tarefa de procurar confirmação do acordo no comportamento da empresa⁷³.

69 Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 87.

70 *Idem*, considerando 88.

71 *Idem*, considerando 89.

72 *Idem*, considerando 90.

73 *Idem*, considerando 93.

Nos considerados 112 e 113 do Acórdão recorrido, refere ainda a empresa visada, o próprio TG pôs em relevo a falta de documentos capazes de provar a sua adesão às iniciativas de preços e a inexistência de qualquer correspondência entre o seu comportamento no mercado e o que supostamente tinha sido acordado entre os produtores nas referidas reuniões.

Nestas condições, conclui a empresa visada, da sua presença nas reuniões não era possível deduzir automaticamente a sua participação nas iniciativas de preços que aí foram debatidas⁷⁴.

A este respeito, o TJ considerou que “[...] *importa sublinhar, por um lado, que o [TG] podia considerar, sem proceder a uma inversão indevida do ónus da prova, que, desde que a Comissão provasse que a Anic participou em reuniões em que foram decididas, organizadas e controladas iniciativas de preços, era a esta última que incumbia provar que não subscrevera essas iniciativas*”⁷⁵.

De referir, nesta sede, que, nos termos do Acórdão *Aalborg Portland*, de 7 de Janeiro de 2004, Processos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, os elementos factuais invocados por uma das partes podem ser de natureza a obrigar a contraparte a fornecer uma explicação ou justificação convincente, na falta da qual se pode concluir o facto provado⁷⁶.

Demonstrando a Comissão que dada empresa participou em reuniões com um objecto anticoncorrencial, é à empresa visada que cabe avançar com indícios de natureza a estabelecer que a sua participação nas referidas reuniões esteve desprovida de qualquer objectivo anticoncorrencial (por exemplo, ao informar os seus concorrentes que a sua participação nas reuniões tinha um outro propósito).

Ao participar numa reunião com um objecto anticoncorrencial sem se distanciar publicamente do seu conteúdo, a empresa dá a entender aos outros participantes que subscreve e se conforma com o mesmo⁷⁷.

Assim sendo, e retomando a jurisprudência *Anic Partecipazioni Spa*, os argumentos da empresa visada destinados a demonstrar que o seu comportamento no mercado tinha sido independente das iniciativas de preços são

74 *Idem*, considerando 94.

75 *Idem*, considerando 96.

76 Considerando 79.

77 Considerandos 81-82.

irrelevantes, visto tratar-se de um acordo por natureza incompatível com o mercado interno na acepção do n.º 1 do artigo 101.^{o78}.

CONCLUSÕES

Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia atrás exposta, podemos concluir, quanto às infracções pelo objecto do n.º 1 do artigo 101.^o, o seguinte:

Os acordos restritivos pelo objecto são aqueles que têm aptidão para impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Esta aptidão só é descortinável em função do contexto jurídico-económico do acordo, mormente em razão da natureza dos produtos ou serviços em causa, da posição e importância das partes e da forma como o acordo é executado.

Uma vez apurada a aptidão para limitar, restringir ou falsear a concorrência, o acordo é considerado incompatível, em si mesmo, com o mercado interno.

Os acordos aptos para distorcer a concorrência são incompatíveis com o mercado interno em razão da limitação ou supressão do grau de incerteza quanto à reacção dos rivais, o que influencia, muito provavelmente, o comportamento das empresas neles participantes no sentido de uma maior concertação ou harmonia de interesses, daí resultando uma adulteração das condições normais de concorrência no mercado considerado

A análise à aptidão do acordo para distorcer a concorrência não se traduz num exame meramente formal.

A restrição da liberdade de iniciativa, aparentemente grave no plano formal, pode ter um objecto pró-concorrencial. As restrições que estão directamente relacionadas e são necessárias à realização desse objecto principal não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 101.^o.

Quanto ao ónus da prova da aptidão do acordo para distorcer a concorrência, a Comissão tem de, designadamente, provar que a empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objectivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspectivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objectivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco.

78 Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 97.

Não obstante o acima exposto, os elementos factuais invocados por uma das partes podem ser de natureza a obrigar a contraparte a fornecer uma explicação ou justificação convincente, na falta da qual se pode concluir o facto provado.

Demonstrando a Comissão que dada empresa participou em reuniões com um objecto anticoncorrencial, é à empresa visada que cabe avançar com indícios de natureza a estabelecer que a sua participação nas reuniões esteve desprovida de qualquer objectivo anticoncorrencial.

Ao participar numa reunião com um objecto anticoncorrencial sem se distanciar publicamente do seu conteúdo, a empresa dá a entender aos outros participantes que subscreve e se conforma com o mesmo, o que choca frontalmente com o princípio subjacente às regras de defesa da concorrência, segundo o qual os operadores económicos devem definir a sua política comercial de forma autónoma.

BIBLIOGRAFIA

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

2003 “Études thématiques – Object, effect et intention anticoncurrentiels”, *Rapport d’Activité pour 2003*, pp. 55-78.

FERREIRA, João Pateira

2010 “Comentário de jurisprudência da União Europeia – Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção), no processo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e o. C. Raad Van Bestuur Van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 2, Abril-Junho, pp. 355-370.

KINDHÄUSER, Urs

2009 “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, pp. 2-19.

KONKURRENSVERKET (Swedish Competition Authority)

2009 *Object contra effect in swedish and european competition law*, Stockholm: Konkurrensverket.

LOOZEN, Edith

2010 “The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all [T-Mobile Netherlands (C-08/08)]”, *European Competition Law Review*, n.º 4, pp. 146-150.

MONIZ, Helena

2003 “Aspectos do resultado no Direito Penal”, in AA.VV. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Costa Andrade, Manuel, e os.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 541-570.

MORAIS, Luís D. S.

2009 *Os conceitos de objecto e efeitos restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra: Almedina.

2009^a *Direito da concorrência – perspectivas do seu ensino*, Coimbra: Almedina.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

PARRET, Laura

2008 “Sense and nonsense of rules on proof in cartel cases: how to reconcile a more economic-based approach to competition law with more attention for rules on proof?”, *European Competition Journal*, vol. 4, n.º 1, pp. 169-199.

PEREIRA, Miguel Mendes

2009 *Lei da concorrência anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

ROBERTSON, Beverley

2007 “What is a restriction of competition? The implications of the CFI’s Judgment in 02 Germany and the rule of reason”, *European Competition Law Review*, n.º 4, pp. 252-263.

SCORDAMAGLIA, Andreas

2010 “Cartel proof, imputation and sanctioning in european competition law: reconciling effective enforcement and adequate protection of procedural guarantees”, *The Competition Law Review*, vol. 7, n.º 1, pp. 5-52.

WHISH, Richard

2009 *Competition Law*, 6.^a ed., Oxford: Oxford University Press.