

O ENQUADRAMENTO DA FIGURA HUB-AND-SPOKE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E DOS TRIBUNAIS BRITÂNICOS

João Miranda Poças*

ABSTRACT *This paper is focused on the concept of hub-and-spoke. It explains the relationship between this illegal antitrust practice under vertical and horizontal commercial relations among different market operators. Special emphasis is given to the CJEU and the UK Courts' jurisprudence. Furthermore, an analysis is carried out on whether the hub-and-spoke concept and its singularities can be dealt with according to the traditional trends of the CJEU jurisprudence already available in contrast to UK Courts' precedents.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Noção de hub-and-spoke. 3. Relações entre o hub e os spokes 4. A análise do hub-and-spoke à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. 5. A jurisprudência no Reino Unido. 6. Análise crítica da figura hub-and-spoke à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos Tribunais Britânicos. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do presente trabalho propomo-nos elaborar uma análise da figura do *hub-and-spoke*¹, a qual tem atraído em especial a atenção da doutrina². Isto deve-se não só à importância da figura em si, a qual se destaca entre as

* O presente trabalho corresponde ao relatório apresentado para conclusão do XII Curso de Pós-Graduação em Concorrência e Regulação 2017/2018 lecionado no Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDEFF).

1 A figura também é denominada como “cartel ABC”, ver Levy & Patel, 2010. Veja-se a explicação empírica de Smith (1999: 280) sobre a formação de um cartel: “*é raro que pessoas que exercem a mesma atividade se encontrem, mesmo numa festa ou diversão, sem que a conversa acabe numa conspiração contra o público, ou numa maquinação para elevar os preços*” (itálicos nossos).

2 Ver Petit, 2018. Trata-se de uma área em desenvolvimento, que tem atraído a atenção das autoridades da concorrência, ver Cuff, 2018.

novas formas de conluio entre empresas, mas também aos seus traços sibilinos, muito devido à inexistência de decisões nas instâncias jurisdicionais da União Europeia que diretamente a analisem.

Assim, em primeiro lugar, parece-nos importante procurar explicar a figura do *hub-and-spoke* e a forma como a mesma se materializa na relação entre empresas no âmbito do Direito da Concorrência. Nesta sede, tentaremos avançar com uma noção.

Em segundo lugar, não poderíamos deixar de analisar a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia, procurando enquadrar a figura *hub-and-spoke* no seu seio.

Em terceiro lugar, afigura-se relevante analisar a jurisprudência britânica, pois tem sido aquela que se tem debruçado diretamente sobre o tema. Neste ponto, procuraremos perceber de que modo os Tribunais britânicos se debruçaram sobre a figura *hub-and-spoke* e, dessa forma, entender o seu enquadramento no âmbito do Direito da Concorrência.

Em quarto lugar, iremos comparar os critérios encontrados na jurisprudência da União Europeia, com os critérios avançados pela jurisprudência britânica. Procuraremos perceber a compatibilidade entre ambos e apresentaremos a nossa análise crítica.

2. NOÇÃO DE HUB-AND-SPOKE

O termo anglo-saxónico *hub-and-spoke*³ denomina a relação que se estabelece entre, pelo menos, três empresas⁴, em que uma delas atua como

3 A expressão *hub-and-spoke* foi importada do Direito Criminal para o Direito da Concorrência, em particular, da descrição da “prohibition of conspiracy” (*wheel conspiracy*). O Supremo Tribunal dos EUA estabeleceu os requisitos da *wheel conspiracy* no caso *Kotteakos em 1946*. Neste aresto, decidiu-se sobre a relação estabelecida entre um *broker* e os seus clientes. Simon Brown, *broker*, obtinha empréstimos bancários para reabilitação das habitações em representação dos seus clientes. Apesar de os empréstimos poderem ser apenas obtidos tendo em vista determinados propósitos, o *broker* e os seus clientes apresentaram falsas declarações, para obter esses empréstimos para outros fins que não os permitidos. A relação do *broker* com cada cliente era bilateral. A única ligação que existia entre os clientes era proveniente do facto de o *broker* ter atuado em sua representação para obter os empréstimos. O Supremo Tribunal dos EUA condenou o *broker* e todos os clientes envolvidos como uma “single conspiracy”. Assim, fala-se de “*wheel conspiracy*” quando “*one central figure, the hub, conspires with several other spokes. The question is whether there is a rim to bind all the spokes together in a single conspiracy. A rim is found only where there is a proof that the spoker were aware of one another’s existence and that all promoted the furtherance of [a common] objective*”. Ver Odudo, 2011: 237. Quanto à importância do “*rim*” numa segunda fase de análise do *hub-and-spoke* (*i.e.* a relação entre os *spokes*), ver McCabe, 2012: 452. Nas orientações da Comissão Europeia sobre acordos de cooperação horizontal, parece-nos que se faz alusão à figura de forma indireta, quando se refere, em relação ao intercâmbio de informação, que “os dados podem ser partilhados indiretamente através de uma agência comum (por exemplo, associação do sector) ou de um *terceiro*, como uma organização de estudo de

intermediário na partilha de informação concorrencial sensível entre concorrentes⁵. Imagine-se uma roda de uma bicicleta em que B representaria o eixo central e A e C os raios. Neste exemplo, A e C representariam os *spokes*⁶ e B o *hub*⁷, encontrando-se o último no centro. Isto significa que A e C estariam no mesmo mercado do produto relevante, enquanto o B se encontraria num outro estúdio (a montante ou a jusante)⁸. Trata-se de um tipo de relação que poderá ocorrer com mais frequência quando pelo menos um dos mercados (a montante ou a jusante) é concentrado⁹ ou uma das partes possui um elevado poder de negociação¹⁰. Assim, parece resultar claro que a característica que individualiza a figura aos olhos do leitor é a existência de um *hub*¹¹. Todavia, não basta apenas existir um *hub*, sob pena de estarmos perante meras relações verticais¹². Pelo contrário, é necessário, por meio do *hub*, que se estabeleçam relações entre os *spokes* de natureza horizontal¹³. Tomando o exemplo da bicicleta, no fundo trata-se de constatar a existência do aro da roda (o “*rim*”)¹⁴.

mercado, ou *através dos fornecedores da empresa ou ainda dos retalhistas*” (itálicos nossos), ver Comissão Europeia, 2011, par. 55.

4 Recordamos que a noção de empresa no âmbito do Direito da Concorrência abrange “qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento”, ver Acórdão de 23 de abril de 1991, Höfner and Elser/Macrotron, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, par. 21; Wijckmans, Tuyschaever & Vandereelst, 2006: 73.

5 Ver McCabe, 2012: 452. O n.º1 do artigo 101.º do TFUE não prevê expressamente o *hub-and-spoke*. Por outro lado, até à data em que elaborámos este trabalho, não conseguimos encontrar qualquer decisão na jurisprudência dos Tribunais da UE. Ver Vereecken, 2015; Levy & Patel, 2010: 2. Como veremos mais à frente, esta figura distancia-se do “*facilitator*”, uma vez que o último não está presente no mercado relevante, nem sequer nos mercados relacionados. Ver nota 114.

6 “One of the thin bars or rods that connect the centre of a wheel to its outer edge, for example on a bicycle”, ver Hornby, 2002: 1248.

7 “The central part of a wheel”, ver Hornby, 2002: 634.

8 Ver Levy & Patel, 2010: 2.

9 Ver Overd, 2011: 248.

10 Ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 7.

11 Ver Odudo, 2011: 237.

12 Ver Orbach, 2016: 3.

13 Ver Odudo, 2011: 237; Orbach, 2016: 3.

14 Ver Odudo, 2011:237; Orbach, 2016: 3.

3. RELAÇÕES ENTRE O HUB E OS SPOKES

Entre o *hub* e os *spokes* estabelecem-se relações. Esta fase é importante não só para completar o entendimento sobre a figura, mas também para perceber quais as consequências legais resultantes da aplicação das normas do Direito da Concorrência. Todavia, em nosso entender, é aqui que reside a primeira questão controversa. Se, por um lado, nos parece claro poder afirmar-se que entre o *hub* e os vários *spokes* se estabelecem relações verticais independentes, por outro lado, parece-nos, contudo, que não é possível caracterizar sempre, com a mesma segurança, a relação existente entre os vários *spokes* como sendo uma relação puramente horizontal¹⁵. Através de uma primeira análise da relação estabelecida entre A – B – C, parece-nos claro que não existe qualquer ligação direta (*i.e.* do ponto de vista formal) entre o A e o C, que nos permita afirmar, sem margem para dúvidas, que as relações estabelecidas, por via do B, são apenas de natureza horizontal, com exclusão dos aspetos verticais. Este aspeto é deveras importante, pois da sua caracterização dependerá, em boa medida, a aplicação das normas concorrenciais aos sujeitos envolvidos, nomeadamente, pela aplicação de um maior ou menor número de restrições pelo objeto¹⁶, da possibilidade de aplicação do regulamento de isenção previsto para determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas¹⁷ e dos limites previstos na Comunicação *De Minimis*, que variam consoante o tipo de relação que esteja em causa¹⁸. Assim, podemos desde já avançar que não somos partidários da caracterização da figura *hub-and-spoke* como sendo sempre de natureza horizontal, em prejuízo das especificidades das relações verticais estabelecidas A – B e B – C (que podem apresentar alguma complexidade) e dos elementos subjetivos existentes (*i.e.* a intenção das partes envolvidas). Para tanto, será necessário procurar respostas quer na jurisprudência britânica quer na jurisprudência das instâncias jurisdicionais

15 Para alguns autores, o *hub-and-spoke* deve ser caracterizado como um acordo horizontal (ver Vereecken, 2015: 28). Para outros, do ponto de vista económico, não resulta claro classificar sempre o *hub-and-spoke* como um conjunto de acordos verticais com efeitos horizontais ou, principalmente horizontais, mas com o envolvimento de um fornecedor (ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 1); Jones & Sufrin (2017: 152) consideram que se tratam de acordos com elementos verticais e horizontais.

16 Ver Comissão Europeia, 2011.

17 Ver Regulamento (EU) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 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.

18 Ver Comissão Europeia, 2014: par. 1-4. A aplicação dos limiares de quotas previstos nesta comunicação varia consoante a natureza da relação.

da UE, sem olvidar, sempre que possível, o contributo de alguns exemplos existentes noutros países.

4. A ANÁLISE DO *HUB-AND-SPOKE* À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Até à data em que elaborámos o presente trabalho não encontrámos decisões judiciais, nos órgãos jurisdicionais da União Europeia, que analisassem diretamente a figura *hub-and-spoke*¹⁹. Assim, somos do entendimento que qualquer estudo da figura tem que, necessariamente, passar pela análise do conceito prática concertada e da sua construção, ao longo dos anos, pelo Tribunal de Justiça²⁰, sem olvidar outros casos que, embora não estando diretamente relacionados com o conceito, nos permitem obter uma maior compreensão da figura *hub-and-spoke*. Cumpre tentar perceber se, de facto, nos encontramos num vazio legal, que obriga o Tribunal de Justiça a pronunciar-se radicalmente sobre a questão assim que lhe seja dada oportunidade ou se, de facto, já existe uma corrente jurisprudencial europeia com respostas sólidas ou, pelo menos, satisfatórias, que cumpre ao intérprete desvendar.

O termo prática concertada está previsto no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). O Tribunal de Justiça lidou pela primeira vez com o conceito no acórdão *ICP*²¹, onde foi desenvolvido em contraste com o conceito de acordo. Apesar de uma prática concertada não possuir todos os elementos de um acordo, na verdade ela traduz a existência de uma coordenação aparente resultante do comportamento das partes envolvidas²². O Tribunal focou-se ainda na necessidade de

19 Ao contrário, como veremos mais à frente, das instâncias britânicas que já se pronunciaram sobre a mesma.

20 Ver Marchisio, 2017: 555; Jones & Sufrin, 2017: 153 ss. Apesar de o conceito de acordo também possuir importância na análise de um caso de *hub-and-spoke*, para efeito do presente trabalho concentrar-nos-emos no conceito de prática concertada, tendo em conta o seu maior alcance na análise da figura *hub-and-spoke*. Em todo o caso, pretendemos salvaguardar que poderão ser feitas referências ao conceito de *acordo* em sentido estrito, ao longo do trabalho, com o propósito didático de melhor compreender a figura *hub-and-spoke*. Quanto ao maior alcance da noção de prática concertada, ver Comissão Europeia, 2011: par. 60, onde se diz que “[...] a noção de prática concertada refere-se a uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até ao estágio da celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cienteiramente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas”; acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, par. 26.

21 Ver acórdão de 14 de julho de 1972, Imperial Chemical Industries (ICI) Ltd, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, par. 64-68; Marchisio, 2017: 556.

22 Ver acórdão 14 de julho de 1972, Imperial Chemical Industries (ICI) Ltd, supra, par. 65.

se demonstrar a existência de uma conduta paralela. Apesar de não constituir, em si mesma, uma prova da existência de uma prática concertada, para o Tribunal ela constitui um forte indício dessa prática, desde que conduza a condições concorrenciais que não correspondam às condições normais de funcionamento do mercado, tendo em conta o seu volume, a natureza dos produtos e o tamanho e número dos operadores económicos²³. Há, assim, uma necessidade de relação causa-efeito²⁴. Esta posição do Tribunal de Justiça foi objeto de críticas na época, tendo em conta o efeito que poderia ter em mercados caracterizados pela existência de oligopólios, podendo abranger reações racionais (unilaterais) das empresas presentes nesses mercados, por motivos simplesmente relacionados com estratégias comerciais²⁵.

No acórdão *Suiker Unie* (1975)²⁶, o Tribunal de Justiça decidiu que cada operador económico deve *determinar a sua política comercial de forma independente*²⁷. Em todo o caso, cumpre sublinhar que o Tribunal entendeu que esta limitação não era impeditiva de os operadores económicos se adaptarem inteligentemente à conduta atual ou antecipada dos seus concorrentes²⁸. O que resulta claro da decisão do Tribunal é a proibição de *qualquer tipo de contacto direto ou indireto entre operadores, cujo objeto ou efeito seja exercer influência sobre a conduta de mercado de um atual ou potencial concorrente, ou revelar a esse concorrente o teor de uma determinada conduta que o primeiro adotou ou pretende vir a adotar no mercado*²⁹. No fundo, conforme resulta da decisão, o Tribunal preocupou-se com a remoção de incerteza quanto à futura conduta dos concorrentes no mercado em questão³⁰.

23 Idem, par. 66.

24 Ver Marchisio, 2017: 556; acórdão de 8 de julho de 1999, Anic Participazioni SpA, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, par. 118 e 121; acórdão de 8 de julho de 1999, Hüls AG, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, par. 161; acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food Company Inc., C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, par. 126.

25 Ver Marchisio, 2017: 556.

26 Ver acórdão de 16 de dezembro de 1975, Suiker Unie, C-40/73, ECLI:EU:C:1975:174.

27 Idem, par. 173.

28 Idem, par. 174.

29 Idem, par. 174.

30 Idem, par. 175. Marchisio (2017: 557) fala no desenvolvimento pela jurisprudência do conceito de *indícios endógenos* (indícios que dizem respeito à conduta em si mesma) por oposição a *indícios exógenos* (indícios que extravasam a conduta e respeitam a eventos externos). Os primeiros, presentes nas primeiras decisões judiciais, têm como função aferir se o paralelismo de conduta no respetivo mercado relevante pode ser explicado ou se a coordenação pode ser justificada com a prossecução de objetivos legais. O impacto da troca de informações num mercado oligopolista fortemente concentrado é mais evidente, veja-se o acórdão de 28 de maio de 1998, John Deere Ltd, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, par. 88 ss, nos termos do qual se

No acórdão *Hüls* (1999)³¹ discutiu-se a decisão da Comissão Europeia (conhecida como *decisão polipropileno*) em que foi condenado um conjunto de empresas que operavam no mercado do polipropileno. Nessa decisão alegou-se que as empresas em questão tinham fixado, com regularidade, objetivos de preços, elaborado um sistema de controlo anual de vendas, para repartição do mercado com base em quantidades e percentagens acordadas. A Hüls AG era uma dessas empresas. Para o Tribunal de Justiça, bastava à Comissão Europeia provar que a empresa em questão tinha participado em reuniões entre empresas de natureza manifestamente anti-concorrencial, para que houvesse uma inversão do ónus da prova. A partir desse momento, seria a empresa visada que teria de demonstrar que a sua participação se tinha verificado sem qualquer espírito anti-concorrencial³². Importa referir que a Comissão Europeia utilizou a resposta da Imperial Chemical Industries plc ao pedido de informações como único elemento de prova da participação da Hüls AG nas reuniões.

No acórdão *Anic* (1999)³³ (ainda no âmbito da *decisão propileno*), o Tribunal de Justiça estabeleceu a presunção segundo a qual as “empresas que participam na concertação e que continuam ativas no mercado levam em linha de conta as informações que trocaram com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado”³⁴. Esta presunção ilidível veio modificar por completo a abordagem das práticas concertadas. A tónica deixou

declarou que num mercado, com estas características, “a troca de informações é suscetível de permitir às empresas conhecer as posições no mercado e a estratégia comercial dos seus concorrentes e, deste modo, alterar sensivelmente a concorrência existente entre os operadores económicos”. Sem prejuízo, o Tribunal de Justiça fez questão de esclarecer que se a oferta estiver atomizada, a difusão e troca de informações entre concorrentes podem ser neutras, ou mesmo positivas, para a natureza competitiva do mercado (ver acórdão de 23 de novembro de 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, par. 58). Todavia, o Tribunal de Justiça precisou que um sistema de troca de informações pode constituir uma violação as normas da concorrência, mesmo quando o mercado em causa não é um mercado oligopolístico fortemente concentrado (ver acórdão de 2 de outubro de 2003, *Thyssen Stahl AG*, C-194/99 P, ECLI:EU:C:2003:527, par. 86).

31 Ver acórdão de 8 de julho de 1999, *Hüls AG*, supra nota 24. Ainda sobre a “decisão propileno”, ver acórdão de 8 de julho de 1999, *Montecatini SpA*, C-235/92 P, ECLI:EU:C:1999:362.

32 Marchisio (2017: 558) qualifica como *exógenos* os indícios que não partem do paralelismo de condutas, mas da prova de concertação (*i.e.* elementos que demonstrem contactos diretos ou indiretos entre operadores, tais como reuniões, troca de correspondência, entre outros). Se os indícios exógenos forem encontrados, como por exemplo, através da existência de contactos, parece que a Autoridade da Concorrência poderá presumir que tais contactos foram tidos em conta, competindo ao visado provar que o objeto de tais contactos não foi anticoncorrencial.

33 Ver acórdão *Anic Participazioni SpA*, supra nota 24; Marchisio, 2017: 558.

34 Ver acórdão *Anic Participazioni SpA*, supra nota 24, par. 121.

de estar na procura de condutas paralelas. Ao invés, o importante passou a ser a procura de partilha de informação estratégica, entre empresas, capaz de reduzir a incerteza no seu comportamento³⁵. Em relação aos acordos e práticas concertadas com um objeto anticoncorrencial, o Tribunal de Justiça afirmou ainda que compete à Comissão Europeia, designadamente, “*provar que a empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco*” (itálicos nossos)³⁶ – a chamada “Presunção Anic³⁷”. A fundamentação do Tribunal é clara ao excluir a intenção como requisito necessário para se provar a existência de uma prática concertada.

No acórdão *Aalborg Portland A/S* (2004)³⁸, o Tribunal de Justiça procedeu à análise da “decisão cimento” na qual a Comissão Europeia concluiu pela existência de um cartel e procedeu à aplicação de coimas a um conjunto de empresas e associações com atividade no setor do mercado do cimento cinzento, por violação do artigo 81.º, n.º1, do Tratado da Comunidade Europeia (“TCE”) (atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE). Esta decisão foi, no essencial, confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância. Em termos gerais, estava em causa um conjunto de práticas concertadas com base em troca de informações em matéria de preços; o estado da oferta e da procura nos países terceiros importadores e nos mercados nacionais; a adoção de medidas persuasivas e dissuasivas contra produtores que ameaçavam a estabilidade dos mercados, assim como a adoção de medidas destinadas a impedir e/ou reduzir as importações de cimento e de clínquer gregos nos Estados-Membros³⁹. O Tribunal de Justiça, com base nas decisões nos acórdãos *Hüls* e *Anic*, já referidos, decidiu que bastava à Comissão Europeia demonstrar “que a

35 Nas conclusões apresentadas no caso *Anic*, o Advogado-Geral, Georges Cosmas, defendeu a possibilidade de extensão do conceito de “prática concertada” no caso de comunicações unilaterais sucessivas de informações por parte de um dos concorrentes aos restantes (ver conclusões do Advogado-Geral Georges Cosmas apresentadas em 15 de julho de 1997, *Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92P, ECLI:EU:C:1997:357, par. 37-42). Em sentido contrário, parece estar o Advogado-Geral Marco Darmon conforme resulta das suas conclusões apresentadas em 7 de julho de 1992, *Ahlström Osakenyhtiö*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, ECLI:EU:C:1992:293, par. 80. Ver Marchisio, 2017: 559.

36 Ver acórdão *Anic Partecipazioni SpA*, supra nota 24, par. 87.

37 Ver Marchisio, 2017: 558.

38 Ver acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland A/S*, 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, ECLI:EU:C:2004:6.

39 *Idem*, par. 13.

empresa em causa participou em reuniões nas quais foram celebrados acordos de natureza anticoncorrencial, sem a eles se ter oposto de forma manifesta, para provar suficientemente a participação da referida empresa no acordo. Quando a participação nessas reuniões estiver provada, cabe a esta empresa apresentar indícios que possam demonstrar que a sua participação nas referidas reuniões se tinha verificado sem qualquer espírito anticoncorrencial, demonstrando que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa ótica diferente da deles⁴⁰. O Tribunal de Justiça voltou a afirmar o entendimento previsto no acórdão *Anic*, de que bastaria à Comissão Europeia demonstrar que a empresa, razoavelmente, poderia prever as consequências dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos objetivos e que estaria pronta a aceitar o risco. Mais uma vez, o Tribunal descartou a necessidade de provar a existência de intenção, por parte da empresa visada, em contribuir, através do seu comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes⁴¹. No acórdão *Aalborg Portland A/S*, o Tribunal de Justiça fez questão de afirmar a relevância do comportamento tácito em relação a uma iniciativa ilícita, para efeitos de condenação em face do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE. Assim, para o Tribunal de Justiça, a empresa deverá distanciar-se do conteúdo da iniciativa ilícita ou então denunciá-lo às respetivas entidades administrativas, sob pena de incentivar a continuidade da infração e comprometer a sua descoberta. Para o Tribunal de Justiça, esta *cumplicidade* constitui um modo passivo de participação na infração (ou seja, como parte do acordo ilícito)⁴². O Tribunal de Justiça afirmou ainda que, por um lado, a circunstância de uma empresa não dar seguimento aos resultados de uma reunião que tem um objeto anticoncorrencial não é suscetível de afastar a sua responsabilidade na participação num acordo – para que isto não aconteça, a empresa deverá afastar-se publicamente do seu conteúdo; e, por outro lado, a não participação da empresa em todos os elementos constitutivos de um acordo ou o desempenho de um papel secundário não é relevante para efeitos de afastamento de uma infração que lhe é imputável⁴³.

40 *Idem*, par. 81.

41 *Idem*, par. 83.

42 *Idem*, par. 84.

43 *Idem*, par. 85 e 86.

No acórdão *T-Mobile* (2009)⁴⁴, o Tribunal de Recurso holandês decidiu submeter ao Tribunal de Justiça um conjunto de questões prejudiciais no âmbito de um processo que opunha os operadores dos Países Baixos, que ofereciam serviços de telecomunicações, à Autoridade da Concorrência Holandesa. Na origem do processo esteve uma reunião realizada entre os representantes das operadoras de telecomunicações durante a qual se falou, entre outros assuntos, da redução do valor das comissões relativas às assinaturas com planos de pós-pagamento, tendo sido trocadas informações confidenciais. A Autoridade da Concorrência Holandesa entendeu que esta decisão limitava sensivelmente a concorrência, pelo que procedeu à aplicação de coimas às empresas envolvidas. Na resposta à primeira questão⁴⁵ apresentada no âmbito do recurso, o Tribunal de Justiça concluiu que “a troca de informações entre concorrentes tem um objetivo anticoncorrencial quando é suscetível de eliminar as incertezas quanto à atuação planeada pela empresa em causa”⁴⁶. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça partiu das seguintes premissas: (i) apesar de a intenção das partes não ser um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de uma prática concertada, nada impede que seja tomada em conta⁴⁷; (ii) a apreciação dos efeitos concretos de uma prática concertada é supérflua quando se verifique que tem por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum – para tanto, basta apenas demonstrar que tem um objetivo anticoncorrencial⁴⁸; (iii) para ter um “objetivo anticoncorrencial”, basta que a prática seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência – a prática tem de ser concretamente apta, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum⁴⁹; (iv) a troca de informações suscetível de eliminar as incertezas dos interessados quanto à data, à extensão e às modalidades da adaptação a realizar pela empresa em causa tem

44 Ver acórdão *T-Mobile*, supra nota 20.

45 “Que critérios devem ser seguidos, na aplicação do artigo 81.º, n.º 1, do TCE [atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE], quanto à apreciação da questão de saber se uma prática concertada visa impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comunitário” (parenteses retos nossos), ver acórdão *T-Mobile*, supra nota 20, par. 22.

46 *Idem*, par. 43.

47 *Idem*, par. 27; ver acórdão *Dole Food Company Inc.*, supra nota 24, par. 118.

48 *Idem*, par. 29 e 30.

49 *Idem*, par. 31 e 113.

um objetivo anticoncorrencial⁵⁰. Na resposta à segunda questão⁵¹, referente à aplicação da presunção de causalidade decorrente do artigo 81.º, n.º 1, do TCE (atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE), pelo juiz nacional, o Tribunal de Justiça decidiu que é parte integrante do direito comunitário aplicável⁵². Assim, sem prejuízo da prova em contrário que cabe às empresas fazer⁵³, o juiz nacional é obrigado a aplicá-la⁵⁴. Na resposta à terceira questão, o Tribunal de Justiça entendeu que a presunção do nexo de causalidade é aplicável mesmo que a concertação das empresas em causa se baseie numa única reunião, desde que a empresa que participa na concertação, e que é visada, permaneça ativa no mercado de referência⁵⁵.

No acórdão *AC – Treuhand II* (2015)⁵⁶, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se, pela primeira vez⁵⁷, sobre uma questão inédita: determinar se uma empresa de consultadoria que não opera nos mercados em causa ou nos mercados relacionados pode ser processada por infração às regras em

50 *Idem*, par. 41 e 122.

51 “O artigo 81.º TCE [atualmente 101.º TFUE] 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 atuação 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?” (parênteses retos nossos), ver acórdão *T-Mobile*, supra nota 20, par. 22.

52 *Idem*, par. 52.

53 Ver acórdão *Dole Food Company Inc.*, supra nota 24, par.127.

54 *Idem*, par. 53.

55 *Idem*, par. 62. A este propósito leiam-se as conclusões da Advogada-Geral, Juliane Kokott, no caso *T-Mobile*, nos termos das quais afirmou que “[...] o que é decisivo é saber se o contacto ocorrido – seja ele uma única troca de informações por ocasião de uma única reunião – possibilitou às empresas, no caso concreto, concertar realmente o seu comportamento no mercado, que lhes permitiu instituir conscientemente uma cooperação prática para substituir os riscos da concorrência. O número e a regularidade dos contactos entre os concorrentes podem no entanto fornecer um indício da duração e gravidade da violação das regras da concorrência. Devem por isso ser levados em conta na fixação do montante da coima que venha a ser aplicada”, ver conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, *T-Mobile*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:110, par. 106 e 107.

56 Ver acórdão de 22 de outubro de 2015, *Ac-Treuhand AG*, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717.

57 Note-se que a *AC-Treuhand AG* já tinha sido condenada no acórdão de 8 de julho de 2008, *AC-Treuhand*, T-99/04, EU:T:2008:256 (usualmente denominado acórdão *AC-Treuhand I*), no qual o Tribunal de Primeira Instância se pronunciou, pela primeira vez, sobre a aplicação do artigo 81.º do TCE (atualmente artigo 101.º do TFUE) a uma empresa de consultoria que contribui para a realização de uma infração. De notar que a *AC-Treuhand AG* foi considerada responsável, tendo-lhe sido apenas aplicada uma coima meramente simbólica: 1000 euros. Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 21 de maio de 2015, *Ac-Treuhand AG*, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:350, nota 4.

matéria de concorrência por ter facilitado a execução de um acordo⁵⁸. A AC-Treuhand é uma sociedade de consultadoria sediada em Zurique que oferece serviços de recolha, tratamento e exploração de dados do mercado, a apresentação de estatísticas de mercado e controlo, nos participantes, dos números que são comunicados. A Comissão Europeia imputou responsabilidades à AC-Treuhand na medida em que esta desempenhou, alegadamente, um papel essencial ao organizar reuniões a que assistiu e nas quais participou ativamente, recolhendo e fornecendo às empresas envolvidas (empresas do setor dos estabilizadores de estanho, do setor do óleo de soja epoxidada e dos ésteres) dados sobre as vendas nos mercados em causa, propondo-se a atuar enquanto moderadora em caso de conflito entre as empresas e incentivando-as a alcançarem compromissos. Tudo isto em troca de uma remuneração⁵⁹. A AC-Treuhand, juntamente com outras empresas participantes, foi condenada por participar em dois conjuntos de acordos e de práticas concertadas anti-concorrenciais que abrangem o Espaço Económico Europeu. Trata-se de se saber se o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE se pode aplicar aos chamados *cartels facilitators*, ou seja, aos operadores que ajudam a aplicar um acordo restritivo da concorrência, nomeadamente, organizando encontros entre concorrentes e prestando serviços no âmbito dos acordos anticoncorrenciais⁶⁰. Neste ponto é relevante referir que a empresa em questão não estava presente (nem de forma potencial) no mesmo mercado que as restantes empresas ou num mercado com ele relacionado, nem exercia qualquer tipo de pressão concorrencial sobre elas⁶¹. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça entendeu que, tratando-se de acordos com um objeto anticoncorrencial, cabe à Comissão Europeia provar o seguinte: se a empresa tinha intenção de contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns dos vários participantes e se tinha conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas para alcançar esses objetivos; ou se a empresa, razoavelmente, podia prever e estava a aceitar o risco⁶². Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça declarou que “os modos passivos de participação na infração, como a presença de uma empresa em reuniões onde foram concluídos acordos de

58 Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, supra nota 57, par. 4.

59 Ver acórdão Ac-Treuhand AG, supra nota 56, par. 5-10.

60 Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, supra nota 57, par. 57.

61 Idem, par. 68.

62 Ver acórdão Ac-Treuhand AG, supra nota 56, par. 30; acórdão Anic Participazioni SpA, supra nota 24, par. 86 e 87.

natureza anticoncorrencial, sem a eles se ter oposto de forma manifesta, se traduzem numa cumplicidade que é suscetível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito do artigo 81.º, n.º1, TCE [atualmente artigo 101.º, n.º 1, do TFUE], uma vez que a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuação da infração e compromete a sua descoberta”⁶³ (parênteses retos nossos). Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça sublinhou que “a letra do artigo 81.º, n.º1, TCE [atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE] se refere, em geral, a todos os acordos e a todas as práticas concertadas que, nas relações quer horizontais quer verticais, falseiam a concorrência no mercado comum, *independentemente do mercado no qual as partes exercem atividade e independentemente do facto de apenas o comportamento comercial de uma delas estar envolvido nos termos do acordo em causa*”⁶⁴ (itálicos e parênteses retos nossos). Aliás, o Tribunal fez questão de frisar que uma limitação da esfera de aplicação do artigo 81.º, n.º1, do TCE (atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE) não permitiria reagir contra a contribuição ativa de empresas como esta para uma restrição da concorrência, uma vez que a atividade da empresa em questão não poderia ser inserida numa atividade económica que fizesse parte do mercado relevante em que a restrição se materializa ou tem por objeto materializar-se⁶⁵.

No acórdão *Eturas* (2016)⁶⁶, o órgão jurisdicional nacional apresentou um pedido prejudicial no âmbito de um litígio que opõe a «Eturas» UAB (proprietário e administrador de um sistema de reservas em linha) e outras empresas (agências de viagens) ao Conselho de Concorrência da República da Lituânia. A «Eturas» UAB é titular de um sistema comum de reservas de viagem em linha. Este sistema poderia ser adquirido à «Eturas» UAB, através de uma licença de exploração, mediante contrato, pelas agências de viagem. Através do sistema, as agências de viagem poderiam propor a venda de viagens através do seu sítio na internet, mediante uma forma de apresentação de reservas uniforme e determinada pela «Eturas» UAB⁶⁷. Ao acederem ao programa informático, através de uma senha pessoal, as agências de viagem poderiam consultar uma caixa de correio eletrónica, onde seriam recebidas

63 Ver acórdão *Ac-Treuhand AG*, supra nota 56, par. 31; acórdão *Aalborg Portland A/S*, supra nota 38, par. 83.

64 Ver acórdão *Ac-Treuhand AG*, supra nota 56, par. 35.

65 *Idem*, par. 36.

66 Ver acórdão de 21 de janeiro de 2016, *Eturas*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42.

67 *Idem*, par 6.

mensagens enviadas por um centro de mensagens específico do sistema de reservas E-TURAS⁶⁸. Sucede que o diretor da «Eturas» UAB enviou mensagens a várias agências de viagens, solicitando que se pronunciassem, sob a forma de voto, sobre a possibilidade de reduzir a taxa de desconto na internet, alterando-a de 4%, para uma taxa de 1% e 3%. Posteriormente, foi enviada uma mensagem pelo centro de mensagens interno a anunciar a imposição de uma restrição técnica na taxa de desconto (desconto limitado a 3% para reservas em linha)⁶⁹. No essencial, pretendia-se saber se a atuação de um terceiro («Eturas» UAB), proprietário do aludido sistema, que impõe uma restrição técnica à taxa de desconto, é suscetível de configurar uma violação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE.

Na resposta às questões apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o entendimento do Tribunal de Justiça foi no sentido de considerar que o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE deve ser interpretado no sentido de se presumir que, a partir do momento em que as agências de viagens tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição, caso não se tenham distanciado publicamente dessa prática, não a tenham denunciado às entidades administrativas ou não tenham apresentado outras provas que permitissem ilidir a presunção⁷⁰. Na decisão, o Tribunal de Justiça não só reafirmou a Presunção Anic – presunção de causalidade entre uma concertação e o comportamento do mercado das empresas que nela participaram –, segundo a qual as empresas que continuam ativas nesse mercado têm em conta as informações trocadas com os seus concorrentes, para determinar o seu comportamento no mercado⁷¹ –, como afirmou que as empresas, para as quais foi enviada a mensagem, consentiram tacitamente numa prática anticoncorrencial comum⁷². Para o Tribunal de Justiça, presume-se que a agência de viagens participou na concertação a partir do momento em que teve conhecimento do conteúdo da mensagem. Para não ser abrangida por tal presunção, a agência de viagens deveria ter-se distanciado publicamente

68 Idem, par 6.

69 Ver conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar apresentadas em 16 de julho de 2015, «Eturas» UAB, C-74/14, ECLI:EU:C:2015:493, par. 3 e 8.

70 Ver acórdão Eturas supra nota 66, par. 51.

71 Idem, par. 33.

72 Idem, par. 44. Quanto aos requisitos para que se possa considerar concluído um acordo, ver acórdão de 6 de janeiro de 2004, Bayer AG, C-2/01 P e C-3/01 P, ECLI:EU:C:2004:2, par. 102.

dessa prática, denunciado às entidades administrativas ou apresentado outras provas que a pudessem ilidir⁷³. Na opinião do Tribunal de Justiça, esta presunção não se opõe ao princípio da presunção de inocência previsto no artigo 48, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, uma vez que admite a possibilidade de ser ilidida pelo visado.

No acórdão *VM Remonts* (2016)⁷⁴ foi apresentado um pedido de decisão prejudicial no âmbito de um litígio que opunha: por um lado, a *VM Remonts* (anteriormente “*DIV un Ko*”) e a *Ausma grupa* ao Conselho da Concorrência da Letónia; e, por outro lado, opunha o último organismo à *Partikas kompanija*. O objeto do litígio tinha que ver com uma alegada concertação dessas empresas aquando da sua participação num concurso realizado para o fornecimento de géneros alimentícios aos estabelecimentos de ensino. As três empresas anteriormente citadas apresentaram propostas nesse concurso. A *Partikas kompanija* recorreu a uma empresa de prestação de serviços, para obter assistência jurídica no âmbito da apresentação da sua proposta. A empresa de prestação de serviços, por sua vez, recorreu a um subcontratante (a “*MMD lietas*”). Sucede que, a *MMD lietas* se comprometeu, paralelamente, e sem disso informar a *Partikas kompanija*, a preparar as propostas da *Ausma grupa* e da *VM Remonts*. Na sua preparação, um funcionário da *MMD lietas* utilizou a proposta da *Partikas kompanija* como referência para preparar as propostas das duas outras empresas, de modo que a proposta da *Ausma grupa* fosse cerca de 5% mais barata que a da *Partikas kompanija* e a da *VM Remonts* 5% mais barata que a da *Ausma grupa*. A questão submetida⁷⁵ pelo Tribunal Supremo da Letónia afigura-se de uma particular importância. Trata-se de se saber se uma empresa (*i.e.* a *Partikas kompanija*) pode ser considerada responsável por uma prática concertada motivada por atos de um prestador de serviços independente que lhe presta serviços, sem nunca se ter associado à prática concertada por ele levada a cabo ou dela ter tido sequer conhecimento. O Tribunal de Justiça, 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

73 Ver acórdão *Eturas* supra nota 66, par. 46 e 50.

74 Ver acórdão de 21 de julho de 2016, *VM Remonts*, C-542/14, EU:C:2016:578.

75 “Deve interpretar-se o artigo 101.º, n.º1, do TFUE no sentido de que, para se declarar que uma empresa participou num acordo restritivo da concorrência, se deve demonstrar um comportamento pessoal de um diretor da empresa, ou o seu conhecimento ou consentimento do comportamento de uma pessoa que presta serviços externos à empresa e ao mesmo tempo age por conta de outros participantes num possível acordo proibido?”, ver acórdão *VM Remonts*, supra nota 74, par. 15.

que lhe presta serviços se se verificar um dos seguintes requisitos: (i) o prestador de serviços opera 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*⁷⁶. Este acórdão afigura-se de uma importância particular, pois o Tribunal de Justiça não só reafirmou a aplicação da Presunção Anic⁷⁷, como foi mais além ao estabelecer que uma empresa pode ser considerada responsável por uma prática concertada, sem ter intenção, nem sequer conhecimento⁷⁸. A intenção, uma vez mais, não foi considerada um elemento relevante, pelo Tribunal de Justiça. O *desconhecimento* foi desconsiderado.

5. A JURISPRUDÊNCIA NO REINO UNIDO

No Reino Unido existem dois casos relevantes onde se discutiu a figura *hub-and-spoke*. Tratam-se dos casos *Replica Kit* e *Hasbro*.

No caso *Replica Kit*, os Tribunais do Reino Unido pronunciaram-se pela primeira vez sobre o *hub-and-spoke*⁷⁹. Neste caso, o OFT⁸⁰ levou a cabo uma investigação envolvendo a Umbro Holdings Ltd, o Manchester United, a Allsports Ltd e a JJB Sports PLC. No âmbito dessa investigação, o OFT entendeu que existiam acordos e práticas concertadas entre os distribuidores e os fornecedores, tendo em vista a fixação de preços nas réplicas das camisolas dos equipamentos de futebol produzidas pela Umbro Holdings Ltd, em particular da seleção inglesa, do Manchester United, Chelsea, Glasgow Celtic e Nottingham Forest⁸¹. O OFT concluiu que existia informação a ser partilhada entre duas ou mais empresas concorrentes (os *spokes*) através de um mesmo parceiro contratual a operar num diferente patamar (o *hub*) e

76 Idem, par. 33.

77 Idem, par. 29.

78 Idem, par. 30-31.

79 Ver Vereecken, 2015: 8.

80 Hoje substituído pela Competition and Markets Authority (CMA), ver <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading> (consulta no dia 12.09.2018).

81 Ver Vereecken, 2015: 8.

condenou todas as empresas envolvidas por fixação de preços⁸². A JJB Sports Plc e a Allsports Ltd recorreram da decisão para o Competition Appeal Tribunal (“CAT”)⁸³. No que respeita ao conceito de prática concertada, o Tribunal seguiu a jurisprudência do acórdão *Suiker Unie* do Tribunal de Justiça, já citada, quanto à necessidade de os operadores económicos determinarem a sua política comercial de forma independente⁸⁴. O CAT considerou que a prática unilateral de uma empresa (*i.e.* quando uma empresa revela unilateralmente as suas futuras intenções ou comportamento de mercado) não exclui a possibilidade de existência de uma prática concertada, uma vez que os recetores dessa informação irão tomá-la em conta ao formular a sua própria política de mercado⁸⁵. Veja-se a formulação do CAT a este propósito: “*se o distribuidor A revelar secretamente informação ao fornecedor B sobre as suas intenções em matéria de preços futuros em circunstâncias tais que é razoavelmente previsível que o B faça uso dessa informação para influenciar as condições de mercado, sendo que o B partilha essa informação com o concorrente C [i.e. concorrente de A], então [...] A, B e C deverão ser considerados como partes de uma prática concertada em relação a esses factos, a qual tem como objeto ou efeito a prevenção, restrição ou distorção da concorrência*”⁸⁶ (parênteses retos nossos). O CAT considerou também que se a empresa A se queixar à empresa B sobre a atividade da empresa C e se a empresa B atuar de forma a interferir no comportamento normal do mercado – como por exemplo, persuadindo o C a limitar a sua atividade concorrencial –, então A, B e C atuam de forma concertada⁸⁷. O Tribunal britânico não desconsiderou a possibilidade de ser assumida uma posição diferente se existisse um objetivo legítimo na revelação da informação por parte do concorrente A (*i.e.* um objetivo que não estivesse relacionado com matérias de concorrência e de modo a que ele não pudesse razoavelmente prever que a informação fosse utilizada pelo B para afetar as condições de mercado)⁸⁸. Em todo o caso, para o CAT, a revelação de informação deste tipo por parte de

82 Ver Odudo, 2011: 207; Vereecken, 2015: 8.

83 Ver caso 1022/1/1/03, JJB Sports Plc, [2004] CAT 17.

84 *Idem*, par. 638.

85 *Idem*, par. 642.

86 *Idem*, par. 659.

87 *Idem*, par. 643.

88 *Idem*, par. 660.

um retalhista a um fornecedor seria raramente legítima⁸⁹. A irrelevância da *intenção* no teste do adiantado pelo CAT parece clara, o que permite conferir, ao OFT, uma margem maior de atuação⁹⁰.

No caso Hasbro⁹¹ estava em causa um conjunto de estratégias relacionadas com a fixação de preços entre um fornecedor e os seus distribuidores. A Hasbro é uma empresa que se dedica ao fabrico e fornecimento de brinquedos, tendo como distribuidores principais a Argos e a Littlewoods⁹². A Argos era o distribuidor principal dos brinquedos da Hasbro e normalmente vendia os brinquedos a preços inferiores em relação a preços praticados pelos seus concorrentes e aos preços recomendados pela Hasbro. As margens dos preços de venda para os brinquedos eram baixas, o que motivou o descontentamento dos restantes distribuidores. Com vista a resolver esta situação e aproximar os preços praticados dos preços recomendados, a Hasbro levou a cabo uma série de iniciativas, entre as quais contactos com a Argos e a Littlewoods, tendo em vista assegurar que os produtos são vendidos de acordo com a política de preços por si recomendados. A Hasbro assegurou a cada distribuidor que aderisse ao plano que o seu concorrente não iria praticar preços inferiores caso os primeiros respeitassem a política de preços recomendados. Nos catálogos de 1999 ficou claro que a iniciativa da Hasbro levou a acordos entre a Hasbro, a Argos e a Littlewoods, através dos quais os preços dos brinquedos Action Man, entre outros, eram fixados de acordo com os preços recomendados pela Hasbro. De acordo com a decisão do OFT, a Hasbro atuou como um intermediário, passando informação confidencial entre a Argos e a Littlewoods. No fundo, a iniciativa da Hasbro conduziu a dois acordos bilaterais e/ou práticas concertadas: entre a Hasbro e a Argos e entre a Hasbro e a Littlewoods, que na prática funcionam como um único acordo e/ou prática concertada entre as partes⁹³. A revelação à Littlewoods, através da Hasbro, das intenções da Argos em matéria de preços, tinha como objeto e efeito influenciar a atuação no mercado por parte da Littlewoods (principal concorrente da Argos no

89 Idem, par. 661.

90 Ver Levy & Patel, 2010: 3.

91 Ver caso 1014 e 1015/1/1/03, Argos Limited and Littlewoods Limited, [2004] CAT 24.

92 Idem, par. 61; Ver McCabe 2012: 453; Vereecken, 2015: 9.

93 Ver caso Argos Limited and Littlewoods Limited supra nota 91, par. 61; McCabe 2012: 453; Vereecken, 2015: 9.

mercado retalhista)⁹⁴. Esta prática concertada constituiu, para o Tribunal, um contacto indireto entre os operadores Argos e Littlewoods⁹⁵.

Um recurso em conjunto do caso *Hasbro e JJB* foi apresentado no Court of Appeal⁹⁶. O Court of Appeal considerou que o teste a implementar na análise da existência de uma prática concertada deveria ser mais apertado, nomeadamente tendo em conta os elementos subjetivos (*i.e.* a intenção)⁹⁷. Assim, o Court of Appeal reformulou o critério para determinar a existência de um cartel *hub-and-spoke*: “*se (i) o retalhista A revela ao fornecedor B as suas intenções em matéria de preços futuros em circunstâncias em que o A considera que o B fará uso da informação para alterar as condições de mercado através da partilha dessa informação com outros retalhistas (sendo o C um deles); (ii) o B partilha essa informação com o C de forma a que o C seja levado a saber as circunstâncias em que o A partilhou informação com o B; e (iii) o C usa, de facto, essa informação para determinar as suas intenções de preço, então A, B e C são todos partes de uma prática concertada com o objetivo de restringir ou distorcer a concorrência. O caso torna-se mais evidente se existir reciprocidade, ou seja, o retalhista C revela informação ao fornecedor B relativamente às suas intenções futuras em matéria de preços em circunstâncias em que o C considera que o B fará uso dessa informação para influenciar as condições de mercado, através da sua revelação ao A (entre outros), sendo que o B assim o fará*”⁹⁸ (itálicos nossos). Assim, para além da partilha da informação verifica-se que é essencial a presença do elemento intenção entre A e B e B e C⁹⁹. Para além do elemento objetivo (partilha de informação), é necessário um elemento subjetivo (a intenção)¹⁰⁰. O teste adiantado pelo Court of Appeal implica a existência de intenção por parte das três entidades que compõe a relação: o A deverá ter a intenção de que o B faça uso da sua informação para influenciar as condições de mercado e o C deverá estar na

94 Ver caso Argos Limited and Littlewoods Limited supra nota 91, par. 781.

95 Idem, par. 781.

96 Ver caso 2005/1071, 1074 e 1623, Argos Limited and Littlewoods Limited contra Office of Fair Trading and JJB Sports Plc contra Office of Fair Trading, [2006] EWCA Civ 1318.

97 Ver Vereecken, 2015:10.

98 Ver caso Argos Limited and Littlewoods Limited contra Office of Fair Trading and JJB Sports Plc contra Office of Fair Trading, supra nota 96, par. 141; Vereecken, 2015:10.

99 Ver Graham, 2013.

100 Neste sentido parece estar o comentário de Ariel Ezrachi ao caso 1188/1/1/11, Tesco contra Office of Fair Trading, [2012] CAT 31, em que divide a análise da partilha de informação na figura do *hub-and-spoke* em duas fases, cada uma compreendendo um *conduct element* (conduta) e um *mental element* (elemento mental), ver Ezrachi, 2016: 176.

posse de conhecimento que lhe permita saber como o B adquiriu a informação¹⁰¹. Por um lado, este teste exclui os casos em que as empresas foram negligentes ou descuidadas¹⁰². Por outro lado, implica a prova dos seguintes elementos: a existência de uma intenção anticoncorrencial (*i.e.* a informação comercial sensível foi transmitida ao *hub* com a intenção de ser posteriormente transmitida a um *spoke* concorrente), e um efeito anticoncorrencial (*i.e.* a informação comercial sensível foi de facto transmitida ao *spoke* concorrente e influencia as suas decisões em matéria de preços).

6. ANÁLISE CRÍTICA DA FIGURA HUB-AND-SPOKE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E DOS TRIBUNAIS BRITÂNICOS

Ao confrontarmos as decisões judiciais do Tribunal de Justiça com as decisões dos Tribunais britânicos, resulta desde logo evidente que a figura *hub-and-spoke* foi analisada pelos segundos em primeiro lugar¹⁰³. Arriscamo-nos a dizer que os Tribunais britânicos seguramente estão mais à frente que o Tribunal de Justiça na análise da figura, uma vez que na prática já se confrontaram com ela. Apesar de esta crítica, pelo menos do ponto de vista formal, parecer ser merecedora de aceitação – de facto a jurisprudência do Tribunal de Justiça, tanto quanto é do nosso conhecimento, nunca analisou diretamente um caso de *hub-and-spoke* –, todavia, parece-nos que a jurisprudência do Tribunal de Justiça está neste momento suficientemente munida de argumentos

101 Ver Levy & Patel, 2010: 3. Quanto à análise do requisito da intenção e do conhecimento das circunstâncias, ver Chan, 2016: 137-138.

102 Ver Levy & Patel, 2010: 3.

103 Não poderíamos deixar de sublinhar que a figura do *hub-and-spoke* já tinha sido analisada pelos Tribunais americanos. Na decisão do United States Supreme Court, Interstate Circuit contra United States – No. 269 (1939), considerada pela doutrina como a primeira decisão nesta matéria, o Tribunal decidiu que os proprietários de duas cadeias de cinemas foram partes de acordos ilegais, com vários titulares de direitos de autor, em várias cidades dos Estados Unidos. Os contratos para a estreia do filme impunham aos distribuidores que o licenciamento para execuções posteriores ficasse sujeito a um conjunto de restrições, incluindo um preço mínimo de admissão. Na decisão do United States Court of Appeals, Toys “R” Us contra Federal Trade Commission – No. 98-4107 (2000), estava em causa a relação entre o Toys “R” Us (um vendedor com posição dominante) e os seus fornecedores. O Tribunal considerou que o Toys “R” Us foi parte de vários acordos ilegais com os seus fornecedores, para adquirir exclusividade no fornecimento dos produtos, com o objetivo de limitar o fornecimento aos seus concorrentes. Apesar de a infração se basear em várias relações verticais, o conluio foi considerado, essencialmente, como horizontal, pois o compromisso dos fornecedores dependia do facto de todos se sujeitarem aos mesmos termos. Ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 2; Ezrachi, 2016: 178.

jurídicos que lhe permitem decidir sobre um caso de *hub-and-spoke*. Questão diferente será discutir o mérito desses argumentos.

Conforme antecipámos, a resposta para um caso de *hub-and-spoke* está certamente em toda a construção do conceito de prática concertada levada a cabo pelo Tribunal de Justiça, com especial relevo para o passo dado no acórdão *AC – Treuband II*.

Em primeiro lugar, na análise de uma situação hipotética, certamente que o primeiro passo a ser dado pelo Tribunal de Justiça passaria pela demonstração do estabelecido na jurisprudência do acórdão *Suiker Unie*. Assim, procurar-se-ia, certamente, verificar a existência de qualquer contacto direto ou indireto entre operadores, cujo objeto ou efeito fosse exercer influência sobre o mercado atual ou potencial, ou revelar a um concorrente (*i.e.* ao C, por via do B) o teor de determinada conduta que o primeiro (*i.e.* o A) adotou ou pretende vir a adotar. Parece-nos claro que numa troca de informações estratégicas (*e.g.* preços) entre o *spoke* A (retalhista) e o *hub* B (fornecedor), certamente que estes dois fatores alternativos seriam ponderados para averiguar a remoção de incerteza no mercado. Em todo o caso, parece-nos que esta situação é criticável, pois não contemplaria os casos mais questionáveis em que a revelação foi puramente “unilateral”, ou seja, em que o A partilhou informação com o B (sem qualquer intenção de o B a fazer chegar ao C ou com o objetivo de o B exercer uma influência no mercado), mas apenas no âmbito da natural troca de informações inerente à relação vertical existente¹⁰⁴. O mesmo se diga entre a partilha de informação unilateral entre o B e o C, sem existir qualquer reação de C ou sequer sem o C imaginar que a informação é originária de A.

Em segundo lugar, parece-nos que a Presunção Anic seria certamente aplicável pelo Tribunal de Justiça. Imagine-se uma troca de informação entre A e B (havendo uma intenção clara de A em fazer chegar a informação a C, através de B, ou em utilizar B para pressionar C), e de seguida B partilha, de facto, com C. Com base nesta decisão, à partida bastaria à Comissão Europeia ou à Autoridade da Concorrência provar que a empresa A pretendeu contribuir, através do seu comportamento (*i.e.* partilha de informação com B), para os objetivos anticoncorrenciais comuns. Parece-nos que a situação

104 A adoção de um critério mais estrito, por parte do Court of Appeal, deveu-se à compreensão da necessidade de troca de informação sensível ou estratégica, como por exemplo, descontos, preços efetivos, abatimentos, carteiras de clientes, quantidades, volumes de negócios, vendas, qualidades, entre outros, que poderá ocorrer no âmbito de uma relação vertical (produtor/fornecedor – distribuidor), ver Vereecken, 2015:13.

é clara em relação aos comportamentos ilegais de A. Todavia, a presunção já parece ir além desta situação clara e merecedora de proteção quando estabelece que aquele que partilha a informação razoavelmente poderia prever o destino da informação e decidiu aceitar esse risco¹⁰⁵. Também aqui se questiona a sua aplicação às condutas meramente unilaterais e não intencionais, em que o A revela informação necessária e natural no âmbito de uma relação vertical (*i.e.* imagine-se um contrato de distribuição entre um fornecedor e um distribuidor), pensando que essa informação se restringe àquela relação, sem nunca ter pensado que o B iria utilizar essa informação para pressionar a conduta de C no mercado. Neste aspeto, parece-nos que a punição de A por comportamentos anticoncorrenciais não é tão evidente, dada a inexistência de intenção, mas, acima de tudo, em face da impossibilidade de controlo da informação trocada estritamente no âmbito e para efeitos da relação vertical (A não controla o B). Neste aspeto, é importante referir que há informação estratégica que é necessariamente trocada no âmbito de uma relação vertical, e cujos efeitos poderão ser positivos na própria concorrência¹⁰⁶. Todavia, na verdade, esta posição certamente que seria merecedora de censura pelo Tribunal de Justiça, tendo em consideração a posição tomada no acórdão *Remons* (2016) nos termos do qual, como vimos, o Tribunal de Justiça considerou a empresa *Partikas kompanija* responsável por uma prática concertada devido a atos de um prestador de serviços independente, sem nunca se ter associado à prática levada a cabo por esse prestador de serviços ou dela ter tido sequer conhecimento. Não poderemos deixar de criticar esta posição do Tribunal de Justiça. Apesar de compreendermos as dificuldades existentes na prova de acordos ilícitos ou práticas concertadas entre empresas, que a experiência vem demonstrando¹⁰⁷, entendemos que a Comissão Europeia e as Autoridades da Concorrência nacionais estão munidas dos meios para levarem a cabo as investigações necessárias e, dessa forma, provarem a verificação dos factos que

105 *Idem*, p. 11.

106 Ver Graham, 2013: 2; Sahuguet & Walckiers, 2014: 5. De modo a salvaguardar a posição do A (*spoke*) em relação ao comportamento autónomo de B (*hub*), que A não controla, A deveria equacionar o estabelecimento de cláusulas de confidencialidade robustas nos contratos que regulam a relação vertical entre os dois, de modo a garantir que a informação não sai da esfera dessa relação, ou pelo menos, de que isso lhe poderá servir como argumento para ilidir a presunção estabelecida. Em todo o caso, o efeito desta estratégia de proteção de A em face do comportamento incontrolável de B poderá ser questionável quando confrontada com a tendência verificada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que desconsidera a intenção. Apesar de essa cláusula poder ser irrelevante para evitar a aplicação de coimas, não deixará de poder ter importância para efeito de direito de regresso de A sobre B, pelos comportamentos ilícitos do último.

107 Ver Moura e Silva, 2018: 696-697.

alegam. É a elas que compete investigar. Assim, com o devido respeito, parece-nos que esta abordagem desrazoável do Tribunal de Justiça poderá levar a situações de injustiça gritantes. Veja-se a decisão no caso *Eturas* (2016) no âmbito do qual o Tribunal entendeu que as agências de viagens que receberam uma mensagem de um centro de mensagens contendo informação sensível “*consentiram tacitamente numa prática anticoncorrencial comum*”¹⁰⁸, por não se distanciarem publicamente dessa prática, denunciando-a às respetivas autoridades¹⁰⁹. Esta decisão poderá ser, por isso, relevante na análise do comportamento do *spoke* C, em face da informação recebida do *hub* B. Mais uma vez, estamos na esfera de comportamentos unilaterais de uma das empresas, com consequências para as restantes, mesmo na presença do desconhecimento: imagine-se que a empresa que recebeu a mensagem com a informação, não abriu o *e-mail* ou apenas abriu muito tempo depois. Neste último caso, querendo a empresa manifestar publicamente a sua recusa, o curto hiato temporal exigido, entre o momento em que o destinatário recebe a informação e o momento em que se deve pronunciar, poderá levar a que na maioria dos casos a manifestação seja considerada intempestiva¹¹⁰. Em face do exposto, consideramos que, apesar de a presunção 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 Europeia¹¹¹, na verdade, em nosso entender, a sua ilidibilidade torna-se diabólica¹¹², senão mesmo impossível, levando a que, do ponto de vista material, na prática, seja inilidível¹¹³. Aplicado ao nosso caso,

108 Ver acórdão «*Eturas*» UAB, supra nota 66, par. 44.

109 Ver Ghezzi & Maggiolino, 2014: 11-12.

110 Ver conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar supra nota 69, par. 93: “a oposição deve ser expressa de forma expedita e, em todo o caso, dentro de um período de tempo razoável após ter tomado conhecimento da iniciativa ilícita. Caso essa oposição não seja expressa dentro de um prazo razoável, a responsabilidade da empresa existe a partir do momento em que tomou conhecimento – ou se presume ter tomado conhecimento – da iniciativa”.

111 Quanto à aplicação da presunção de inocência nos processos relativos a práticas restritivas, ver Marchisio, 2017: 562.

112 Ver Ghezzi & Maggiolino, 2014: 8.

113 Neste sentido parece estar Marchisio, 2017: 561; Ghezzi & Maggiolino, 2014: 12; acórdão Hüls AG supra nota 24, par. 155; acórdão *Aalborg Portland A/S*, supra nota 38, par. 84; acórdão «*Eturas*» UAB, supra nota 66, par. 46 e 49. Neste último acórdão, apesar de o Tribunal de Justiça admitir a possibilidade de poderem ser apresentadas outras provas para ilidir a presunção, parece-nos que esse entendimento não é a regra. Aliás, dentro dessa suposta exceção, o Tribunal estabeleceu, para este caso concreto, uma forma de ilidir a presunção: aplicação sistemática de um desconto superior à limitação que estava em causa. No sentido

se o 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 o 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 do acordo ilícito ou da prática concertada, mesmo que apresente outras razões para ilidir a presunção.

Em terceiro lugar, assumindo que o C se aproveitou da informação, mas que os efeitos da sua reação no mercado foram francamente positivos (por exemplo, C tomou conhecimento das intenções futuras de A em matéria de preços e, por isso, baixou os seus preços a fim de aumentar a concorrência em face de A), essa reação não será considerada tendo em atenção o decidido no acórdão *T-Mobile* (2009), nos termos do qual, basta a prática ter um “objetivo anticoncorrencial”, ou seja, ser suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, para que os seus efeitos concretos passem a ser supérfluos.

Em quarto lugar, o comportamento ilegal de B (*hub*) parece poder ser abrangido pela aplicação da jurisprudência do acórdão *AC – Treuhand II* (2015), nos termos do qual o Tribunal de Justiça foi além das relações estabelecidas no âmbito dos mercados em causa ou dos mercados relacionados, pois a empresa AC – Treuhand II era uma empresa de consultadoria (*facilitator*) que não atuaria nos mercados das empresas propriamente envolvidas no acordo, nem sequer nos mercados relacionados. Apesar de a figura *facilitator* à partida ser diferente da figura *hub-and-spoke*¹¹⁴, todavia, não vemos como não aplicar o postulado lógico de “*quem pode o mais, pode o menos*”¹¹⁵. Isto significa que, se o Tribunal de Justiça, neste acórdão, condena uma empresa de consultadoria, como participante numa prática concertada, sem qualquer tipo de presença ou ligação ao mercado relevante em questão, então, por maioria de razão poderá ser condenada uma empresa que se encontra no mercado a montante ou a jusante (*i.e.* B, o *hub*).

Em quinto lugar, entendemos que o Tribunal de Justiça procede a uma interpretação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE sem qualquer apoio no espírito e na letra da lei, quando aceita a existência de acordos ou práticas concertadas,

da compatibilidade do estabelecimento de uma presunção inilidível com o princípio da presunção de inocência, ver conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar supra nota 69, par. 97.

114 O *facilitator* não está presente nos mercados em causa, nem sequer nos relacionados, mas contribui para a formação do cartel. Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, supra nota 57, par. 32; Baudenbacher & Weitbrecht, 2018: 1.

115 Ver Marchisio, 2017: 561.

tendo por base comportamentos unilaterais e situações de passividade ou inexistência de resposta do recetor de informação – considerando-se que esse comportamento se traduz na aceitação tácita do acordo ou prática concertada¹¹⁶. Por um lado, o teor do preceito legal sugere que foi originalmente concebido para condutas multilaterais (*i.e.* acordos, práticas concertadas) e não para condutas unilaterais¹¹⁷. Por outro lado, esta interpretação do Tribunal de Justiça não parece ter qualquer apoio na letra da lei¹¹⁸. Assim, ao contemplar tão grande elasticidade, corre-se o risco de se cair na relatividade, a qual é geradora de insegurança para todos os seus destinatários. Para tanto, parece-nos que o entendimento do Tribunal de Justiça só é coadunável com uma necessária alteração da redação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE de modo a contemplar as condutas unilaterais e os comportamentos passivos por parte dos recetores de informação.

A jurisprudência do Court of Appeal parece contrariar as decisões do Tribunal de Justiça no que toca ao requisito da “*intenção*”¹¹⁹. Enquanto a segunda

116 *Idem*, p. 561. Em relação à aceitação de acordos tacitamente concluídos à luz do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, ver Graig & Búrca, 2015: 1006-1007. Estes autores sublinham o entendimento de que o conceito de “acordo” se afasta do conceito desenvolvido no âmbito do Direito dos Contratos, pois tem conta os objetivos económicos da política concorrencial. Todavia, para nós, parece-nos que existem requisitos mínimos que deverão ser necessariamente respeitados na caracterização de um acordo, sob pena de desvirtuarmos o conceito. É o caso da necessidade de existir um encontro de vontades. Em todo o caso, poder-se-á fazer uma distinção entre um comportamento tácito da contraparte (quando se traduz em factos da contraparte que revelam, com toda a probabilidade, uma determinada vontade) e o reconhecimento automático do silêncio como ato de aquiescer. No primeiro caso, não nos causa espanto incluir a conduta no âmbito de um “acordo” de vontades, com a devida cautela, desde que atendam às particularidades do caso concreto (*i.e.* verificar em que medida existem factos que demonstrem a conduta tácita da parte contrária nos mesmos moldes). No segundo caso, pelo contrário, o reconhecimento automático do silêncio da parte contrária como ato de aquiescer parece-nos estar completamente fora do conceito de acordo.

117 Ver Marchisio, 2017: 561.

118 *Idem*, p. 561; neste sentido vejam-se as conclusões do Advogado-Geral Marco Darmon supra nota 35, par. 170, em que o Advogado-Geral estabelece que “O artigo 85.º, n.º1 [anterior artigo 81.º, n.º1, do TCE e atualmente artigo 101.º, 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” (itálicos e parênteses retos nossos). Quanto à função negativa do elemento gramatical da lei, veja-se o ensinamento de Baptista Machado (2006: 182): “eliminar aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio, ou pelo menos uma qualquer “correspondência” ou ressonância nas palavras da lei” (itálicos nossos).

119 Ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 1; McCabe, 2012: 453. A própria Comissão Europeia é clara quanto à leitura que faz da jurisprudência do Tribunal de Justiça: “segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, para apreciar se um acordo tem um objecto anticoncorrencial, deve atender-se ao seu conteúdo, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere. Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar se um acordo tem um objeto anticoncorrencial, nada impede que a Comissão a tenha em conta”, ver Comissão Europeia, 2011: par. 25.

não valora a intenção como um requisito essencial – *a intenção poderá ser tida em conta para determinar o carácter restritivo de uma prática concertada, mas não é um elemento necessário*¹²⁰ –, o mesmo já não se poderá dizer com tanta certeza quanto à primeira. O Court of Appeal no recurso da *JJB*¹²¹, no caso *Replica Kit*, considerou a intenção como um elemento essencial, de modo a não responsabilizar o A por ações do B, que o A não controla. Assim, o elemento subjetivo assume, na jurisprudência do Court of Appeal, uma grande relevância, tendo sido seguido posteriormente pelo CAT¹²². Na base da necessidade de atender ao elemento subjetivo estão as seguintes razões: em primeiro lugar, perceber que muita da informação que é trocada no âmbito de uma relação vertical é legítima¹²³; em segundo lugar, perceber que não pode ser estabelecida uma presunção *per se* da vontade de A e C (ao contrário do que se passa nos cartéis)¹²⁴; em terceiro lugar, ter a noção de que poderá ser irrazoável responsabilizar o A e o C pela conduta unilateral do B, em relação ao qual eles não tem qualquer tipo de controlo¹²⁵. Assim, parece-nos que a jurisprudência do Court of Appeal está mais próxima das particularidades de um caso de *hub-and-spoke*, do que a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em todo o caso, esta é uma análise feita em abstrato, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça existente, que consideramos ser de potencial aplicação num caso de *hub-and-spoke*. Todavia, como o Tribunal de Justiça nunca se pronunciou propriamente sobre um caso destes, ainda estamos a tempo de poder vir a ser surpreendidos.

120 Ver acórdão T-Mobile, supra nota 20, par 27; acórdão Dole Food Company Inc., supra nota 24, par. 118.

121 Ver caso Argos limited and Littlewoods Limited contra Office of Fair Trading and JJB Sports Plc contra Office of Fair Trading, supra nota 96, par. 141.

122 Ver caso Tesco contra Office of Fair Trading, supra nota 100, par. 58 e 75. Veja-se a posição do CAT neste acórdão: se C receber informação de B sobre A mas não souber que a informação recebida do B é, na verdade, informação confidencial que lhe foi transmitida por A (B está apenas a fazer especulação junto de C), então C não poderá ser considerado como conhecedor das circunstâncias em que a informação foi revelada por A a B. Pelo contrário, se o C souber que o seu fornecedor B está em negociações com A para aumento dos preços de venda ao público e subsequentemente o B informa-o de que o A vai subir os preços numa determinada data, então será muito difícil ao C defender que desconhecia que a informação viria de A. O Tribunal esclarece que isto será matéria de facto a ser apreciada pelo Tribunal tendo em conta as provas produzidas. As circunstâncias conhecidas pelo distribuidor C serão relevantes nessa análise. Ver caso Tesco contra Office of Fair Trading, supra nota 100, par. 83.

123 Ver Graham, 2013: 2.

124 Idem, p. 2.

125 Idem, p. 2.

7. CONCLUSÃO

A análise da figura do *hub-and-spoke* assenta essencialmente na construção do conceito de prática concertada, tendo em conta o seu amplo alcance.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça desenvolvida à volta do conceito de prática concertada dá-nos indícios da provável abordagem do Tribunal em face de um caso de *hub-and-spoke*. Todavia, somos da opinião de que a sua aplicação poderia conduzir a situações de uma clara injustiça, em face das particularidades que advêm do estabelecimento de relações verticais entre cada um dos *spokes* e o *hub*. Em particular, causa-nos algum receio a postura em face de os comportamentos unilaterais, em total prejuízo de elementos essenciais como a intenção, o conhecimento das razões ou até a necessidade que poderá existir de partilha de informação sensível no âmbito de uma relação vertical, sem o remetente controlar o comportamento do destinatário. Temos dificuldade em perceber o estabelecimento de um leque apertado de formas de refutação da Presunção Anic, que na prática levam a que a mesma seja inilidível ao arpejo do princípio da presunção de inocência previsto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A jurisprudência britânica, em particular do Court of Appeal, parece-nos constituir um porto seguro na análise do *hub-and-spoke*, uma vez que se preocupa em conciliar os objetivos do Direito da Concorrência com os aspetos particulares da figura, em particular, a legitimidade que pode levar à troca de informação no âmbito de uma relação vertical, e dá relevância à intenção das partes.

Concluimos 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*. Assim, deverão ser evitados quaisquer automatismos ou o estabelecimento de semelhanças com outras figuras, como o cartel em sentido estrito. Se isto não for tido em conta, parece-nos que se corre o risco de, sob a bandeira da promoção da eficiência económica e da promoção do bem-estar social mediante a remoção dos entraves ao funcionamento eficiente dos mercados¹²⁶, estarmos a violar os princípios mais elementares do Direito.

126 Sobre o objetivo primacial do Direito da Concorrência, ver Pinto Monteiro, 2010: 33.

BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA MACHADO, João
 2006 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 15.º reimpressão, Coimbra: Almedina.
- BAUDENBACHER, Laura Melusine & WEITBRECHT, Andreas
 2018 “Facilitation of infringements of EU competition law and general principles common to the laws of Member States”, in *European Competition Law Review*, vol. 39, pp. 1-9.
- CHAN, Sunny S.H.
 2016 “AC-Treuhand: what is the ambit of cartel facilitators’ liability?”, in *European Competition Law Review*, vol. 37, pp.133-138.
- CUFF, Rachel
 2018 *EU antitrust compliance and third parties: how can you minimise the risks?*, Global Compliance News, disponível em <https://globalcompliancenes.com/eu-antitrust-compliance-and-third-parties-how-can-you-minimise-the-risks/>.
- EZRACHI, Ariel
 2016 *EU Competition Law Na Analytical Guide to the Leading Cases*, 5.ª ed, Oregon: Oxford and Portland, Hart Publishing.
- GHEZZI, Federico & MAGGIOLINO, Mariateresa
 2014 *Know your Enemy: The Dark Side of Information Flows*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2597687, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2597687> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2597687>.
- GRAHAM, Ben
 2013 *Ab Extra: Hub & spoke cartels: the key lessons from recent enforcement action in Europe*, mLex, disponível em <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=442930&siteid=-1>.
- Graig, PAUL & BÚRCA, Graíne de
 2015 *EU Law Text, Cases and Materials*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- HORNBY, Albert Sidney
 2002 *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- JONES, Alison & SUFRIN, Brenda
 2017 *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

- LEVY, Nicholas & PATEL, Ruchit
2010 *The development of UK jurisprudence on hub-and-spoke cartels*, Global Competition Review, disponível em <https://globalcompetitionreview.com/benchmarking/october-2010/1052905/the-development-of-uk-jurisprudence-on-hub-and-spoke-cartels>.
- MARCHISIO, Emiliano
2017 “From concerted practices to ‘invitations to collude’”, in *European Competition Law Review*, vol. 38, pp. 555-556.
- MCCABE, Aoife
2012 “The English Court of Appeal’s legal test for ‘hub and spoke’ cartels – is it compatible with EU jurisprudence?”, in *European Competition Law Review*, vol. 33, pp. 452-456.
- MOURA E SILVA, Miguel
2018 *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL Editora.
- ODUDO, Okeoghene
2011 “Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion”, in *European Competition Journal*, vol. 7, pp. 205-242.
- ORBACH, Barak
2016 *Hub-and-Spoke Conspiracies*, 15 Antitrust Source, No. 3, at 1, Arizona Legal Studies Discussion Paper No 16-11, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765476>.
- OVERD, Alan
2011 “Effects analysis in hub and spoke cartels”, in *European Competition Law Review*, vol. 32, pp. 248-249.
- PETIT, Nicolas
2018 *Much Ado about Nothing*, disponível em <https://chillingcompetition.com/2011/02/21/much-ado-about-nothing/>.
- PINTO MONTEIRO, Luís
2010 *A Recusa em Licenciar Direitos de Propriedade Intelectual no Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
- SAHUGUET, Nicolas & WALCKIERS, Alexis
2014 *Hub-and-spoke conspiracies: the vertical expression of a horizontal desire?*, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2502147>.
- SMITH, Adam
1999 *Riqueza das Nações*, 4.^a ed., vol. I., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

VERECKEN, Bram

2015 *Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law*, Universiteit Geit, LLM Paper, disponível em https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/213/684/RUG01-002213684_2015_0001_AC.pdf.

WIJCKMANS, Frank, TUYTSCHAEVER, Filip & VANDERELST, Alain

2006 *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press.

Documentos oficiais

COMISSÃO EUROPEIA

2011 *Comunicação da Comissão – Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, JO C 31, de 14.1.2011.

2014 *Comunicação da Comissão – Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)*, JO C 291 de 30.8.2014.

Sobre o objetivo primacial do Direito da Concorrência, ver Pinto Monteiro, 2010: 33.