

PUNIÇÃO CONTRAORDENACIONAL DO INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES ENTRE EMPRESAS FUNDADA NOS SEUS EFEITOS POTENCIAIS SOBRE A CONCORRÊNCIA

Jorge de Figueiredo Dias

Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Nuno Brandão

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. O intercâmbio de informações entre empresas concorrentes pode constituir uma prática suscetível de afetar um processo concorrencial efetivo e vem sendo, por isso, enquadrado, a nível europeu e nacional, na proibição de acordos entre empresas, de decisões de associações de empresas e de práticas concertadas que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (art. 101.º do TFUE e art. 9.º da Lei da Concorrência — Lei n.º 19/2012). Na ordem jurídica nacional, um intercâmbio de informações que viole uma tal proibição constitui contraordenação (cf. alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do art. 68.º da Lei da Concorrência (LC)); e na ordem jurídica europeia corresponde à infração prevista no art. 23.º, n.º 2, al. *a*), do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho.

Dada esta relevância sancionatória, as autoridades administrativas e judiciais, europeias e nacionais, vêm desenvolvendo uma prática decisória que passa pela dilucidação dos tipos de intercâmbio de informações que poderão assumir significado como acordos entre empresas nocivos para a concorrência e, como tal, proibidos sob ameaça de coima (art. 69.º-2 da LC e art. 23.º-1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003). Sob o pano de fundo da contraposição normativa entre acordos anticoncorrenciais pelo objeto ou pelo efeito, que constitui a chave heurística de descodificação da tipificação do cartel constante dos arts. 101.º do TFUE e do art. 9.º da LC⁽¹⁾, certas formas de troca de informações são, desde logo, qualificadas como acordos entre empresas que configuram uma restrição da concorrência pelo objeto e, assim, imediatamente puníveis por essa via. Identificam-se ainda outras espécies de intercâmbio de informações que embora não pareçam *per se* suficientes para prejudicar a concorrência, acabam, mesmo assim, por considerar-se violadores das proibições constantes dos arts. 101.º do TFUE e do art. 9.º da LC. Conclusão, esta última, que se funda, porém, não na concreta e efetiva verificação de *reais efeitos* nefastos sobre a concorrência — como a tradicional interpretação da (segunda) modalidade típica de acordos restritivos ofensivos da concorrência *pelo efeito* poderia levar a pensar —, mas antes, simplesmente, na admissão de *efeitos potenciais* sobre a concorrência. Esta posição vem fazendo o seu curso na prática decisória da Comissão Europeia⁽²⁾ e tem sido igualmente adotada pelo Tri-

⁽¹⁾ *Consten e Grundig c. Comissão*, Acórdão do Tribunal de Justiça (TJ) de 13-07-1966 (Procs. 56/64 e 58/64), e *LTM / MBU c. Comissão*, Acórdão do TJ de 30-06-1966 (Proc. 56/65). Cf. ainda, na doutrina portuguesa, LUÍS D. S. MORAIS, *Os Conceitos de Objecto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infracções de Concorrência*, Almedina, 2009, p. 28 e ss., e MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES / CATARINA ANASTÁCIO, *in: Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, Art. 9.º, p. 94 e ss.

⁽²⁾ COMISSÃO EUROPEIA, Decisão de 17-02-1992 (92/157/CEE), e “Orien-

bunal de Justiça da União Europeia⁽³⁾ e, entre nós, pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão⁽⁴⁾.

É esta corrente decisória, administrativa e judicial, relativa aos efeitos potenciais sobre a concorrência dos acordos de intercâmbio de informações entre empresas que aqui nos propomos apreciar criticamente. Para tal, começaremos por delimitar as partilhas de informações que podem reconduzir-se a acordos anticoncorrenciais pelo objeto, posto o que ponderaremos a viabilidade de qualificar as demais como acordos proibidos e punidos pelas legislações europeia e nacional em virtude dos seus efeitos potenciais sobre a concorrência.

2. A jurisprudência do TJUE relativa à troca de informações tem integrado a questão no princípio geral de que “qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum”⁽⁵⁾.

tações sobre a aplicação do Artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal”, 2011/C 11/01, *JO* de 14-01-2011, C 11/1, n.º 55 e ss.

⁽³⁾ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27-10-1994 (Proc. T-35-92) e do TJ de 28-05-1998 (Proc. C-7/95 P), ambos no caso *John Deere c. Comissão*.

⁽⁴⁾ Sentença de 19-07-2013 dada no processo n.º 88/12.1YUSTR (disponível em www.concorrencia.pt), que puniu as empresas arguidas pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência. A partilha de informações dada como provada pelo Tribunal versava contratos celebrados no mercado de restauração coletiva, abrangendo listagens de aberturas e encerramentos de “unidades” do ano anterior, bem como referências a clientes ou contratos individuais. Embora as informações trocadas não se referissem a dados sobre comportamentos futuros das arguidas, nem abrangessem menções a preços das refeições ou ao volume da faturação, não se tendo sequer apurado a existência de efeitos reais sobre a concorrência, o Tribunal responsabilizou e condenou as arguidas por uma prática anticoncorrencial com efeitos restritivos da concorrência. O recurso ao conceito de efeito potencial sobre a concorrência foi, por isso, decisivo para a afirmação da verificação da infração.

⁽⁵⁾ Uma jurisprudência que remonta já, pelo menos, ao caso *Suiker Unie* e retomada, no específico contexto da troca de informações, nos casos *John Deere c.*

Não resulta deste princípio uma proibição de contactos entre operadores económicos concorrentes entre si e menos ainda uma genérica e absoluta proibição de partilha de informações entre concorrentes. Sendo em geral reconhecido que a troca de informações não tem por si só de representar uma ameaça negativa para o processo concorrencial, antes podendo perfeitamente ter efeitos benéficos sobre a concorrência⁽⁶⁾, com ganhos de eficiência⁽⁷⁾ e vantagens mediatas ou imediatas para os consumidores⁽⁸⁾, seria materialmente incompreensível que, em nome da proteção da concorrência, fossem terminante e aprioristicamente vedados quaisquer contactos entre concorrentes que pudessem traduzir-se no intercâmbio de informações. Não é isso, na verdade, que as instâncias europeias sustentam.

Em rigor, a troca de informações vem sendo considerada inadmissível somente quando “o contacto direto ou indireto entre operadores económicos [for] *suscetível* de influenciar o comportamento no mercado de um concorrente atual ou potencial, quer a revelar a esse concorrente o comportamento que ele próprio decidiu ou tenciona adotar no mercado quando esses contactos tenham por objetivo ou efeito conduzir a condições de concor-

Comissão, Acórdão do TJ de 28-05-1998 (Proc. C-7/95), n.º 86; *Asnef-Equifax*, Ac. do TJ de 23-11-2006 (Proc. C-238/05), n.º 52; *T-Mobile*, Ac. do TJ de 04-06-2009 (Proc. C-8/08), n.º 32 e s.; *Dole Food c. Comissão*, Ac. do TG de 14-03-2013 (Proc. T-588/08), n.º 339; e *Eturas*, Ac. do TJ de 21-01-2016 (Proc. C-74/14), n.º 27.

⁽⁶⁾ Para uma análise exaustiva, cf. AA. VV., *in*: Konkurrensverket / Swedish Competition Authority (org.), *The Pros and Cons of Information Sharing*, Kalmar, 2006, (www.kkv.se), *passim*.

⁽⁷⁾ KAI-UWE KÜHN, “Designing competition policy towards information exchanges — looking beyond the possibility results”, *in*: OECD, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP(2010)37, 2011, (www.oecd.org/dataoecd/12/52/48379006.pdf), p. 418.

⁽⁸⁾ Assim, expressamente, a COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 57.

rência que não correspondam às condições normais do mercado em causa”⁽⁹⁾. Se o que se pretende evitar é que o intercâmbio de informações possa “quer influenciar a atuação no mercado de um concorrente atual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a atuação que o outro ou os outros operadores decidiram adotar ou planeiam adotar nesse mercado”⁽¹⁰⁾, à partida só deverá ter-se como *proibida* a troca de informações que for “suscetível de permitir às empresas conhecer as posições no mercado e a estratégia comercial dos seus concorrentes e, deste modo, de alterar sensivelmente a concorrência que existe entre os operadores económicos”⁽¹¹⁾.

Não será assim qualquer troca de informações que deverá, sem mais, considerar-se proibida *a se*, como infração anticoncorrencial pelo objeto, mas apenas aquela que, atendendo ao seu conteúdo e às características do mercado, possa considerar-se *especialmente apta a facilitar* a implementação de uma estratégia comercial concertada entre os concorrentes. O que essencialmente está em causa, como bem nota a Comissão Europeia, é a *possibilidade de o intercâmbio informacional favorecer a adoção de um comportamento colusivo no mercado*. “Assim, o intercâmbio pode constituir uma prática concertada se reduzir a incerteza estratégica no mercado, favorecendo deste modo um comportamento colusivo”⁽¹²⁾.

2.1 Esta eleição da facilitação de práticas colusivas como ponto nodal do relevo anticoncorrencial da troca de informações tem como pano de fundo a teoria dos jogos em mercados oligopo-

⁽⁹⁾ *Ac. TJ Asnef-Equifax* (nota 5), n.º 52.

⁽¹⁰⁾ *Ac. TJ T-Mobile* (nota 5), n.º 33.

⁽¹¹⁾ *Ac. TJ T-Mobile* (nota 5), n.º 34, seguido pela COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 61.

⁽¹²⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 61.

listas desenvolvida pela ciência económica⁽¹³⁾. Para esta, a preocupação fundamental em matéria de intercâmbio de informações é a sua potencialidade para facilitar uma colusão explícita ou implícita entre concorrentes⁽¹⁴⁾. Deverá ser então a essa luz que há de desenvolver-se o escrutínio jusconcorrencial a que as práticas de partilha de informações sejam submetidas.

Premissa basilar de toda a construção é a ideia de que para os concorrentes em disputa no mercado existirá uma situação de equilíbrio que congregue as várias possíveis estratégias individuais dessas empresas e represente, do mesmo passo, a melhor estratégia para cada operador⁽¹⁵⁾. Ora, “na generalidade dos casos onde a colusão se mostra viável, há uma multiplicidade de possíveis equilíbrios que poderão ser alcançados através de um esquema colusivo. Este amplo espectro de equilíbrios, variando desde o preço competitivo ao preço monopolista, levanta imediatamente uma das mais difíceis e importantes questões para as empresas envolvidas: que equilíbrio deverá ser escolhido?”⁽¹⁶⁾.

É aqui que a troca de informações pode desempenhar um papel vital para a definição da estratégia de cada um dos concorrentes. Inexistindo contactos entre as empresas, a larga amplitude dos pontos de equilíbrio possíveis deixa-as numa situação de incerteza sobre qual será o comportamento futuro dos demais operadores e assim sobre qual a melhor estratégia a seguir para servir os seus

⁽¹³⁾ Cf. KAI-UWE KÜHN, “Fighting collusion by regulating communication between firms”, *Economic Policy*, 2001, p. 180 e ss., XAVIER VIVES, “Information sharing: economics and antitrust”, in: *The Pros and Cons of Information Sharing* (nota 6), p. 88, e ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis in information exchange among competitors”, *Global Antitrust Review*, 2012, (www.icc.qmul.ac.uk/GAR/GAR2012), p. 21.

⁽¹⁴⁾ Nestes exatos termos, KAI-UWE KÜHN, “Designing competition...” (nota 7), p. 418 e s.

⁽¹⁵⁾ ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), p. 21.

⁽¹⁶⁾ ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), p. 23 e s.

próprios interesses. Com efeito, nada garante que as empresas concorrentes partilhem a mesma visão sobre o equilíbrio em que devem apostar e será assim provável que o equilíbrio para que cada uma delas tenda acabe por ser diferente do das demais⁽¹⁷⁾. Deste modo, uma vez que em jogos com múltiplos equilíbrios não pode tomar-se como certo que, na ausência de comunicação sobre a conduta planeada, os jogadores poderão antecipar a jogada dos seus rivais, “a inexistência de um conhecimento comum acerca da jogada planeada conduzirá então a uma incerteza estratégica sobre o movimento possível do oponente”⁽¹⁸⁾. É neste contexto que a troca de informações pode revelar-se de particular interesse para as empresas em confronto, precisamente porque aparece como um “instrumento extremamente útil para eliminar ou reduzir a incerteza estratégica que envolve esta matéria, assim chegando a um equilíbrio mutuamente vantajoso e eficiente”⁽¹⁹⁾.

2.2 Postas assim as coisas, afigura-se evidente que não é qualquer troca de informação que estará em condições de abrir caminho a uma composição dirigida à prossecução de um tal equilíbrio por via da aludida diminuição da incerteza estratégica. Mas, concomitantemente, torna-se igualmente compreensível que certos tipos de partilha de informações sejam reconduzidos a infrações anticoncorrenciais pelo objeto, atenta a sua marcada aptidão para dar azo a uma coordenação de comportamentos dos vários concorrentes.

⁽¹⁷⁾ KAI-UWE KÜHN, “Fighting collusion...” (nota 13), p. 181, e ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), p. 24.

⁽¹⁸⁾ KAI-UWE KÜHN, “Fighting collusion...” (nota 13), p. 181. Nesta direção, ainda a COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 61, nota 4: “Verifica-se uma incerteza estratégica no mercado visto que existem diversos cenários de colusão possíveis e porque as empresas não podem ter um conhecimento perfeito do comportamento passado e atual dos seus concorrentes e dos novos participantes no mercado”.

⁽¹⁹⁾ ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), p. 24.

É assim então que, como se referiu, a Comissão Europeia entende que “o intercâmbio de informações pode constituir uma prática concertada se reduzir a incerteza estratégica no mercado”⁽²⁰⁾. Ponto é que o intercâmbio favoreça a adoção de um comportamento colusivo no mercado.

Se do que se trata é de antecipar quais os tipos de comportamento que, através da redução da incerteza estratégica, poderão facilitar uma prática coordenada dos concorrentes, parece óbvio que entrarão aí desde logo aqueles através dos quais uma empresa revele a uma sua concorrente que política comercial pretende seguir ou lhe dê a conhecer determinados elementos críticos para a definição da sua futura ação comercial no mercado. Por isso que se assiste a uma larga convergência de opiniões dos mais diversos quadrantes — do Tribunal de Justiça⁽²¹⁾ à Comissão Europeia⁽²²⁾, passando pela ciência económica⁽²³⁾ e pela doutrina da concorrência⁽²⁴⁾ — no sentido de que, neste domínio, a maior ameaça para uma sã concorrência está na troca de informações sobre *comportamentos futuros*, designadamente, sobre *preços e quantidades a praticar ou produzir no futuro*.

⁽²⁰⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 61.

⁽²¹⁾ *Ac. TJ T-Mobile* (nota 5), n.º 34 e ss.; e *Ac. TG Dole Food*, (nota 5), n.º 60 e ss.

⁽²²⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 62: “A partir do momento em que uma empresa divulga informações confidenciais sobre a sua política comercial futura aos seus concorrentes, diminui para todos os participantes a insegurança estratégica sobre o comportamento futuro no mercado e aumenta o risco de se verificar uma diminuição da concorrência e de ser adotado um comportamento colusivo”.

⁽²³⁾ XAVIER VIVES, “Information sharing” (nota 13), p. 88 e ss., e ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), p. 38.

⁽²⁴⁾ RICHARD WHISH, “Information agreements”, *in: The Pros and Cons of Information Sharing* (nota 6), p. 37 e s.

Como sublinha Angela Ortega González, “existe um consenso generalizado entre os economistas sobre a circunstância de que o intercâmbio de informações entre concorrentes tendo por objeto intenções futuras sobre preços ou quantidades pode ser altamente valioso para as empresas que desejem coordenar a sua conduta. A alta instrumentalidade deste tipo de informação liga-se diretamente às questões que advêm da multiplicidade de equilíbrios e da consequente incerteza estratégica. Quando as empresas se deparam com uma série de possíveis equilíbrios e não é para elas evidente que opção deverá ser tomada, uma informação acerca de intenções futuras e variáveis concorrenciais sensíveis, como as relativas aos preços e quantidades, constitui obviamente o tipo de informações-chave que as podem ajudar a solucionar o dilema da seleção do equilíbrio”⁽²⁵⁾. Mais, é justamente por entender que “a troca de informações individualizadas acerca das intenções de uma empresa relativamente ao seu comportamento futuro em matéria de preços ou quantidades é particularmente suscetível de dar origem a um comportamento colúsvivo”⁽²⁶⁾ que a Comissão Europeia conclui que “o intercâmbio, entre concorrentes, de dados individualizados relativos às *intenções futuras* em matéria de preços ou quantidades deve ser considerado uma restrição da concorrência por objeto”⁽²⁷⁾.

Esta linha de pensamento conheceu concreta aplicação nos recentes casos *T-Mobile* e *Dole Food*, apreciados pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral⁽²⁸⁾. Estando neles em causa a comuni-

⁽²⁵⁾ ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), p. 24; e no mesmo sentido, XAVIER VIVES, “Information sharing” (nota 13), p. 89 (“*Communication about future conduct may help solve the coordination problem*”), e PETER MØLLGAARD / PER BALTZER OVERGAARD, “Transparency and competition policy”, in: *The Pros and Cons of Information Sharing* (nota 6), p. 108.

⁽²⁶⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 72.

⁽²⁷⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 73.

⁽²⁸⁾ *Ac. TJ T-Mobile* (nota 5), n.º 35 e ss.; e *Ac. TG Dole Food* (nota 5), n.º 60 e ss., confirmado pelo *Ac. do TJ de 19-03-2015* (Proc. C-286/13P).

cação de planos quanto à fixação de preços a praticar no futuro — os preços a pagar pelos concorrentes a revendedores no caso *T-Mobile*; os preços a cobrar a clientes no caso *Dole Food* —, os fatores decisivos para a qualificação destas trocas de informações como infrações anticoncorrenciais pelo objetivo foram a importância crítica dos elementos comunicados para a definição da conduta comercial das concorrentes e o carácter futuro dos elementos desvelados.

2.3 Se a potencialidade da partilha de informações sobre comportamentos ou dados estratégicos futuros *para a facilitação de práticas colusivas* é em geral encarada como suficientemente séria e elevada para que, em mercados concentrados, deva ser sem mais proibida enquanto infração anticoncorrencial pelo objetivo, o mesmo já não se poderá concluir em relação às trocas de informações que versem sobre *elementos passados ou até mesmo atuais* ⁽²⁹⁾. Uma vez que a doutrina económica não logra demonstrar que o intercâmbio de informações acerca de dados passados é em geral por si só suficiente para que se possam antever os planos comerciais futuros dos concorrentes e assim favorecer a sua coordenação no mercado, vemos a própria Comissão Europeia a afastar a possibilidade de reconduzir tal tipo de partilha a uma infração anticoncorrencial pelo objeto, inclusive quando estão em causa dados atuais ⁽³⁰⁾. Com efeito, o único tipo de troca de informações que a Comissão Europeia admite qualificar como infração pelo objeto é o intercâmbio, entre concorrentes, de dados individualizados relativos às intenções futuras em matéria de preços ou quantidades ⁽³¹⁾. Todos os demais contactos entre concorrentes que

⁽²⁹⁾ Cf. RICHARD WHISH, “Information agreements” (nota 24), p. 41 e s., e PETER MØLLGAARD / PER BALTZER OVERGAARD, “Transparency and competition policy” (25), p. 108 e s.

⁽³⁰⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.ºs 106 e 107.

⁽³¹⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.ºs 72 e 73.

passem pela disponibilização de informações relativos ao seu passado ou atual momento comercial são remetidos para o plano dos “efeitos restritivos da concorrência”⁽³²⁾.

Não obstante, identifica-se um perigo consistente para o processo concorrencial na troca de informações que tem por objeto variáveis comerciais passadas ou atuais quando esta tem a virtualidade de assegurar a sobrevivência de uma prática colusiva já eventualmente instituída, dada a sua utilidade para que as partes envolvidas se possam vigiar umas às outras, assim verificando se o acordo anticoncorrencial vem sendo efetivamente cumprido, viabilizando, do mesmo passo, a adoção de medidas punitivas em relação aos intervenientes que se desviem do plano colusivo⁽³³⁾. A troca de informações possui assim um valor instrumental, estando ao serviço da monitorização do mercado, sobretudo para controlo de eventuais desvios dos membros do conluio, e do pronto acionamento de retaliações comerciais sempre que algum interveniente ponha em causa o equilíbrio tido como desejável.

Para que isto suceda, ou seja, para que com um mínimo de consistência possa apontar-se uma potencialidade anticoncorrencial a uma troca de informações sobre dados passados, cumpre verificar se o plano gizado num acordo anticoncorrencial já

(32) Cf. COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 75 e ss.

(33) Cf. ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), pp. 30 e ss. e 36 e s.; e ainda COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 67: “Uma outra via através da qual o intercâmbio de informações pode provocar efeitos restritivos da concorrência consiste no facto de aumentar a estabilidade interna de um comportamento colusivo no mercado. Em especial, pode fazê-lo ao permitir que as empresas envolvidas controlem os desvios. Por exemplo, o intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que *as empresas participantes na colusão controlem*, a um nível suficiente, se as restantes empresas se estão *a desviar do comportamento colusivo*, sabendo assim quando exercer *retaliação*. Esse mecanismo de controlo pode ser constituído pelo *intercâmbio de dados presentes ou passados*”.

está efetivamente em curso. Pois, como é lógico, “um mecanismo para monitorizar a aderência à colusão e para detetar desvios só fará sentido ali onde um compromisso colusivo já haja sido firmado e posto em prática”⁽³⁴⁾. Preços e volumes de vendas são tidos como os elementos comerciais mais valiosos para as práticas colusivas, agora neste contexto de monitorização e punição. Não seguramente por acaso, entre os exemplos escolhidos pela Comissão Europeia para ilustrar sistemas de intercâmbio de informações referentes a dados atuais encontramos à cabeça as trocas de informações sobre preços⁽³⁵⁾. Se o que está em causa é vigiar o mercado e punir desvios, designadamente através de uma guerra de preços, não custa intuir que o elemento mais útil para esses efeitos é o conhecimento dos preços.

3. Em consonância com aquele que é o pensamento de há muito consolidado em relação à interpretação dos tipos legais, de direito europeu e nacional, que preveem e proíbem as práticas restritivas da concorrência, nas instâncias administrativas e judiciais de tutela da concorrência tem prevalecido o entendimento de que a impossibilidade de enquadrar determinada troca de informações na forma típica de restrição pelo objeto deixará, contudo, em aberto uma possível imputação de uma infração pelo efeito.

Seguindo esta *via dos efeitos restritivos* da concorrência, acrescenta-se, porém, que nesta modalidade infracional podem abrigar-se não só aquelas práticas com comprovados efeitos nocivos sobre a concorrência, como ainda também as condutas potencialmente ofensivas da concorrência, invocando-se para tanto o conceito de *efeitos potenciais*. De acordo com esta perspetiva, relevantes para o preenchimento do tipo-de-ilícito de práticas restritivas da concorrência pelos efeitos são tanto os comportamentos

(34) ANGELA ORTEGA GONZÁLEZ, “Object analysis...” (nota 13), p. 36.

(35) COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 106 e s.

com efeitos reais sobre a concorrência, como ainda, inclusive, os que só potencialmente possam repercutir-se sobre o processo concorrencial.

Esta posição começou por ser assumida pela Decisão da Comissão Europeia de 17-02-1992 no caso do “Intercâmbio de registo de tratores agrícolas no Reino Unido” e foi depois acolhida pelo Tribunal de Justiça, nos acórdãos *John Deere c. Comissão* ⁽³⁶⁾, que aceitou como válida a ideia de que “o n.º 1 do artigo 85.º [do Tratado CE, correspondente ao atual art. 101.º-1 do TFUE] deve ser interpretado como incluindo os efeitos anticoncorrenciais potenciais” ⁽³⁷⁾. Na jurisprudência portuguesa, foi também neste sentido que se pronunciou o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão na sentença de 19-07-2013 ⁽³⁸⁾.

Temos para nós que esta pretensão de fazer entrar a potencialidade de efeitos anticoncorrenciais no conceito típico de efeitos restritivos da concorrência é merecedora das maiores reservas e não pode ser aceite, não só no plano do direito contraordenacional nacional, como também no do direito europeu da concorrência.

3.1 Segundo os tipos legais contraordenacionais em apreço, a proibição contraordenacionalmente relevante incide sobre os acordos entre empresas “que *tenham* por objeto ou *como efeito* impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional” (art. 9.º-1 da LC e 101.º-1 do TFUE / art. 68.º-1, *a*) e *b*), da LC). Além dos acordos que tenham por objetivo uma restrição da concorrência, o tipo legal abrange ainda então os acordos que *tenham como efeito* impedir, falsear ou

⁽³⁶⁾ *John Deere c. Comissão*, Acórdão do TPI, de 27-10-1994 (Proc. T-35/92), n.ºs 61 e 92; seguido do Acórdão do TJ de 28-05-1998 (Proc. C-7/95), n.º 77. Na mesma direção, o *Ac. TJ Asnef-Equifax* (nota 5), n.º 50.

⁽³⁷⁾ COMISSÃO EUROPEIA, Decisão de 17-02-1992, 92/157/CEE, n.º 51.

⁽³⁸⁾ Proc. n.º 88/12.1YUSTR — p. 258 e ss.

restringir a concorrência. Não, portanto, nesta segunda vertente, acordos *que possam ter como efeito*, mas sim apenas acordos *que tenham* como efeito uma restrição da concorrência.

A exigência de que a concorrência seja realmente, efetivamente afetada em consequência de um determinado comportamento do agente económico como condição *sine qua non* para que lhe possa ser imputada uma infração restritiva da concorrência pelo seu efeito faz já parte do cânone da jurisprudência europeia sobre esta matéria. No modo de ver do Tribunal de Justiça, para que de uma infração pelos efeitos se possa falar não basta que dada conduta seja suscetível ou apta a desencadear efeitos nocivos sobre a concorrência. Ou seja, não é suficiente que, com o seu comportamento, o agente económico possa afetar ou pôr em perigo a concorrência, sendo sempre necessário que a prejudique mesmo, realmente. Tanto assim que, nesta sede, é sempre necessário comparar e comprovar a situação concorrencial resultante da prática sob análise com aquela que provavelmente existiria caso esta não tivesse tido lugar. Encontramos esta visão do Tribunal de Justiça tanto em acórdãos distantes e seminais como o Acórdão *LTM / MBU c. Comissão* ⁽³⁹⁾, como em decisões mais recentes, de que são exemplos paradigmáticos os Acórdãos *Beef Industry*, *T-Mobile* e *Dole Food*. No caso *Beef Industry*, o Tribunal de Justiça voltou a recordar que “segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de junho de 1966, LTM (56/65, Colect. 1965-1968, pp. 381, 387 e 388), o carácter alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objeto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. Porém, se a análise das cláusulas deste acordo não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o

⁽³⁹⁾ Ac. TJ *LTM / MBU c. Comissão* (nota 1), p. 388.

mesmo possa ser objeto da proibição, exigir a reunião dos fatores que determinam que a concorrência *foi de facto* impedida, restringida ou falseada de forma apreciável”⁽⁴⁰⁾. Exigência esta — a de que uma imputação de uma infração pelo efeito carece da demonstração de que a “concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada” — que voltou a ser reiterada no específico domínio do intercâmbio de informações pelos *Acórdãos T-Mobile*⁽⁴¹⁾ e *Dole Food*⁽⁴²⁾.

3.2 Entender que a proibição com relevo jusconcorrencial no plano dos efeitos leva pressuposta a real produção de um impacto negativo sobre a concorrência implica necessariamente exigir como elemento irrenunciável do tipo-de-ilícito da infração contraordenacional correspondente a lesão, sob a forma de impedimento, restrição ou falseamento, do bem jurídico a que a norma se refere. O perfeccionamento do tipo não se contenta assim com a verificação de um comportamento que, pela sua perigosidade imanente, permita que sem mais se presuma que a concorrência se encontra sob ameaça e irá inevitavelmente resultar prejudicada. Porque assim é, porque o preenchimento do ilícito-típico não prescinde da verificação de uma autêntica lesão da concorrência, a única configuração dogmaticamente válida desta contraordenação pelo efeito é a que aponta para a sua qualificação como *infração de dano*⁽⁴³⁾.

A esta mesma conclusão têm chegado a doutrina⁽⁴⁴⁾ e a juris-

⁽⁴⁰⁾ *Ac. TJ* de 20-11-2008 (Proc. C-209/07), n.º 15.

⁽⁴¹⁾ *Ac. TJ T-Mobile* (nota 5), n.º 28.

⁽⁴²⁾ *Ac. TG Dole Food* (nota 5), n.º 68.

⁽⁴³⁾ Sobre este conceito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2007, 11.º Cap., § 45.

⁽⁴⁴⁾ Cf. MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, p. 106, FIGUEIREDO DIAS / FLÁVIA LOUREIRO, *in: Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense* (nota 1), Art. 68.º, p. 687, e DANNECKER / BIERMANN, *in: Immenga / Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5.^a ed., C. H. Beck, 2014, § 81 n.ºs m. 51 e 70.

prudência⁽⁴⁵⁾ que enfrentam esta problemática sob um prisma contraordenacional. Tendo em conta aquele modo como o Tribunal de Justiça encara esta prática restritiva da concorrência por efeito, não é, na verdade, senão cogitável uma sua caracterização como contraordenação de dano ou de lesão (*Verletzungsdelikt*⁽⁴⁶⁾). No sentido de que se trata não só de uma infração de dano, como ainda inclusive de uma infração de resultado⁽⁴⁷⁾, tem-se pronunciado o Tribunal da Relação de Lisboa, para quem, nesta vertente típica, “na medida em que se exige a produção de um efeito — restrição da concorrência, distinto da ação — acordo — estamos perante uma infração de resultado”⁽⁴⁸⁾.

Em face desta qualificação da contraordenação restritiva da concorrência pelo efeito como infração de dano, para que a mesma possa ser imputada a uma empresa cumpre então provar que do seu comportamento resultaram consequências efetivamente danosas para o processo concorrencial. Se não for esse o caso, inexistirá base legal para responsabilizá-la contraordenacionalmente por tal comportamento. Aliás, tratando-se de facto que, pelas suas características, não justi-

⁽⁴⁵⁾ Cf. as Sentenças do Tribunal do Comércio de Lisboa de 09-12-2005 (Proc. 1307/05.6TYLSB), p. 24; de 15-02-2007 (Proc. 766/06.4TYLSB), p. 61; de 12-01-2006 (Proc. 1302/05.5TYLSB), p. 16 e s.; de 10-08-2007 (Proc. 1050/06.9TYLSB), p. 27, recenseadas por MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência Anotada*, p. 106, nota 213, e disponíveis em www.concorrenca.pt. E do Tribunal da Relação de Lisboa, os Acórdãos de 07-11-2007 (Proc. n.º 7251/2007-3, www.concorrenca.pt), p. 33; e de 25-11-2008 (Proc. n.º 6057/08-5, www.concorrenca.pt), pp. 71 e 82.

⁽⁴⁶⁾ Assim, na doutrina alemã, precisamente na base de que o tipo exige uma efetiva (*tatsächlich*) restrição da concorrência, DANNECKER / BIERMANN, *GWB*⁵ (nota 44), § 81, n.º m. 70.

⁽⁴⁷⁾ Nestes mesmos termos, de novo, DANNECKER / BIERMANN, *GWB*⁵ (nota 44), § 81, n.º m. 51, referindo-se à contraordenação pelo efeito como um *Erfolgdelikt* (“delito de resultado”).

⁽⁴⁸⁾ Ac. do TRL de 25-11-2008 (Proc. n.º 6057/08-5, www.concorrenca.pt), p. 82.

fica a sua proibição contraordenacional como infração pelo objeto, a persistir-se numa tal responsabilização estar-se-á, em retas contas, a punir a empresa por uma conduta que, além de não ter lesado a concorrência, não era sequer à partida de tal modo perigosa que fosse especialmente apta a fazê-lo.

Nesta lógica dicotômica, não nos parece possível atribuir relevo contraordenacional a intercâmbios de informação entre empresas com base no seu efeito potencialmente prejudicial sobre a concorrência.

3.3 A tese dos efeitos potenciais sustenta, de todo modo, que, em matéria de intercâmbio de informações, mais do que os efeitos reais o que conta são os seus *efeitos prováveis* sobre a concorrência. Assim, em vez de, como é usual, considerar-se necessário verificar se com a conduta sujeita a escrutínio a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada, no âmbito da partilha de informações já se julga suficiente demonstrar a existência de um efeito meramente potencial, bastando que o intercâmbio seja “*suscetível* de ter um impacto negativo significativo num (ou em vários) parâmetros da concorrência”⁽⁴⁹⁾. Além disso, *et pour cause*, dispensa-se a apreciação da concorrência “*no quadro real* em que se produziria se não existisse o acordo controvertido”⁽⁵⁰⁾ e contrapõe-se que “na apreciação dos efeitos restritivos devem ser comparados os *efeitos prováveis* do intercâmbio de informações com a situação concorrencial que existiria na ausência desse intercâmbio de informações específico”⁽⁵¹⁾.

Creemos que esta conceção ampla dos efeitos restritivos da concorrência, desenvolvida com vista a neles integrar os efeitos

⁽⁴⁹⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 75 — na versão inglesa: “it must be *likely to have* an appreciable adverse impact on one (or several) of the parameters of competition” (it nosso).

⁽⁵⁰⁾ Ac. TJ *LTM / MBU c. Comissão* (nota 1), p. 388.

⁽⁵¹⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 75.

potenciais, deve ser repudiada, atenta a sua incompatibilidade com o teor literal do art. 9.º-1 da LC e do art. 101.º-1 do TFUE, bem como ainda as inarredáveis aporias de que não logra livrar-se.

a) Os arts. 9.º-1 da LC e 101.º-1 do TFUE proíbem os acordos *que tenham como efeito* impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência. Admitir que neste segmento normativo sejam integrados ainda os acordos que *possam ter* tal efeito é atribuir à norma de proibição um sentido já não coberto pela máxima amplitude lexical divisável na letra do tipo. Ora, como se viu, quando se alude a efeitos potenciais restritivos da concorrência associados a uma troca de informações o que se pretende significar é que uma dada troca é proibida por ser suscetível de prejudicar a concorrência, enfim, por *poder ter* um efeito nefasto sobre a concorrência. Deste modo, atribui-se àquele segmento típico (“tenham (...) como efeito”) um significado normativo (possam ter como efeito) que a sua letra não comporta, o que envolve uma ofensa ao princípio da legalidade contraordenacional⁽⁵²⁾. Ideia esta que se torna ainda mais clara quando se compara o teor do art. 101.º-1 do TFUE com o conteúdo das Orientações da Comissão Europeia a que nos vimos referindo nas respetivas versões em língua inglesa. É que se o Tratado se refere a “agreements (...) which *have* as their object or *effect* the prevention, restriction or distortion of competition”, as Orientações reportam-se a esses mesmos efeitos nos seguintes termos: “For an agreement to have restrictive effects on competition within the meaning of Article 101(1) *it must have, or be likely to have, an appreciable adverse impact on at least one of the parameters of competition on the market*”. Com isto se percebe que para atribuir ao conceito de efeitos restritivos da concorrência um significado que, ao lado dos efeitos reais (“*it*

⁽⁵²⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², I, 8.º Cap., § 20.

must have”), possa ainda abarcar os chamados efeitos potenciais, a Comissão Europeia se vê na contingência de lançar mão de um enunciado verbal — “*or be likely to have*” — que ultrapassa já a letra dos Tratados (*wich have*).

b) Esta adscrição ao tipo-de-ilícito de um significado não suportado pela letra da lei contende desde logo com o princípio da legalidade contraordenacional, resultando por isso prejudicada. Mas revela-se ainda problemática pela perturbação que introduz na compreensão da modalidade típica da restrição da concorrência pelos efeitos e pela desestabilização das relações de equilíbrio intratípicas que permitem assegurar a coerência normativa das duas normas de proibição inscritas no tipo legal global dos arts. 9.º-1 da LC e 101.º-1 do TGUE, a da proibição pelo objeto e a da proibição pelo efeito.

O princípio da tipicidade ou determinabilidade dos tipos legais imanente ao princípio geral da legalidade contraordenacional não pode deixar de repercutir-se numa exigência de rigorosa definição do conteúdo e das fronteiras dos elementos que dão corpo ao ilícito-típico punível⁽⁵³⁾. Sob esta perspetiva, a garantia de segurança jurídica reclamada pelo princípio do Estado de direito⁽⁵⁴⁾ e vazada no princípio da legalidade⁽⁵⁵⁾ não consente que um mesmo elemento típico — *v. g.*, “tenham (...) como efeito” — seja simultaneamente reconduzido a uma pluralidade de sentidos normativos materialmente inconciliáveis entre si. Nestes termos, e até ainda num plano lógico jurídico-normativo, salta à vista a impossibilidade de considerar preenchido certo pressuposto típico

(53) Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*², I, 8.º Cap., § 22.

(54) J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, 2003, p. 257 e s.

(55) NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, 2016, p. 891 e ss.

seja pela via da lesão do bem jurídico, seja pela da sua colocação em perigo. Para que, através de um paralelismo exemplificativo, tudo fique mais nítido, se a técnica legislativa de previsão da incriminação do homicídio consistisse na proibição de comportamentos que tenham como efeito a morte de uma pessoa, seria de convir que soaria a absurdo ilogismo admitir que a consumação de tal tipo incriminador pudesse ocorrer tanto no caso de realização de uma conduta que determinasse a morte de alguém, como logo na hipótese de ser levada a cabo uma ação que fosse suscetível de produzir a morte de outra pessoa. Em suma, aceitar que a infração da restrição da concorrência pelos efeitos possa consumir-se pela via da produção de reais efeitos sobre a concorrência ou ainda por “existir a probabilidade de o acordo ter efeitos anticoncorrenciais”⁽⁵⁶⁾ significa incorrer numa insanável aporia normativa.

c) A posição que preconiza a relevância típica dos efeitos potenciais sobre a concorrência no âmbito da infração anticoncorrencial pelos efeitos debate-se ainda com uma outra dificuldade inultrapassável: a diluição dos limites entre as restrições da concorrência pelo objeto e pelos efeitos a que acaba por conduzir. Se bem se reparar, a forma como se procura caracterizar os ditos efeitos potenciais acaba por ir ao encontro e coincidir no essencial com a descrição normalmente traçada das restrições da concorrência pelo objeto. Na verdade, se estas últimas são vistas como “restrições que, à luz dos objetivos das regras comunitárias da concorrência, têm um *elevado potencial* em termos de efeitos negativos da concorrência”⁽⁵⁷⁾, nas infrações anticoncorrenciais pelos efeitos potenciais deverão estar em causa acordos que sejam suscetíveis de ter um impacto negativo, provável, sobre algum dos parâmetros

⁽⁵⁶⁾ “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, 2004/C 101/08, *JO C 101/97*, de 27-04-2004, n.º 24.

⁽⁵⁷⁾ COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 56), n.º 24.

da concorrência no mercado⁽⁵⁸⁾. Transpostas estas diretrizes para o campo da troca de informações, verificamos que haverá uma infração pelo objeto se o intercâmbio for suscetível de, pela sua própria natureza, dar origem a uma restrição da concorrência⁽⁵⁹⁾ e será de afirmar uma infração pelo efeito (potencial) se o intercâmbio for suscetível de ter um impacto negativo num (ou em vários) parâmetros da concorrência⁽⁶⁰⁾; sendo que num caso e noutro dever-se-á sempre conceder especial atenção ao contexto jurídico e económico em que tal intercâmbio ocorre⁽⁶¹⁾.

Em face da tendência atual para conceber a restrição pelo objeto como infração de aptidão⁽⁶²⁾ que não dispensa uma detida análise do concreto ambiente jurídico-económico no âmbito do qual teve lugar o acordo ou a prática sujeita a análise, não logramos descortinar qualquer efetiva diferença de substância entre este modo de ver aquela refração típica e aquela outra que admite conceber a infração pelos efeitos como um tipo-de-ilícito que acolhe no seio os acordos e práticas em que exista a probabilidade da produção de efeitos anticoncorrenciais⁽⁶³⁾. Temos assim que a tese dos efeitos potenciais acaba por sobrepor a restrição pelos efeitos à restrição pelo objeto, liquefazendo a distinção entre uma outra. No que vai patente, uma vez mais, uma desconsideração do texto legal (“que tenham por objeto *ou* como efeito”) e, do mesmo pas-

(58) COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 27.

(59) COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 72.

(60) COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 75.

(61) *Ac. TJ T-Mobile* (nota 5), n.º 31, e COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.ºs 72 e 75 e ss.

(62) Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, “Práticas restritivas da concorrência pelo objeto: consumação e prescrição. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de janeiro de 2014”, *RPCC*, 2014, p. 466 e ss., com referências jurisprudenciais e doutrinárias convergentes.

(63) COMISSÃO EUROPEIA, “Orientações...” (nota 2), n.º 26.

so, do paradigma hermenêutico sobre ele construído pelo Tribunal de Justiça desde os Acórdãos *Consten e Grundig c. Comissão e LTM / MBU c. Comissão*, assente na ideia de fundo de que as práticas anticoncorrenciais se projetam em duas vertentes típicas materialmente distintas.

Tudo o que mostra, enfim, não haver razão para, no quadro dos arts. 101.º-1 do TFUE e 9.º-1 da LC, admitir a solução dos efeitos potenciais adotada pela Comissão Europeia, pelo TJUE e pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão quando em causa estejam intercâmbios de informações entre empresas que não possam ser considerados como restritivas da concorrência pelo objeto.