

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

JULIANE KOKOTT

apresentadas em 19 de Fevereiro de 2009¹

I — Introdução

1. No presente pedido prejudicial o Tribunal de Justiça tem a oportunidade de tornar claro quais os requisitos necessários para se constatar a existência de uma prática concertada com objetivos anticoncorrenciais, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º CE.

2. Na essência, trata-se de esclarecer se e em que medida a constatação de um objetivo anti-concorrencial exige a avaliação das circunstâncias concretas do mercado, da actuação das empresas envolvidas e dos efeitos da sua actuação na concorrência. Além disso, devem ser analisados quais as regras que decorrem do direito comunitário no que se refere ao nível da prova quando for constatada uma infracção ao artigo 81.º CE num processo nacional.

3. Estas questões revestem-se de grande importância para a aplicação eficaz do direito da concorrência da Comunidade no novo sistema descentralizado que foi intro-

duzido com a modernização do direito processual da concorrência levada a cabo pelo Regulamento (CEE) n.º 1/2003². Na resposta que vier a ser dada devem ser tidos em conta os perigos que o enfraquecimento das regras de concorrência do Tratado CE traria não só para o mercado interno europeu³, mas também para os consumidores europeus.

II — Quadro jurídico

A — *Direito Comunitário*

4. O quadro jurídico comunitário do presente processo é constituído pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, que estabelece o seguinte:

2 — Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1, p. 1).

3 — Para estes perigos alertou ultimamente o advogado-geral L. A. Geelhoed; v. os n.ºs 136 e 137 das suas conclusões de 12 de Setembro de 2006, Dalmine/Comissão (C-407/04 P, Colect., p. I-829), para os quais também remete o acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 2007 no mesmo processo (n.º 84).

1 — Língua original: alemão.

«São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
 - b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
 - c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
 - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
 - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.»
5. Complementarmente é também aplicável o Regulamento n.º 1/2003, que, no seu artigo 2.º, estabelece o seguinte regime de ónus da prova:
- «Em todos os processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 81.º ou do artigo 82.º do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação. [...]»

6. Além disso, o último período do quinto considerando do Regulamento n.º 1/2003 contém a seguinte reserva:

«O presente regulamento não afecta as regras nacionais relativas ao nível da prova nem as obrigações das autoridades responsáveis em matéria de concorrência e dos tribunais dos Estados-Membros de avaliarem os factos pertinentes relativos a um processo, desde que tais regras e obrigações sejam compatíveis com os princípios gerais do direito comunitário.»

7. A relação entre o artigo 81.º CE e o direito da concorrência dos Estados-Membros é regulado no artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 da seguinte forma:

«1. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81.º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. [...]

2. A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na acepção do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado [...]

[...]»

B — *Direito nacional*

8. No que se refere ao direito holandês, ao presente caso é aplicável a lei da concorrência (Mededingingswet⁴, a seguir «Mw»), na versão alterada pela lei de 9 de Dezembro de 2004⁵, entrada em vigor em 1 de Julho de 2005.

4 — Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging – Mededingingswet (Stb. 1997, 242).

5 — Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, 172).

9. O artigo 1.º da Mw contém as seguintes definições:

«Para efeitos desta lei e das disposições que nela se baseiam, entende-se por:

[...]

h) práticas concertadas: as práticas concertadas no sentido do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado CE;

[...]»

10. O artigo 6.º, n.º 1, da Mw estabelece o seguinte:

«São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas que tenham como objectivo ou como efeito eliminar, restringir ou falsear a concorrência

no mercado dos Países Baixos ou em parte dele.»

11. Em caso de infracção ao artigo 6.º, n1, da Mw o Conselho de Administração ⁶ da Autoridade holandesa da concorrência, a «NMa» ⁷, pode aplicar uma coima à pessoa singular ou colectiva responsável pela infracção, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, alínea a), da Mw.

III — Matéria de facto e processo principal

O mercado holandês dos serviços de telecomunicações móveis

12. Em 2001, à época dos factos, nos Países Baixos cinco operadores dispunham de uma rede própria de telefonia móvel, nomeadamente, a Ben Nederland B.V. Nederland BV ⁸ (com uma quota de mercado de 10,6%), a KPN (42,1%), a Dutchtone NV ⁹ (9,7%), a Libertel-Vodafone N.V. (26,1%) e a Telfort Mobiel BV ¹⁰. O aparecimento de um sexto operador de telefonia móvel não era possível, porque não foram atribuídas mais licenças. O acesso ao mercado das telecomunicações móveis só era possível através da celebração de um

6 — Raad van bestuur.

7 — Nederlandse Mededingingsautoriteit.

8 — A seguir «Ben».

9 — A seguir «Dutchtone».

10 — A seguir «Telfort».

acordo com um ou vários dos cinco operadores.

complementares, consoante o agente e o tipo de assinatura vendida.

Pacotes pré-pagos e assinaturas com pós-pagamento nos Países Baixos

A reunião de 13 de Junho de 2001

13. Na oferta de serviços de telecomunicações nos Países Baixos existe uma diferença entre as assinaturas com pós-pagamento e os pacotes pré-pagos. Os pacotes pré-pagos caracterizam-se pelo facto de o cliente pagar antecipadamente; através de uma assinatura ou recarregamento de um cartão pré-pago, o cliente adquire o direito a um determinado tempo, em minutos, de conversação, o que lhe permite telefonar até atingir o tempo comprado. As assinaturas com pós-pagamento caracterizam-se, pelo contrário, pelo facto de o cliente ter de pagar *a posteriori*, segundo uma determinada periodicidade, o tempo em minutos por si utilizado nesse período; em regra acresce também o preço de uma assinatura fixa, que pode também incluir algum tempo de chamadas.

15. Em 13 de Junho de 2001 os representantes dos operadores que oferecem serviços de telecomunicações móveis no mercado dos Países Baixos realizaram uma reunião. Durante essa reunião falou-se, entre outras coisas, da redução do valor das comissões relativas às assinaturas com pós-pagamento para ou por volta de 1 de Setembro de 2001. Como decorre da decisão de reenvio, durante a reunião foram trocadas entre os participantes informações confidenciais¹².

14. Na celebração ou renovação de uma assinatura com pós-pagamento através de um agente, este fornece o telefone celular e o operador fornece o cartão SIM¹¹. Além disso, o operador atribui uma comissão ao agente por cada assinatura vendida. Esta comissão fixa de assinatura pode eventualmente ser acrescida de diversas comissões

O processo principal

16. Por decisão de 30 de Dezembro de 2002 (a seguir «decisão inicial») a NMa declarou que a Ben, a Dutchtone, a KPN, a O2 (Telfort) e a Vodafone (ex Libertel-Vodafone) celebraram entre si um acordo ou concertaram as suas práticas relativamente às assinaturas de telefones móveis. A NMa concluiu que as condutas em causa limitavam sensivelmente a concorrência e por isso contravinham à

11 — O cartão SIM (*Subscriber Identity Module*) é um cartão com um chip que é colocado num telemóvel e que serve para identificar o utilizador na rede. O cartão incorpora, por assim dizer, a ligação à rede do utilizador.

12 — O Governo holandês alega ainda complementarmente que elas se referiam à medida, data, e modalidades da redução das comissões fixas a pagar aos agentes.

proibição do artigo 6.º, n.º 1, da Mw. Nesta decisão, a NMa aplicou coimas às empresas envolvidas.

17. As cinco empresas envolvidas reclamaram desta decisão.

18. Por decisão de 27 de Setembro de 2004 proferida sobre a reclamação, a NMa considerou as reclamações da T-Mobile (ex Ben), da KPN, da Orange, da Vodafone e da O2 (Telfort) parcialmente procedentes e parcialmente improcedentes. Não acolheu a acusação de existência de um acordo anti-concorrencial, mas considerou fundada a acusação de prática concertada e declarou que as condutas descritas na decisão inicial constituíam não só uma infracção ao artigo 6.º, n.º 1, da Mw, mas também uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE¹³. Em consequência, a NMa reduziu o montante das coimas aplicadas.

19. A T-Mobile, a KPN, a Orange, a Vodafone e a Telfort interpuseram recurso desta decisão para o Rechtbank [tribunal de 1ª instância] de Roterdão.

20. Na sua sentença de 13 de Julho de 2006, o Rechtbank de Roterdão decidiu anular a

decisão recorrida e ordenar à NMa que proferisse nova decisão¹⁴.

21. A NMa e três das empresas envolvidas — T-Mobile a KPN e a Orange — interpuseram recurso desta sentença para o College van Beroep voor het bedrijfsleven [tribunal de recurso para as actividades económicas], o tribunal reenviante¹⁵. A Vodafone interveio no processo principal como parte, mas, segundo a indicação do tribunal de reenvio, não foi esse o caso da Orange.

IV — Pedido de decisão prejudicial e tramitação no Tribunal de Justiça

22. Por decisão de 31 de Dezembro de 2007, entrada no Tribunal de Justiça em 31 de Dezembro de 2008, o College van Beroep voor het bedrijfsleven suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as três questões prejudiciais seguintes:

- 1) Que critérios devem ser seguidos na aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, quanto à apreciação da questão de saber

13 — A base desta conclusão foi, segundo informação do Governo holandês, a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, e, em especial, do seu artigo 3.º, n.º 1.

14 — Como resulta dos autos, o Rechtbank te Rotterdam não considerou provada a participação da Orange e da Telfort na prática concertada.

15 — O recurso da NMa tem como objecto a participação da Orange na prática concertada. Na sua decisão de reenvio, o tribunal de reenvio confirma a opinião do tribunal de primeira instância de que a participação da Orange não foi provada.

se uma prática concertada visa impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comunitário?

Governo holandês e a Comissão das Comunidades Europeias. A NMa louvou-se nas observações escritas do Governo holandês.

- 2) O artigo 81.º CE deve ser interpretado no sentido de que, na aplicação desta disposição pelo juiz nacional, a prova do nexo de causalidade entre a prática concertada e a actuação no mercado deve ser produzida e apreciada de acordo com as normas do direito nacional, desde que essas normas não sejam menos favoráveis do que as que seriam aplicáveis em processos nacionais do mesmo tipo e não tornem o exercício dos direitos decorrentes do direito comunitário impossível na prática ou extremamente difícil?

V — Apreciação

A — *Admissibilidade do pedido prejudicial*

24. Relativamente à admissibilidade do pedido prejudicial devem ser brevemente referidos dois pontos de vista.

- 3) Na aplicação do conceito de prática concertada previsto no artigo 81.º, n.º 1, CE, continua a aplicar-se ainda a presunção da existência do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado, mesmo quando a concertação apenas tenha ocorrido uma única vez e a empresa que nela participou continuar activa no mercado, ou apenas se aplica nos casos em que a concertação teve lugar regularmente durante um longo período?

25. Em primeiro lugar, o tribunal de reenvio solicita a interpretação do artigo 81.º, n.º 1, CE, embora a decisão impugnada no processo principal se baseie, em primeira linha, no direito nacional da concorrência (artigo 6.º, n.º 1, da Mw).

23. No processo perante o Tribunal de Justiça prestaram esclarecimentos por escrito e oralmente a T-Mobile, a KPN a Vodafone, o

26. É, no entanto, pacífico que o artigo 6.º, n.º 1, de um ponto de vista material, se inspira inteiramente na disposição comunitária

correspondente, o artigo 81.º, n.º 1, CE. Nestes casos, segundo jurisprudência constante, há um evidente interesse comunitário numa interpretação uniforme das disposições ou conceitos retirados do direito comunitário¹⁶.

27. Além disso, o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 obriga a NMa a aplicar às práticas concertadas que possam entrar o comércio entre os Estados-Membros, para além do artigo 6.º da Mw holandesa, também o artigo 81.º CE. Assim, na decisão impugnada, a NMa invoca como fundamento jurídico não apenas o artigo 6.º da Mw, mas também o artigo 81.º CE. Assim, o artigo 81.º, n.º 1, CE desempenha no presente caso não apenas a função de ponto de referência para a interpretação do artigo 6.º, n.º 1, da Mw, mas também de disposição directamente aplicável ao litígio do processo principal.

28. Neste contexto, não subsistem quaisquer dúvidas sobre a relevância das questões prejudiciais para a interpretação do artigo 81.º CE assim como para a relação entre o direito comunitário e o direito nacional da concorrência.

29. Em segundo lugar, a Vodafone alega que a resposta à primeira questão prejudicial não é necessária, porque o enquadramento jurídico já foi tornado claro pelas orientações de interpretação publicadas pela Comissão¹⁷. Sobre este ponto há que observar, por um lado, que a Comunicação da Comissão não é juridicamente vinculativa e por isso não pode prejudicar uma interpretação por parte do Tribunal de Justiça um processo nos termos do artigo 234.º CE. Por outro lado, um pedido prejudicial é admissível mesmo que o enquadramento jurídico seja claro; quando muito, nesse caso, a resposta será dada sob a forma do despacho previsto no n.º 3 do artigo 104.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

30. Por último, a Vodafone alega ser manifesto que a prática concertada aqui em apreço não teve qualquer objectivo anticoncorrencial. Tendo em conta a discussão acesa que as partes desenvolveram sobre este assunto, quer no processo principal quer no Tribunal de Justiça, essa observação parece-me desproporcionada.

31. Destarte, o pedido prejudicial é admissível na sua totalidade.

16 — V., por último, os acórdãos de 14 de Dezembro de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Colect., p. I-11987, n.ºs 19 e 20), e de 11 de Dezembro de 2007, ETI e o. (C-280/06, Colect., p. I-10893, n.ºs 21 e 26), e a jurisprudência neles citada.

17 — A Vodafone reporta-se aos n.ºs 21 e 22 da Comunicação da Comissão «Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado» (JO C 101, p. 97).

B — *Apreciação de mérito das questões prejudiciais*

32. As três questões apresentadas pelo tribunal reenviante, no seu conjunto, visam esclarecer quais os requisitos necessários para se constatar a existência de uma prática concertada com fins anticoncorrenciais, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º CE.

33. Não se trata tanto de dar uma definição de prática concertada, enquanto tal. Segundo jurisprudência constante, uma prática concertada consiste numa forma de coordenação entre empresas que, sem ter levado à realização de um acordo propriamente dito, substitui ciente por uma cooperação prática entre elas os riscos da concorrência¹⁸.

34. No centro do presente processo está antes a avaliação do carácter anticoncorrencial das práticas concertadas e a distinção, a ela inerente, entre práticas concertadas cujo carácter anticoncorrencial decorre somente dos seus efeitos e práticas concertadas que, logo pelos seus objetivos, devem ser conside-

radas anticoncorrenciais. Especialmente no caso das segundas, o tribunal reenviante tem dúvidas sobre se, e em que medida, a constatação de um objectivo anticoncorrencial implica a avaliação concreta das circunstâncias do mercado, da actuação no mercado das empresas participantes e dos efeitos do seu comportamento na concorrência.

1. Primeira questão prejudicial: critérios para a constatação de que uma prática concertada visa restringir a concorrência

35. Com a sua primeira questão prejudicial o tribunal de reenvio pretende, no essencial, saber segundo que critérios se deve avaliar se uma prática concertada *visa* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

36. Como é sabido, a NMa acusou um conjunto de empresas prestadoras de serviços de telefonia móvel holandesas de, numa reunião ocorrida em 21 de Junho de 2001, terem trocado e discutido informações confidenciais, o que por sua vez conduziu a uma coordenação da sua actuação no mercado relativamente à redução de determinadas comissões a pagar aos respectivos agentes comerciais.

18 — V. acórdãos de 14 de Julho de 1972, Imperial Chemical Industries/Comissão («ICI/Comissão», 48/69, Colect., p. 205, n.º 64) e Geigy/Comissão (52/69, Recueil, p. 787, n.º 26), de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect. 1975, p. 563, n.º 26), de 14 de Julho de 1981, Züchner (172/80, Recueil, p. 2021, n.º 12), e ainda os acórdãos de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 115) e Hüls/Comissão (C-199/92 P, p. I-4287, n.º 158).

37. Nem todas as trocas de informações entre concorrentes visam necessariamente impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, no sentido do n.º 1 do artigo 81.º CE¹⁹.

38. Para aquilatar da existência de um objectivo anticoncorrencial é necessário analisar as circunstâncias do caso concreto. Para o efeito são válidos os mesmos critérios aplicáveis à avaliação dos acordos entre empresas e às decisões de associações de empresas previstos no n.º 1 do artigo 81.º CE²⁰. Assim, a jurisprudência sobre acordos de empresas e decisões de associações de empresas pode transpor-se para as práticas concertadas entre empresas.

39. O ponto de partida para a assunção de um objectivo anticoncorrencial é o conteúdo²¹ e a finalidade²² da prática concertada, podendo a intenção subjectiva dos participantes ser complementarmente invocada, não sendo contudo determinante²³. Em todo o caso,

devem ser tidas em conta as circunstâncias económicas jurídicas em que a prática concertada se desenvolve²⁴.

40. São sobretudo o conteúdo e as circunstâncias económicas da prática concertada entre as empresas holandesas de telefonia móvel que, no caso em apreço, dão origem a controvérsia. Dito de modo mais simples, quer o tribunal de reenvio quer a T-Mobile, a KPN e a Vodafone exprimem dúvidas sobre se, perante o objecto da prática concertada e as circunstâncias económicas em que ela se desenvolve, se pode falar de um objectivo anticoncorrencial na acepção do n.º 1 do artigo 81.º CE.

41. É no contexto destas dúvidas que devem ser mais bem esclarecidos a seguir os critérios segundo os quais o carácter anticoncorrencial do objectivo de uma prática concertada como a do processo principal deve ser apreciado.

19 — Foi negado esse objectivo no acórdão de 23 de Novembro de 2006, *Asnef-Equifax* (C-238/05, *Colect.*, p. I-11125, n.º 46 a 48), relativo ao sistema espanhol de troca de informações de crédito.

20 — Acórdãos *ICI/Comissão* (já referido na nota 18, n.º 64 e 65), *Comissão/Anic Partecipazioni* (já referido na nota 18, n.º 112 e 123), e *Hüls/Comissão* (já referido na nota 18, n.º 164).

21 — Acórdãos de 30 de Junho de 1996, *LTM* (56/65 *Colect.*, pp. 381/384), de 8 de Novembro de 1983, *IAZ International Belgium e o./Comissão* (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, *Recueil*, p. 3369, n.º 25), e de 20 de Novembro de 2008, *Beef Industry Development Society und Barry Brothers «BIDS»* (C-209/07, *Colect.*, p. I-8637, n.º 16).

22 — Acórdãos *LTM* (já referido na nota 21, p. 381), de 1 de Fevereiro de 1978, *Miller/Comissão* (19/77, *Recueil*, p. 131, n.º 7), de 28 de Março de 1984, *CRAM e Rheinzink/Comissão* (29/83 e 30/83, *Recueil*, p. 1679, n.º 26), de 6 de Abril de 2006, *General Motors/Comissão* (C-551/03 P, *Colect.*, p. I-3173, n.º 66), e *BIDS* (já referido na nota 21, n.º 21).

23 — Acórdãos *IAZ International Belgium e o./Comissão* (já referido na nota 21, n.º 25), e *General Motors/Comissão* (já referido na nota 22, n.º 77 e 78); no mesmo sentido, acórdão *BIDS* (já referido na nota 21, n.º 21).

24 — Acórdãos *LTM* (já referido na nota 21, p. 381); *IAZ International Belgium e o./Comissão* (já referido na nota 21, n.º 25), *CRAM e Rheinzink/Comissão* (já referido na nota 22, n.º 26); *General Motors/Comissão* (já referido na nota 22, n.º 66), e *BIDS* (já referido na nota 21, n.º 16); v. também acórdão de 13 de Julho de 1966, *Consten e Grundig/Comissão* (56/64 e 58/64, *Colect.*, pp. 423 e 427).

a) Observações gerais sobre o conceito de objectivo anticoncorrencial

42. Em primeiro lugar, há que recordar que o objectivo anticoncorrencial e os efeitos anticoncorrenciais não são condições cumulativas, mas alternativas, de aplicação da proibição do n.º 1 do artigo 81.º CE²⁵. Dito de outra forma, as práticas concertadas são proibidas independentemente dos seus efeitos se o seu objectivo for anticoncorrencial²⁶. Os efeitos concretos de uma prática concertada não têm de ser tidos em consideração se se verificar que ela *visa* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum²⁷. Tal prática concertada é proibida em si mesma, mesmo que não se verifiquem quaisquer efeitos anticoncorrenciais no mercado²⁸.

43. A proibição de práticas concertadas apenas pelo seu objectivo anticoncorrencial justifica-se pelo facto de certas formas de

colusão de empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais para o funcionamento normal da concorrência²⁹. Proibir em si mesmas tais formas de práticas concertadas reconhecidamente anti-sociais (a chamada proibição de «per se») cria segurança jurídica e permite a todos os operadores do mercado conformarem a sua actuação no mercado a tal proibição. Além disso, são significativamente poupados os recursos das autoridades da concorrência e dos tribunais.

44. Evidentemente, o conceito de prática concertada com objectivo anticoncorrencial não pode ser interpretado de forma exageradamente extensiva³⁰, pois não se podem ignorar as graves consequências a que podem ficar sujeitas as empresas no caso de uma violação do artigo 81.º, n.º 1, CE³¹. Mas o conceito não deve igualmente ser interpretado de forma exageradamente restritiva, se não se quiser que a proibição da «infracção pela finalidade», ancorada no direito primário, seja esvaziada interpretativamente, esvaziando-se assim o artigo 81.º, n.º 1, CE de uma parte dos seus efeitos práticos. Decorre,

25 — Acórdãos LTM (já referido na nota 21, pp. 381 e segs.), e BIDS (já referido na nota 21, n.º 15); v. igualmente acórdão de 17 de Julho de 1997, Ferriere Nord/Comissão (C-219/95, Colect., p. 4411, n.º 13 a 15).

26 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 123), Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 164), e de 8 de Julho de 1999, Montecatini/Comissão (C-235/92 P, Colect., p. I-4539, n.º 124).

27 — Jurisprudência constante desde o acórdão Consten e Grundig/Comissão (já referido na nota 24, pp. 427 e segs.); v. acórdão de 30 de Janeiro de 1985, Clair (123/83, Recueil, p. 391, n.º 22), e, por último, acórdãos de 15 de Outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colect., p. I-8375, n.º 491); de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (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, Colect., p. I-123, n.º 261); de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (C-105 P, Colect., p. I-8725, n.º 125); BIDS (já referido na nota 21, n.º 15), e de 18 de Dezembro de 2008, Coop de France Betail et Viande/Comissão (C-101/07 P e C-110/07 P, Colect., p. I-10193, n.º 87).

28 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 122), e Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 163), e Montecatini/Comissão (já referido na nota 26, n.º 123).

29 — Acórdão BIDS (já referido na nota 21, n.º 17).

30 — Sobre o «carácter essencialmente restritivo» do artigo 81.º, n.º 1, CE, (ex-artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CE), v. acórdão de 29 de Fevereiro de 1968, Parke (24/67, Colect., pp. 759, 760).

31 — Nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003, as empresas que cometam uma infracção ao artigo 81.º CE, com dolo ou negligência, estão sujeitas à aplicação de uma coima até 10% do seu volume de negócios total realizado no exercício anual anterior (v. artigo 5.º, n.º 1, quarto travessão, relativo às sanções a aplicar pelas autoridades nacionais). Independentemente desta sanção, a empresa pode ser obrigada, por decisão nos termos do artigo 7.º, n.º 1, (artigo 5.º, n.º 1, primeiro travessão) do Regulamento n.º 1/2003, a pôr termo à infracção constatada. Além disso, podem ser apresentados pedidos de indemnização por terceiros.

desde logo, da letra do artigo 81.º, n.º 1, CE que quer as práticas concertadas com objectivos anticoncorrenciais quer as que têm efeitos anticoncorrenciais são proibidas³².

45. Ao contrário do que deixa entender o tribunal de reenvio, não se pode entender que da proibição da «infracção pelo objectivo» decorre apenas uma espécie de presunção de ilicitude, que pode ser ilidida, se, no caso concreto, não se comprovar a existência de quaisquer efeitos negativos no mercado³³. Tal interpretação conduziria a que as duas disposições alternativas, independentes e paralelas, do artigo 81.º, n.º 1, CE fossem incorrectamente misturadas: por um lado, a proibição de acordos com *objectivos* anticoncorrenciais e, por outro, a proibição de acordos com *efeitos* anticoncorrenciais.

46. Assim, é ir longe demais fazer depender a constatação de um objectivo anticoncorrencial da verificação efectiva da existência de efeitos anticoncorrenciais concretos em cada caso, quer se trate de efeitos para os concorrentes, para os consumidores ou para a generalidade das pessoas. Para a aplicação da proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE é suficiente

que uma prática concertada, segundo a experiência existente, tenha a potencialidade de desenvolver efeitos negativos na concorrência³⁴. Por outras palavras, a prática concertada tem apenas de ser *concretamente apta* — ou seja, de acordo com o seu contexto jurídico e económico³⁵ — a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Se e em que medida tal efeito anticoncorrencial realmente se verifica apenas pode, em qualquer caso, ser relevante para a graduação do montante de eventuais coimas e para efeitos de eventuais pedidos de indemnização.

47. Em última análise, a proibição da «infracção da concorrência pelo objectivo» do artigo 81.º, n.º 1, CE assemelha-se aos *crimes de perigo* do direito penal: na maior parte das ordens jurídicas, quem conduzir um automóvel sob a influência do álcool ou de drogas sujeita-se a sanções penais ou contra-ordenacionais, independentemente de ter posto alguém em risco no tráfego rodoviário ou de ter provocado um acidente. No mesmo sentido, as empresas violam o direito europeu da concorrência e podem ser sujeitas a coimas, se levarem a cabo no mercado práticas concertadas com objectivos anticoncorrenciais; é irrelevante saber se, no caso concreto, tais práticas provocaram prejuízos a determinados operadores do mercado ou à generalidade das pessoas.

32 — No mesmo sentido, acórdãos da Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 125), Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 166), e Montecatini/Comissão (já referido na nota 26, n.º 126).

33 — O tribunal de reenvio, embora não se refira expressamente a uma presunção, salienta a necessidade de impedir «resultados positivos falsos».

34 — V. n.º 21 das Orientações da Comissão (já referidas na nota 17).

35 — No mesmo sentido — embora no contexto do artigo 82.º CE — v. as minhas conclusões de 23 de Fevereiro de 2006, British Airways/Comissão, C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 68 a 74.

48. O mesmo resulta do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão do Tribunal de Primeira Instância³⁶, invocado pela KPN. É indiscutível que no n.º 147 deste acórdão, redigido de forma extremamente equívoca, se pode ler que o carácter anticoncorrencial de um acordo não pode ser exclusivamente deduzido da mera leitura dos seus termos, tendo de ser considerados «necessariamente» também os seus efeitos. Na minha opinião, com isso pretende-se apenas dizer que o objectivo de um acordo (ou de uma prática concertada) não deve ser apreciado abstracta, mas concretamente — i.e., tendo em conta o seu contexto jurídico e económico —, sendo relevantes, nessa apreciação, as especificidades do mercado respectivo; no caso GlaxoSmithKline Services essas especificidades, na opinião do Tribunal de Primeira Instância, consistiam no facto de os preços, devido à existência de uma ampla regulamentação estatal, estarem em larga medida subtraídos ao livre jogo da oferta e da procura e serem fixados ou controlados pelas autoridades públicas. Se aceitarmos esta interpretação, não existirá qualquer contradição entre o n.º 147 do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão e o que expus no n.º 46 das presentes conclusões. Se, pelo contrário, o n.º 147 do acórdão GlaxoSmithKline Services/Comissão for interpretado no sentido de que, para se constatar um objectivo anticoncorrencial, em qualquer caso, têm («necessariamente») de se verificar efeitos concretos na concorrência, então o Tribunal de Primeira Instância incorreu num erro de direito.

49. Correctamente, a constatação de um objectivo anticoncorrencial, como já afirmado, não implica qualquer apreciação dos

efeitos concretos de uma prática concertada, mas apenas da *aptidão concreta* dessa prática concertada para produzir efeitos anticoncorrenciais.

b) O objectivo anticoncorrencial num caso como o aqui em apreço

50. A prática concertada constatada no presente caso foi reconduzida pela NMa ao facto de várias empresas holandesas fornecedoras de serviços de telefonia móvel terem trocado informações sobre a intenção de reduzirem determinadas comissões aplicadas aos respectivos agentes comerciais.

51. Essa troca de informações comerciais confidenciais entre concorrentes sobre as suas intenções de actuação no mercado é em princípio apta a produzir efeitos anticoncorrenciais, porque reduz ou até elimina o grau de incerteza quanto ao comportamento do mercado, podendo assim conduzir à redução da concorrência entre as empresas participantes³⁷. Neste contexto é irrelevante que essa troca de informações seja o principal objecto da reunião ou que apenas tenha ocorrido casualmente (por exemplo, sob o pretexto) de uma reunião que, em si mesma, não tinha um objectivo anticoncorrencial³⁸.

36 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comissão (T-168/01, Colect., p. II-2969).

37 — Acórdãos de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão (C-7/95, Colect., p. I-3111, n.º 88, em conjugação com o n.º 90); de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão (C-194/99 P, Colect., p. I-10821, n.º 81), e Asnef-Equifax (já referido na nota 19, n.ºs 51 e 62); no mesmo sentido acórdão ICI/Comissão (já referido na nota 18, n.ºs 101, 112 e 119).

38 — Neste sentido, acórdãos General Motors/Comissão (já referido na nota 22, n.º 64) e BIDS (já referido na nota 21, n.º 21).

— A problemática das trocas de informações entre concorrentes à luz da premissa da autonomia concorrencial

52. Deve ter-se em conta que a autonomia dos operadores económicos é um dos pressupostos essenciais de uma concorrência efectiva. Assim, as regras de concorrência do Tratado CE têm subjacente a ideia de que cada operador económico tem de decidir autonomamente quais as políticas que pretende desenvolver no mercado comum. Esta premissa de autonomia opõe-se a qualquer estabelecimento de contactos, directa ou indirectamente, entre operadores económicos que tenha por objectivo ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer revelar a esse concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir por si próprio no mercado, quando dessa forma possam ser criadas condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa³⁹.

53. E isto é tanto mais válido quando a troca de informações ocorre num mercado oligopolista com um elevado nível de concentração⁴⁰. Era precisamente essa estrutura que revelava o mercado holandês dos serviços de telefonia móvel em 2001: como resulta da decisão de reenvio, só cinco empresas dispu-

nam à época nesse mercado de redes de telefonia móvel próprias, sendo que uma delas — a KPN — atingia uma quota de mercado de 40%, enquanto a criação de outras redes independentes não era possível por falta de licenças disponíveis⁴¹.

54. Neste contexto, é irrelevante saber se é apenas uma empresa que informa as suas concorrentes unilateralmente sobre a sua intenção de actuação no mercado ou se todas as empresas participantes trocam informações recíprocas sobre as suas considerações e intenções. Pois a partir do momento em que uma empresa se aventura a fornecer informações confidenciais sobre a sua política comercial futura aos seus concorrentes, diminui dessa forma para todos os participantes a insegurança sobre o comportamento futuro do mercado e surge o risco de diminuição da concorrência e de se constituir uma actuação concertada entre elas.

— Inexigibilidade de uma relação directa com o preço final de venda ao consumidor

39 — Acórdãos *Suiker Unie e o./Comissão* (já referido na nota 18, n.ºs 173 e 174); *Züchner* (já referido na nota 18, n.ºs 13 e 14); *Deere/Comissão* (já referido na nota 37, n.ºs 86 e 87); *Comissão/Anic Partecipazioni* (já referido na nota 18, n.ºs 116 e 117); *Hüls/Comissão* (já referido na nota 18, n.ºs 159 e 160), e *Asnef-Equifax* (já referido na nota 19, n.ºs 52 e 53); no mesmo sentido, acórdão *BIDS* (já referido na nota 21, n.º 34).

40 — Acórdãos *Deere/Comissão* (já referido na nota 37, n.º 88 em conjugação com o n.º 90) e *Asnef-Equifax* (já referido na nota 19, n.º 58); no acórdão *Thyssen Stahl/Comissão* (já referido na nota 37, n.ºs 86 e 87), o Tribunal de Justiça deixou claro que um sistema de troca de informações pode violar as regras de concorrência mesmo que o mercado relevante *não seja* um mercado oligopolista com um alto nível de concentração.

55. O tribunal nacional, a KPN e a Vodafone alegam que, no caso em apreço, a troca de informações e a prática concertada se referiam apenas às comissões dos agentes comerciais e não tinham qualquer influência directa

41 — Sobre este ponto v. o n.º 12 destas conclusões.

no preço final ao consumidor. Os preços finais de consumo são determinados exclusivamente na relação entre os vendedores de prestações de serviços de telecomunicações móveis e os seus clientes, não tendo os agentes qualquer influencia nessa fixação.

concorrentes ou consumidores, mas sim *a estrutura do mercado* e, deste modo, *a concorrência enquanto tal (enquanto instituto jurídico)*. Indirectamente, são também protegidos os consumidores. Com efeito, quando exista prejuízo para a concorrência há que temer que daí também decorram, em última análise, desvantagens para os consumidores⁴².

56. Este argumento não é convincente. As práticas concertadas podem igualmente ter um objectivo anticoncorrencial mesmo que não tenham qualquer influência directa nos consumidores e nos preços por eles pagos.

57. De acordo com a sua letra, o artigo 81.º, n.º 1, CE proíbe, em geral, impedir, restringir ou falsificar a *concorrência* no mercado comum. Entre as diversas enumerações exemplificativas indicadas nas alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 81.º CE não se encontra qualquer limitação no sentido de que só são proibidas as práticas restritivas da concorrência com efeitos directos sobre o consumidor final.

58. Pelo contrário, o artigo 81.º CE faz parte de um sistema que visa garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno [artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE]. Deste modo, o artigo 82.º CE, tal como as outras regras do Tratado em matéria de concorrência, não se destina, em primeira linha, a proteger os interesses directos dos diferentes

59. Destarte, uma prática concertada não prossegue um objectivo anticoncorrencial apenas quando é apta a produzir efeitos *directamente* sobre os consumidores e os preços por eles pagos — ou, nas palavras da T-Mobile — sobre o «consumer welfare». Ao invés, o objectivo anticoncorrencial deve ser assumido se a prática concertada for apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência no interior do *mercado comum*. Com isso se indicia que a prática concertada, em qualquer caso, indirectamente, pode ter também efeitos negativos sobre os consumidores.

60. Se se limitasse a proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE apenas aos casos em que as práticas concertadas têm uma influência directa nos preços finais ao consumo, esta disposição fundamental para o mercado interno perderia grande parte dos seus efeitos práticos.

42 — Sobre esta matéria, v. as minhas conclusões no processo British Airways/Comissão (já referidas na nota 35, n.º 68).

— É suficiente a troca de informações sobre um único parâmetro da concorrência

61. Contrariamente à opinião manifestada pelo tribunal de reenvio, não é necessário ainda que a prática concertada abranja todos os parâmetros da concorrência. O objectivo anticoncorrencial pode ainda ser-lhe inerente mesmo que apenas diga respeito a um único parâmetro da concorrência, como, neste caso, a comissão fixa dos agentes comerciais.

62. Se uma empresa reduzir unilateralmente as comissões pagas aos seus agentes, daí decorrerá normalmente um menor entusiasmo por parte desses agentes em celebrarem contratos entre essa empresa e os consumidores finais. O que pode eventualmente constituir um factor de risco para a quota de mercado da empresa em causa, visto que, a partir daí, pode tornar-se mais atractivo para os agentes comerciais independentes⁴³ empenharem-se mais em vender aos consumidores os produtos das outras empresas⁴⁴. É a este risco económico — que existe em condições normais de mercado — que as empresas procuram subtrair-se ou pelo menos minorar, quando reduzem as suas comissões não unilateralmente, mas, como neste caso, mais ou menos simultaneamente no quadro de uma prática concertada, com isso reduzindo a incerteza quanto à actuação dos seus concorrentes no mercado. Desta forma pode verificar-se o impedimento, ou, pelo menos, a restrição ou falseamento da concorrência no interior do mercado comum. Por conseguinte, essa prática concertada é caracterizada por um objectivo anticoncorrencial.

43 — Segundo a informação do Governo holandês, em 2001, nos Países Baixos a maior parte dos contratos relativos a cartões pós-pagos foi intermediada por agentes comerciais independentes.

44 — Segundo a decisão de reenvio, neste caso é o agente que determina de que modo e segundo que restrições contratuais vende os contratos de cartões pós-pagos aos consumidores.

63. Acresce que, no presente caso, as comissões pagas aos agentes, na perspectiva do prestador de serviços de telecomunicações móveis, constituem a contrapartida pelas prestações que o agente lhe presta na intermediação de contratos com cartão pós-pago. Como a Comissão acertadamente salientou, resulta da enumeração exemplificativa do artigo 81.º, n.º 1, alínea a), CE, que uma prática concertada relativa aos preços de compra («preços de compra ou de venda») constitui um objectivo anticoncorrencial proibido pelo direito comunitário.

— Quanto à influência das condições de mercado na actuação do concorrente

64. A Vodafone alega ainda que, de qualquer forma, as comissões fixas pagas aos agentes tinham necessariamente de ser reduzidas devido às condições do mercado à época existentes. Ao comportamento paralelo das empresas não pode ser atribuído um objectivo anticoncorrencial, se esse comportamento se pode explicar pela estrutura do mercado e pelas condições económicas nele prevalentes.

65. Também este argumento não me convence, mesmo que se considere correcta a análise que a Vodafone faz das condições do mercado.

66. É certo que nem todo o comportamento paralelo de concorrentes no mercado tem obrigatoriamente de ser imputado a uma concertação com objectivos anticoncorrenciais das suas práticas⁴⁵. A situação geral do mercado também pode conduzir a que todas as empresas presentes num mercado procedam a adaptações semelhantes do seu comportamento no mercado⁴⁶.

67. Relativamente ao momento exacto, à extensão e às modalidades da adaptação por parte das empresas em causa podem subsistir no entanto incertezas relevantes. Uma troca de informações, susceptível de eliminar mesmo a incerteza remanescente entre os concorrentes, prossegue um fim anticoncorrencial. Tal troca de informações foi a que ocorreu no caso em apreço, segundo as indicações disponíveis, que por esta razão fundamentalmente se distingue do caso *pasta do papel*, trazido a terreiro pela *Vodafone*⁴⁷.

68. Objecto da troca de informações na reunião de Junho de 2001 não foi tanto o facto de *que iria ocorrer* uma adaptação de determinadas comissões — facto que já

anteriormente seria do conhecimento de pelo menos um dos concorrentes —, mas sobretudo a questão de *como* iria ser concretizada essa adaptação, ou seja, em que momento, com que extensão e segundo que modalidades a pretendida redução das comissões fixas dos agentes comerciais das empresas em causa iria ser aplicada.

69. Não existem indícios de que, devido ao contexto económico do ano de 2001, fosse de excluir uma concorrência efectiva relativamente ao momento, extensão e modalidades de uma eventual redução das comissões fixas dos agentes comerciais⁴⁸.

70. O artigo 81.º CE não impede os operadores económicos de orientarem o seu comportamento de acordo com as circunstâncias do mercado e de reagirem com inteligência quer a eventuais alterações das condições económicas e jurídicas de base quer a eventuais alterações ao comportamento no mercado de outras empresas⁴⁹. O artigo 81.º CE proíbe no entanto que essas adaptações sejam realizadas mediante a supressão das regras do jogo da livre concorrência, eventualmente mediante a concertação dos concorrentes relativamente à sua conduta futura no mercado, desta forma se subtraindo um pouco mais à pressão da concorrência e aos riscos do mercado a ela associados.

45 — Acórdão de 31 de Março de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão* («*Pasta de Papel II*», 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e 125/86 a 129/85, p. I-1307, n.º 126); no mesmo sentido, acórdão *CRAM e Rheinzink/Comissão* (já referido na nota 22, n.º 20 em conjugação com o n.º 18).

46 — Neste sentido, as conclusões do advogado-geral H. Mayras de 2 de Maio de 1972 no processo *ICI/Comissão* (já referido na nota 18), invocadas pela *Vodafone*. Segundo o advogado-geral H. Mayras, para que um comportamento possa ser qualificado como prática concertada, no sentido do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE (actual artigo 81.º, n.º 1, CE), é necessário que esse comportamento «não constitua a consequência ou, no mínimo, a principal consequência da estrutura das condições económicas do mercado» [v. título I, secção I, alínea d), daquelas conclusões; em itálico no original].

47 — Acórdão *Pasta de Papel II* (já referido na nota 45); a *Vodafone* invoca os n.ºs 85 a 88 e 123 e 124 do mesmo acórdão, que no entanto não contém apreciações jurídicas do Tribunal de Justiça.

48 — No mesmo sentido, v. acórdãos de 29 de Outubro de 1980, *van Landewyck e o./Comissão* (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 153), de 10 de Dezembro de 1985, *Stichting Sigarettenindustrie e o./Comissão* (240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82, Recueil, p. 3831, n.º 24 a 29), e *Montecatini/Comissão* (já referido na nota 26, n.º 127).

49 — Acórdãos *Suiker Unie e o./Comissão* (já referido na nota 18, n.º 174), *Züchner* (já referido na nota 18, n.º 14); *Deere/Comissão* (já referido na nota 37, n.º 87), *Comissão/Anic Partecipazioni* (já referido na nota 18, n.º 117); *Hüls/Comissão* (já referido na nota 18, n.º 160), e *Asnef-Equifax* (já referido na nota 19, n.º 53).

71. Se se pretendesse não aplicar o artigo 81.º a essas práticas, estariam a proteger-se os concorrentes da concorrência e a dar primazia aos interesses das empresas participantes em prejuízo do interesse geral numa concorrência não falseada (artigo 3.º, n.º 1, alínea g) CE). O objectivo do direito europeu da concorrência tem forçosamente de ser a *protecção da concorrência e não do concorrente*, porque com isso beneficiam indirectamente os consumidores e o interesse geral.

A troca de informações confidenciais entre concorrentes constitui um objectivo anticoncorrencial se essa troca for susceptível de eliminar as incertezas subsistentes sobre a intenção de actuação no mercado das empresas participantes, sendo, desta forma, contornadas as regras da livre concorrência.

c) Conclusão intercalar

72. Como conclusão intercalar pode-se dar como assente:

2. Quanto à segunda questão prejudicial: nexo de causalidade entre a prática concertada e a actuação no mercado.

Uma prática concertada prossegue um objectivo anticoncorrencial no sentido do artigo 81.º, n.º 1, CE, se, pelo seu conteúdo e objectivo, e tendo em conta o seu contexto jurídico e económico, for concretamente susceptível de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não está em causa saber se efectivamente se verificou esse impedimento, restrição ou falseamento da concorrência, nem se existe uma relação directa da prática concertada com os preços finais ao consumo.

73. Com a sua segunda questão o tribunal de reenvio pretende, em substância, saber se as exigências de prova do nexo de causalidade entre a prática concertada e o comportamento no mercado se devem basear apenas no direito comunitário ou se — dentro da observância de determinados limites do direito comunitário — se devem basear no direito nacional.

74. O conceito de prática concertada, no sentido do artigo 81.º, n.º 1, CE, pressupõe três requisitos: primeiro, uma concertação entre as empresas envolvidas, segundo, uma actuação no mercado por parte dessas empresas correspondente à concertação e,

terceiro, umnexo causal entre concertação e actuação no mercado⁵⁰, mas não se exigindo que essa actuação no mercado tenha de se traduzir concretamente numa restrição da concorrência⁵¹.

75. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, existe uma presunção ilidível de que as empresas participantes na concertação e que continuam a operar no mercado levam em conta as informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado. Cabe a essas empresas ilidir essa presunção⁵².

76. Com a sua questão, o College van Beroep voor het bedrijfsleven visa esclarecer se esta *presunção do nexode causalidade*, estabelecida no plano comunitário, também de ser seguida pelas autoridades e tribunais nacionais quando aplicam o artigo 81.º CE.

77. Se e sob que condições pode ser estabelecida uma presunção de existência de umnexo de causalidade entre uma concertação e uma actuação no mercado é uma questão

relativa à prova. É verdade que as questões relativas à prova são muitas vezes vistas como questões de direito substantivo⁵³. Para o caso concreto, do conceito de prática concertada, enquanto tal, apenas decorre que uma concertação deve ser causal relativamente à actuação das empresas em causa no mercado. Ao invés, o conceito de prática concertada do artigo 81.º, n.º 1, CE, ao contrário do que sustentam o Governo holandês e a Comissão, não fornece qualquer indicação sobre as circunstâncias em que o nexode causalidade entre a concertação e a actuação no mercado pode ser considerada como provada.

78. Em processos em que são apreciadas decisões da Comissão em matéria de direito da concorrência, os tribunais comunitários, na falta de uma disposição expressa na matéria, decidiram sempre as questões de prova recorrendo a princípios geralmente aceites. Ao brocardo «*necessitas probandi incumbit ei qui agit*» deve, em última instância, ser imputado o facto de, em litígios relativos a infracções às regras da concorrência, competir à Comissão provar as infracções por ela alegadas e produzir os elementos probatórios adequados à demonstração juridicamente bastante da existência dos factos constitutivos da infracção⁵⁴. Para o efeito, o

50 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 118) e Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 161).

51 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 124), Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 165), Montecatini/Comissão (já referido na nota 26, n.º 125), e Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (já referido na nota 27, n.º 139).

52 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 121 e 126) e Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 162 e 167).

53 — Diferente opinião decorre do acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Julho de 1997, GT-Link (C-242/95, Colect., p. I-4449, n.º 23 em conjugação com o n.º 26).

54 — Jurisprudência constante, por exemplo, acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 58), Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 135), Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 154), Montecatini/Comissão (já referido na nota 26, n.º 179), e de 6 de Janeiro de 2004, BAI e Comissão/Bayer (C-2/01 P e C-3/01 P, Colect., p. I-23, n.º 62).

Tribunal de Justiça considerou também admissível a prova indiciária⁵⁵.

uma questão de ónus da prova ou da sua inversão⁵⁹, mas de uma questão relativa ao *nível da prova*⁶⁰.

79. Ao invés, o Tribunal de Justiça esclareceu que, à aplicação do artigo 86.º do Tratado CE (actual artigo 82.º CE) pelas autoridades nacionais se aplica fundamentalmente o direito nacional⁵⁶, também quando esteja em causa a prova de uma infracção ao artigo 86.º do Tratado CE⁵⁷. Não se vislumbra qualquer razão para que relativamente ao artigo 81.º CE (anterior artigo 85.º do Tratado CE) devesse ser de outra maneira⁵⁸, independentemente do facto de se classificar a matéria de prova no direito substantivo ou no direito processual.

81. O nível da prova necessário num processo nacional não está regulado no direito comunitário. Isso resulta claramente se lermos o artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003 em conjugação com o seu preâmbulo. Como esclarece o seu quinto considerando, o regulamento não afecta as regras nacionais relativas ao nível da prova. O direito comunitário não impede por isso os tribunais nacionais, ao aplicarem os artigos 81.º CE e 82.º CE, de fixarem o nível da prova segundo o direito nacional, e, mais uma vez, independentemente de saber se a questão do nível da prova faz parte do direito substantivo ou do direito processual.

80. Entretanto, o artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003 consagra um regime comunitário expresso de *ónus da prova* que é igualmente aplicável nos processos nacionais de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE. Contudo, no caso de uma presunção de nexos de causalidade, como a aqui em análise, trata-se, ao contrário do que a Comissão sustenta, não de

82. No entanto, o tribunal nacional, ao aplicar as suas disposições e princípios nacionais relativamente ao nível da prova está sujeito a

55 — V., por todos, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 27, n.º 81), e, mais recentemente, acórdão de 25 de Janeiro de 2007, Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão (C-403/04 P e C-405/04 P, Colect., p. I-729, n.º 47), e Coop de France Bétail et Viande/Comissão (já referido na nota 27, n.º 88).

56 — Acórdão GT-Link (já referido na nota 53, n.º 23).

57 — Acórdão GT-Link (já referido na nota 53, n.º 26).

58 — No mesmo sentido, v. acórdão de 10 de Novembro de 1993, Otto (C-60/92, Colect., p. I-5683, n.º 14).

59 — Acórdãos Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 155) e Montecatini/Comissão (já referido na nota 26, n.º 181).

60 — *Nível da prova* são as condições em que um facto pode considerar-se provado. Distingue-se do *ónus da prova*, que, no caso vertente, não está em discussão. O *ónus da prova* visa, por um lado, saber quem tem o dever de alegar os factos e eventualmente de carrear as provas pertinentes (*ónus da prova subjectivo ou formal*, também designado por dever de apresentação de provas); por outro, a repartição do ónus da prova determina quem corre o risco de não esclarecimento de uma situação de facto ou da impossibilidade de provar uma alegação (*ónus da prova material ou objectivo*). V. complementarmente as minhas observações in Kokott, J. — *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin/Heidelberg, 1993, pp. 12 e segs.

determinados requisitos mínimos comunitários, que decorrem, em primeiro lugar, do princípio da equivalência, em segundo lugar, do princípio da efectividade e, em terceiro lugar, dos princípios gerais do direito comunitário⁶¹.

regras da concorrência do Tratado CE. Além disso, o direito nacional deve providenciar pela existência de sanções efectivas, proporcionadas e dissuasoras em caso de infracção ao direito comunitário⁶².

83. Segundo o *princípio da equivalência*, os princípios nacionais em matéria de nível da prova não podem ser menos favoráveis do que os que são aplicáveis num processo correspondente segundo o direito nacional. Num caso como o presente, isso significa que a autoridade nacional da concorrência, do ponto de vista da prova de uma infracção ao artigo 81.º CE, não pode estabelecer maiores exigências de prova do que as que seriam feitas para a prova de uma infracção ao artigo 6.º da Mw. No caso vertente, é manifesto que o princípio da equivalência não apresenta qualquer dificuldade.

84. De acordo com o *princípio da efectividade*, os princípios do direito nacional sobre o nível da prova não devem tornar impossível ou dificultar exageradamente a execução das

85. Neste contexto, deve ter-se especialmente em conta que as regras da concorrência dos artigos 81.º CE e 82.º CE foram transformadas em 1 de Maio de 2004⁶³ num sistema descentralizado, que é orientado por uma cooperação equilibrada das autoridades e dos tribunais nacionais⁶⁴. De grande significado é a garantia de uma aplicação uniforme das regras da concorrência na Comunidade. Não apenas o objectivo fundamental da existência de condições de concorrência iguais para as empresas no mercado interno europeu, mas também a igual protecção dos interesses dos consumidores em toda a comunidade seriam postos em causa se, na aplicação das regras da concorrência dos artigos 81.º CE e 82.º CE, se chegasse a uma grande divergência entre as autoridades e

61 — V. a formulação da parte final do quinto considerando do Regulamento n.º 1/2003, segundo o qual as disposições e requisitos nacionais devem estar em conformidade com os princípios gerais do direito comunitário; v., por outro lado, a jurisprudência constante desde o acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral (33/76, Colect., p. 813, n.º 5), relativamente à observância dos princípios da equivalência e da efectividade em processos da concorrência, em especialmente os acórdãos GT-Link (já referido na nota 53, n.º 26), de 20 de Setembro de 2001, Courage e Crehan (C-453/99, Colect., p. I-6297, n.º 29), de 13 de Julho de 2006, Manfredi e o. (C-295/04 a C-298/04, Colect. p. I-6619, n.º 62 e 71), e de 18 de Janeiro de 2007, City Motors Groep (C-421/05, Colect., p. I-653, n.º 34).

62 — Jurisprudência constante desde o acórdão de 21 de Setembro de 1989, Comissão/Grécia (68/88, Colect., p. 2965, n.º 23 e 24); v. os acórdãos de 3 de Maio de 2005, Berlusconi e o. (C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Colect., p. I-3565, n.º 65), e de 4 de Julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, Colect. p. I-6057, n.º 94).

63 — Esta data marca a passagem para um direito da concorrência modernizado com o Regulamento n.º 1/2003 (v. o seu artigo 45.º, n.º 2).

64 — Sobre este aspecto v. especialmente os considerandos 4, 6, 7, 8, 21 e 22 do Regulamento n.º 1/2003. Também no período anterior a 1 de Maio de 2004 o Tribunal de Justiça tinha salientado o dever de lealdade a que estão vinculados os tribunais nacionais no domínio do direito da concorrência (acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Masterfoods e HB, C-344/98, Colect., p. I-11369, n.º 49).

tribunais dos Estados-Membros. Por esta razão, a aplicação uniforme dos artigos 81.º CE e 82.º aparece como o verdadeiro fio condutor do Regulamento n.º 1/2003⁶⁵.

86. Certamente, nada disto significa a obrigação dos Estados-Membros adaptarem em todos os aspectos o nível da prova exigido segundo o seu direito interno para a prova de uma infracção ao artigo 81.º CE ao nível de prova que os tribunais comunitários têm de aplicar quando fiscalizam a legalidade das decisões tomadas pela Comissão nos termos do artigo 81.º CE. Como indica o quinto considerando do Regulamento n.º 1/2003, o legislador comunitário deu conscientemente de barato a existência de determinadas divergências nas práticas dos Estados-Membros⁶⁶. Como salientou com razão a KPN, elas são inerentes a um sistema descentralizado de aplicação do direito.

87. Pelo contrário, não seria compatível com o princípio da efectividade que os tribunais nacionais colocassem exigências de tal forma elevadas à prova, pelas autoridades nacionais

ou por particulares⁶⁷, de uma infracção ao artigo 81.º CE ou 82.º CE que tal prova se tornasse extraordinariamente difícil ou praticamente impossível. Em especial, os tribunais nacionais não podem ignorar as especificidades da produção de prova relativamente às infracções às regras da concorrência.

88. Entre essas especificidades conta-se o facto de, na maior parte dos casos, a existência de práticas ou acordos anticoncorrenciais ter de ser inferida a partir de um conjunto de coincidências e indícios que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação conclusiva, a prova de uma violação das regras da concorrência⁶⁸. Pois as actividades que estas práticas e acordos implicam decorrem normalmente de forma clandestina e a documentação que lhes diz respeito é reduzida ao mínimo⁶⁹.

65 — V., em especial, o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 1/2003. Paralelamente v. os artigos 11.º e 16.º deste regulamento e os considerandos 1, 14, 17, 19, 21 e 22 do seu preâmbulo.

66 — O mesmo se verificou já anteriormente na jurisprudência, v. acórdão Otto (já referido na nota 58, n.º 14), último período, e GT-Link (já referido na nota 53, n.º 23 a 26).

67 — Sobre o chamado «private enforcement» do direito da concorrência v., especialmente, o acórdão Courage e Manfredi (já referido na nota 61); em geral, sobre a vigência do princípio da efectividade na perspectiva da execução de pretensões do direito civil, v. ainda o acórdão de 15 de Janeiro de 2004, Penycoed (C-230/01, Colect., p. I-937, n.ºs 36 e 37).

68 — Sobre o artigo 81.º CE v. os acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 27, n.º 57), Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (já referido na nota 27, n.ºs 94 e 135), de 21 de Setembro de 2006, Technische Unie/Comissão (C-113/04 P, Colect., p. I-8831, n.º 165), e Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão (já referido na nota 55, n.º 51); sobre o artigo 82.º CE v. os acórdãos de 13 de Julho de 1989, Lucazeau e o. (110/88, 241/88 e 242/88, Colect., p. 2811, n.º 25), e GT-Link (já referido na nota 53, n.º 42).

69 — Acórdãos Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 27, n.º 55), e Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão (já referido na nota 55, n.º 51).

89. E, elemento não menos relevante, essas especificidades da produção de prova no casos de infracção às regras de concorrência visam assegurar que as autoridades ou particulares a quem incumba o ónus da prova possam, com base em regras da experiência, inferir de uma sucessão típica de eventos determinadas conclusões. Cabe então à outra parte — normalmente a empresa a quem é imputado o delito da concorrência — contestar, mediante a apresentação de provas concludentes, as conclusões tiradas *prima facie* de princípios da experiência e de uma sucessão típica de eventos, sob pena de se considerar que aquelas conclusões satisfazem as exigências do ónus da prova⁷⁰. Por outras palavras, trata-se de um jogo recíproco de deveres de alegação, que é prévio à questão do ónus da prova objectivo⁷¹.

90. Também a presunção de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado, reconhecida pelo Tribunal de Justiça relativamente a práticas concertadas, não é senão uma conclusão admissível de uma sucessão típica de eventos com base em princípios da experiência. Nomeadamente, se se provar que duas ou mais empresas se concertaram e, posteriormente, essas empresas puseram em prática uma actuação correspondente a essa concertação, fica

demonstrado que é de presumir o nexo causal entre a concertação e a actuação no mercado, a menos que as empresas em causa forneçam, mediante a apresentação de contraprovas, outra explicação conclusiva para a sua actuação no mercado⁷².

91. Se, como no caso presente, os concorrentes trocam informações sobre uma possível redução das comissões dos seus agentes e, subseqüentemente, na prática, aplicam essas reduções mais ou menos paralelamente, ficaria demonstrado, na falta de outras explicações plausíveis, que a referida troca de informações, pelo menos, não foi irrelevante para a sua actuação no mercado⁷³. Com efeito, normalmente, deve partir-se do princípio de que as empresas participantes na concertação que continuaram a operar no mercado tiveram em conta as informações trocadas com os seus concorrentes para determinarem a sua actuação no mercado⁷⁴.

70 — Neste sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 27, n.º 79); de forma idêntica, acórdão Lucazeau e o. (já referido na nota 68, n.º 25).

71 — Sobre este ponto v. também as minhas conclusões de 8 de Dezembro de 2005 no processo Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão (já referido na nota 27, n.º 73).

72 — Neste sentido, acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.ºs 121 e 126) e Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.ºs 162 e 167); v. ainda o n.º 66 destas conclusões e a jurisprudência citada na nota 45.

73 — Sobre este ponto, v. ainda os n.ºs 64 a 71 destas conclusões.

74 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 18, n.º 121) e Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 162).

92. Em conclusão, há que recordar que as autoridades e os tribunais nacionais, na perseguição e punição das infracções aos artigos 81.º CE e 82.º CE, estão vinculados pelos princípios gerais do direito comunitário e, em especial, pelos direitos fundamentais reconhecidos no plano comunitário⁷⁵. Entre os direitos fundamentais aplicáveis nos processos de repressão de infracções às regras da concorrência conta-se a presunção de inocência⁷⁶, que faz parte da tradição constitucional comum dos Estados-Membros e, além disso, pode inferir-se do artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia Para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁷⁷; mais recentemente foi igualmente consagrada no artigo 48.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁷⁸.

93. No entanto, não pode ser visto como uma violação da presunção de inocência o facto de, num processo de concorrência, e de acordo com as regras da experiência, serem tiradas

determinadas conclusões de uma sucessão típica de eventos e de às empresas em causa ser dada a possibilidade de desmentir essas conclusões⁷⁹. Finalmente, também nos processos criminais clássicos se admite a prova indiciária e a utilização de regras da experiência.

94. Em resumo:

Em processos em tribunais nacionais, o nível de prova exigido para provar uma infracção ao artigo 81.º CE é regulado pelo direito nacional, devendo ser observados os princípios da equivalência e da efectividade assim como os princípios gerais do direito comunitário.

Segundo o princípio da efectividade, a prova de infracções ao artigo 81.º CE não pode ser submetida a exigências tais que a dificultem exageradamente ou a tornem, na prática, impossível. Em especial, os tribunais nacionais não podem ignorar as especificidades da

75 — Acórdão de 13 de Abril de 2000, Karlsson e o. (C-292/97, Colect., p. I-2737, n.º 37), e de 3 de Maio de 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, Colect., p. I-3633, n.º 45); v. também o artigo 51.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

76 — Acórdãos Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.ºs 149 e 150) e Montecatini/Comissão (já referido na nota 26, n.ºs 175 e 176).

77 — Assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950.

78 — A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi assinada primeiramente em Nice (JO C 364, p. 1) e depois, em 12 de Dezembro de 2007, solenemente proclamada em Estrasburgo (JO C 303, p. 1). A Carta, em si mesma, não tem efeitos jurídicos vinculativos equivalentes aos do direito primário, mas enquanto fonte de conhecimento do direito esclarece os direitos fundamentais garantidos pelo direito comunitário; sobre este ponto, v. igualmente o acórdão de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho («reagrupamento familiar») C-540/03, Colect., p. I-5769, n.º 38), e o n.º 108 das minhas conclusões de 8 de Setembro de 2005 nesse processo, além do acórdão de 13 de Março de 2007, *Unibet* (C-432/05, Colect., p. I-2271, n.º 37).

79 — Neste sentido, v. também os acórdãos Hüls/Comissão (já referido na nota 18, n.º 155), e Montecatini/Comissão (já referido na nota 26, n.º 181), segundo o qual não se pode ver nessa forma de proceder uma inversão inadmissível do ónus da prova.

produção de prova na apreciação de infracções às regras da concorrência e devem permitir apreciar uma sucessão típica de eventos a partir de regras da experiência.

pode aplicar a uma concertação que ocorreu apenas uma só vez, na condição de as empresas participantes continuarem a operar no mercado.

Sem prejuízo das especificidades da empresa em causa, os tribunais nacionais devem também partir do princípio de que as empresas participantes numa prática concertada que continuam a operar no mercado levaram em conta as informações trocadas com os seus concorrentes para determinarem a sua actuação no mercado.

96. O ponto de partida desta questão é a circunstância de, no caso presente, só ter havido uma única reunião entre os representantes dos fornecedores holandeses de serviços de telecomunicações móveis, concretamente em Junho de 2001.

97. A T-Mobile, a KPN e a Vodafone consideram a presunção de nexo de causalidade uma excepção que tem de ser interpretada restritivamente e que deve ficar limitada aos casos de concertações regulares entre empresas e não pode ser estendida aos casos em que apenas tenha ocorrido uma única diligência de concertação.

3. Quanto à terceira questão prejudicial: presunção de nexo de causalidade no caso de uma única concertação

98. Não partilho desta opinião.

95. Em complemento à sua segunda questão prejudicial, o tribunal de reenvio pretende essencialmente saber, com a sua terceira questão prejudicial, se a presunção do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação do mercado apenas se pode aplicar a concertações que se tenham protraído por um longo período de tempo, ou se também se

99. Dos acórdãos em que o Tribunal de Justiça reconheceu a presunção de causalidade não se pode inferir que a mesma constitui uma excepção à regra geral nem que ela se aplica exclusivamente aos casos em

que tenham existido concertações regulares ou, pelo menos, repetidas. Pelo contrário, a presunção de causalidade pode ser vista, segundo a formulação seguida pelo Tribunal de Justiça, como uma regra geral. Com efeito, a presunção aplica-se em geral e apenas está submetida a uma limitação: deve poder ser ilidida pelas empresas participantes mediante a apresentação de prova do contrário⁸⁰.

100. A referência acessória do Tribunal de Justiça a uma concertação que se protrau regularmente por um longo período de tempo não constitui uma limitação adicional à presunção do nexo de causalidade. Pelo contrário, essa referência deve ser entendida no sentido de que a presunção do nexo de causalidade é reforçada se as empresas tiverem mantido uma concertação regular durante um longo período. É o que resulta, desde logo, da formulação seguida pelo Tribunal de Justiça «isto é tanto mais certo quanto [...]»⁸¹.

101. Também da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância⁸², citada pela T-Mobile, cuja matéria de facto se reportava à participação em várias reuniões com objectivos

anticorrupcionais, não se pode inferir qualquer limitação genérica à presunção de causalidade.

102. Mesmo que se admitia que, no processo *Anic Partecipazioni*, o advogado-geral G. Cosmas, com a sua diferenciação entre a participação numa única reunião ou a participação em várias reuniões⁸³, tenha tido a intenção de estabelecer uma presunção de causalidade um pouco mais limitada, o Tribunal de Justiça não o acompanhou nesse ponto.

103. Acrescento ainda que a limitação da presunção do nexo de causalidade aos casos em que uma concertação regular se protra durante um longo período de tempo, não se adequa ao caso vertente. Com efeito, na minha opinião, não existe qualquer regra geral de experiência segundo a qual uma troca única de informações entre os concorrentes não possa conduzir a uma concertação anticorrupcional do seu comportamento no mercado e só contactos regulares durante um período de tempo considerável podem torná-la possível⁸⁴. Da mesma forma, também a presunção de inocência alegada por algumas das partes não implica que a concertação realizada por uma só vez tenha de ser tratada, relativamente ao nexo de causalidade, de

80 — Acórdãos *Comissão/Anic Partecipazioni* (já referido na nota 18, n.º 121, primeira parte) e *Hüls/Comissão* (já referido na nota 18, n.º 162, primeira parte).

81 — Acórdãos *Comissão/Anic Partecipazioni* (já referido na nota 18, n.º 121, segunda parte) e *Hüls/Comissão* (já referido na nota 18, n.º 162, segunda parte).

82 — Acórdão de 12 de Julho de 2001, *Tate & Lyle e o./Comissão* (T-202/98, T-204/98 e T-207/98, Colect., p. II-2035, n.º 66).

83 — Conclusões do advogado-geral G. Cosmas de 15 de Julho de 1997 no processo *Comissão/Anic Partecipazioni* (já referido na nota 18, n.º 56).

84 — Em conformidade é reconhecido na jurisprudência que uma infracção ao artigo 81.º CE pode resultar tanto de uma diligência isolada, de um conjunto de diligências ou de uma diligência continuada; v. acórdão *Comissão/Anic Partecipazioni* (já referido na nota 18, n.º 81) e *Aalborg Portland e o./Comissão* (já referido na nota 27, n.º 258).

forma diferente de uma concertação regular que se protraiu por um longo período de tempo.

104. Como alega com razão o Governo holandês, a frequência, a periodicidade e a forma com que os concorrentes têm de estabelecer contactos para conseguirem uma concertação da sua actuação no mercado dependem do objecto da concertação e das especificidades do mercado.

105. Se as empresas participantes criarem um cartel com um sistema complexo e sofisticado de concertação de longo termo, tendo em mira uma variedade de aspectos da sua actuação no mercado, poderão ser necessários uma série de contactos sistemáticos ao longo de um período de tempo considerável. Se, pelo contrário, como no presente caso, se pretender apenas uma concertação parcial na perspectiva de uma única adaptação da actuação no mercado relativamente a um único parâmetro de concorrência, um só contacto entre os concorrentes pode ser suficiente para constituir a base de apoio do objectivo anticoncorrencial das empresas e, desta forma, constituir a causa da sua ulterior actuação no mercado.

106. O simples facto de só ter havido um contacto não significa portanto necessariamente que a prova seja fraca. Pelo contrário, 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 uma conscientemente uma cooperação prática para substituir os riscos da concorrência. No caso vertente, todos os elementos apresentados ao Tribunal de Justiça apontam para que assim se tenha verificado, pois logo após a reunião única verificou-se efectivamente a descida das comissões fixas dos agentes comerciais.

107. 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 aplicada⁸⁵ e podem também ter relevância para o montante da indemnização a reclamar por um terceiro, designadamente quando, segundo o direito nacional aplicável, houver lugar ao pagamento de uma indemnização com carácter sancionatório⁸⁶.

108. Em resumo:

Mesmo que apenas tenha ocorrido uma única concertação entre os concorrentes que continuaram a operar no mercado, pode presumir-se, salvo prova em contrário, que essa concertação influenciou a sua actuação no mercado. Esta presunção aplica-se especialmente quando o litígio se referir a uma só concertação tendo como objectivo a adaptação, por uma só vez, da actuação no mercado dos participantes relativamente a um único parâmetro da concorrência.

85 — É o que resulta, no plano comunitário, expressamente do artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003.

86 — Sobre este ponto, v. acórdão Manfredi e o. (já referido na nota 61, n.º 92).

VI — Conclusão

109. Com base nas considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões do College van Beroep voor het bedrijfsleven:

- 1) a) Uma prática concertada prossegue um objectivo anticoncorrencial na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, se, pelo seu conteúdo e objectivo, e tendo em conta o seu contexto jurídico e económico, for concretamente susceptível de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não está em causa saber se efectivamente se verificou esse impedimento, restrição ou falseamento da concorrência, nem se existe uma relação directa da prática concertada com os preços finais ao consumo.

 - b) A troca de informações confidenciais entre concorrentes constitui um objectivo anticoncorrencial se essa troca for susceptível de eliminar as incertezas subsistentes sobre a intenção de actuação no mercado das empresas participantes, sendo, desta forma, contornadas as regras da livre concorrência.
-
- 2) a) Em processos em tribunais nacionais, o nível de prova exigido para provar uma infracção ao artigo 81.º CE é regulado pelo direito nacional, devendo ser observados os princípios da equivalência e da efectividade assim como os princípios gerais do direito comunitário.

- b) Segundo o princípio da efectividade, a prova de infracções ao artigo 81.º CE não podem ser submetida a exigências tais que a dificultem exageradamente ou a tornem, na prática, impossível. Em especial, os tribunais nacionais não podem ignorar as especificidades da produção de prova na apreciação de infracções às regras da concorrência e devem permitir apreciar uma sucessão típica de eventos a partir de regras da experiência.

 - c) Sem prejuízo das especificidades da empresa em causa, os tribunais nacionais devem também partir do princípio de que as empresas participantes numa prática concertada que continuam activas no mercado tiveram em conta as informações trocadas com os seus concorrentes para determinarem a sua actuação no mercado.
- 3) Mesmo que apenas tenha ocorrido uma única concertação entre os concorrentes que continuaram a operar no mercado, pode presumir-se, salvo prova em contrário, que essa concertação influenciou a sua actuação no mercado. Esta presunção aplica-se especialmente quando o litígio se referir a uma só concertação tendo como objectivo a adaptação, por uma só vez, da actuação no mercado dos participantes relativamente a um único parâmetro da concorrência.