

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

4 de Junho de 2009\*

No processo C-8/08,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo College van Beroep voor het bedrijfsleven (Países Baixos), por decisão de 31 de Dezembro de 2007, entrado no Tribunal de Justiça em 9 de Janeiro de 2008, no processo

**T-Mobile Netherlands BV,**

**KPN Mobile NV,**

**Orange Nederland NV,**

**Vodafone Libertel NV**

\* Língua do processo: neerlandês.

contra

**Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas, presidente de secção, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues, J. Klučka (relator) e U. Lõhmus, juízes,

advogada-geral: J. Kokott,  
secretário: R. Şereş, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 15 de Janeiro de 2009,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da T-Mobile Netherlands BV, por I. VerLoren van Themaat e V. H. Affourtit, advocaten,
  
- em representação da KPN Mobile NV, por B. J. H. Braeken e P. Glazener, advocaten,

- em representação da Vodafone Libertel BV, por G. van der Klis, advocaat,
  
- em representação do Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, por A. Prompers, na qualidade de agente,
  
- em representação do Governo neerlandês, por C. Wissels, Y. de Vries e M. de Grave, na qualidade de agentes,
  
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por A. Bouquet e S. Noë, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 19 de Fevereiro de 2009,

profere o presente

### **Acórdão**

<sup>1</sup> O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 81.º, n.º 1, CE.

- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a T-Mobile Netherlands BV (a seguir «T-Mobile»), a KPN Mobile NV (a seguir «KPN»), a Orange Nederland NV (a seguir «Orange») e a Vodafone Libertel NV (a seguir «Vodafone») ao Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autoridade da Concorrência dos Países Baixos, a seguir «NMa»), a respeito das coimas que esta aplicou a essas empresas por terem infringido os artigos 81.º CE e 6.º, n.º 1, da Lei da Concorrência (Mededingingswet), na versão resultante da Lei que a alterou (Wet houdende wijziging van de Mededingingswet), de 9 de Dezembro de 2004 (a seguir «Mw»).

## I — Quadro jurídico

### *Regulamentação comunitária*

- 3 O quinto considerando do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1, p. 1), dispõe:

«A fim de assegurar uma aplicação eficaz das regras comunitárias de concorrência, salvaguardando simultaneamente a observância dos direitos fundamentais da defesa, o presente regulamento deverá regular a questão do ónus da prova ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º [CE]. [...] 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.»

4 O artigo 2.º do referido regulamento, intitulado «Ónus da prova», dispõe:

«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. [...]»

5 O artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo regulamento prevê:

«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 [1] do artigo 81.º do Tratado [...]»

*Legislação nacional*

- 6 Nos termos do artigo 1.º, alínea h), da Mw, entende-se por «práticas concertadas» as práticas concertadas no sentido do artigo 81.º, n.º 1, CE.
- 7 Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Mw, 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.
- 8 Nos termos do artigo 88.º da Mw, a NMa tem o poder de aplicar o artigo 81.º CE.

**Litígio no processo principal e questões prejudiciais**

*Factos do litígio no processo principal*

- 9 Resulta da decisão de reenvio que os representantes dos operadores que prestam serviços de telecomunicações móveis no mercado neerlandês se reuniram em 13 de Junho de 2001.
- 10 Na altura, cinco operadores beneficiavam, nos Países Baixos, de uma rede própria de telefonia móvel: a Ben Nederland BV (a seguir «Ben», actualmente T-Mobile), a KPN, a Dutchtone NV (a seguir «Dutchtone», actualmente Orange), a Libertel-Vodafone NV

(a seguir «Libertel-Vodafone», actualmente Vodafone) e a Telfort Mobiel BV [que se transformou na O2 (Netherlands) BV, a seguir «O2 (Netherlands)», e, actualmente, Telfort]. Em 2001, as quotas de mercado destes cinco operadores ascendiam, respectivamente, a 10,6%, 42,1%, 9,7%, 26,1% e 11,4%. O aparecimento de uma sexta rede de telefonia móvel não era possível, porque não foram atribuídas mais licenças. O acesso ao mercado dos serviços de telecomunicações móveis só era possível, portanto, através da celebração de um contrato com um ou vários destes cinco operadores.

- 11 Os serviços de telecomunicações móveis são oferecidos sob a forma de pacotes pré-pagos ou assinaturas com pós-pagamento. Os pacotes pré-pagos caracterizam-se pelo facto de o cliente pagar antecipadamente o preço das comunicações. Com efeito, pela compra de um cartão pré-pago ou de um carregamento, o cliente adquire um crédito em tempo de chamadas, o que lhe permite telefonar até esgotar esse crédito. As assinaturas com pós-pagamento caracterizam-se, pelo contrário, pelo facto de os minutos de comunicação de um determinado período serem facturados ao cliente *a posteriori*, que paga também uma taxa de base fixa, que por sua vez pode incluir um crédito em minutos de chamadas.
  
- 12 Em 13 de Junho de 2001, teve lugar uma reunião entre os representantes dos operadores que prestam serviços de telecomunicações móveis no mercado neerlandês. Durante essa reunião falou-se, entre outras coisas, da redução das remunerações *standard* dos revendedores relativas às assinaturas com pós-pagamento a partir de 1 de Setembro de 2001 ou por volta desta data. Como decorre da decisão de reenvio, foram igualmente trocadas informações confidenciais entre os participantes durante a reunião.
  
- 13 Por decisão de 30 de Dezembro de 2002, a NMa declarou que a Ben, a Dutchtone, a KPN, a O2 (Netherlands) e a Libertel-Vodafone tinham celebrado entre si um acordo ou tinham concertado as suas práticas. Tendo considerado que as condutas em causa restringiam sensivelmente a concorrência e eram, por conseguinte, proibidas pelo artigo 6.º, n.º 1, da Mw, a NMa aplicou coimas a estas empresas.

- 14 As referidas empresas reclamaram desta decisão da NMa.
- 15 Por decisão de 27 de Setembro de 2004, a NMa considerou os fundamentos invocados pela T-Mobile, a KPN, a Orange, a Libertel-Vodafone e a O2 (Netherlands) parcialmente procedentes e declarou que as práticas descritas na decisão de 30 de Dezembro de 2002 constituíam uma infracção não só ao artigo 6.º, n.º 1, da Mw mas também ao artigo 81.º, n.º 1, CE. Em consequência, a NMa manteve todas as coimas aplicadas às referidas sociedades, tendo embora reduzido os respectivos montantes.
- 16 A T-Mobile, a KPN, a Orange, a Vodafone e a Telfort interpuseram recurso da decisão de 27 de Setembro de 2004 no Rechtbank te Rotterdam. Este último tribunal, por sentença de 13 de Julho de 2006, anulou a decisão e remeteu os autos à NMa para esta se pronunciar de novo.
- 17 A T-Mobile, a KPN, a Orange, a Vodafone (a seguir, em conjunto, «operadores envolvidos») e a NMa interpuseram recurso da referida sentença no College van Beroep voor het bedrijfsleven, que deve decidir se o conceito de prática concertada foi correctamente interpretado à luz da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça sobre a matéria.

*Posição do órgão jurisdicional de reenvio*

- 18 O College van Beroep voor het bedrijfsleven considera que deve determinar, por um lado, se a troca de informações sobre as assinaturas com pós-pagamento na reunião de 13 de Junho de 2001 tinha por objectivo restringir a concorrência e se foi legitimamente que a NMa não analisou os efeitos da prática concertada e, por outro, se há um nexo de causalidade entre essa concertação e a actuação no mercado dos operadores envolvidos.

- 19 O órgão jurisdicional de reenvio começa por especificar que a prática concertada em causa no processo principal não diz respeito aos preços finais de venda ao consumidor a aplicar pelos operadores envolvidos nem às tarifas das assinaturas com pós-pagamento a facturar pelos mesmos aos consumidores finais. Tem por objecto, na realidade, a remuneração que estes operadores tencionam pagar pelos serviços que os revendedores lhes prestam. Por conseguinte, o referido tribunal salienta que não se pode considerar que a prática concertada tem directamente por objectivo determinar os preços das assinaturas com pós-pagamento no mercado retalhista.
- 20 Em seguida, o *College van Beroep voor het bedrijfsleven* refere que tem dúvidas sobre se se pode considerar que a prática concertada dos operadores envolvidos, relativa às remunerações pagas aos revendedores pela celebração de contratos de assinatura com pós-pagamento, tem por objectivo impedir, restringir ou falsear a concorrência na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE. Com efeito, refere que a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de concorrência pode ser interpretada no sentido de que um acordo ou uma prática concertada se destina a restringir a concorrência quando a experiência mostre que o referido acordo ou a referida prática tem sempre ou quase sempre por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, independentemente das circunstâncias económicas. É o que acontece, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, quando as consequências danosas reais são inegáveis e se verificarão quaisquer que sejam as características do mercado em causa. Segundo afirma, por conseguinte, os efeitos de uma prática concertada devem ser sempre analisados, para evitar que se considere que um comportamento tem um objectivo restritivo da concorrência quando se verifica que não teve efeitos restritivos.
- 21 Por último, no que diz respeito ao nexo de causalidade entre a concertação e a actuação dos referidos operadores no mercado, o órgão jurisdicional de reenvio duvida da pertinência da presunção enunciada nos acórdãos de 8 de Julho de 1999, *Comissão/Anic Partecipazioni* (C-49/92 P, Colect., p. I-4125), e *Hüls/Comissão* (C-199/92 P, Colect., p. I-4287), segundo a qual, sem prejuízo da prova em contrário que aos operadores interessados cabe fazer, as empresas que participam na concertação e que continuam activas no mercado levam em linha de conta as informações que trocaram com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado. Isto é

tanto mais certo quanto a concertação ocorra regularmente durante um longo período. O referido órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, por força do direito comunitário, é obrigado a aplicar esta presunção, apesar da existência de disposições nacionais diferentes em matéria de repartição do ónus da prova, e se esta presunção é aplicável a situações em que uma única reunião serve de fundamento à concertação.

22 Foi nestas condições que o College van Beroep voor het bedrijfsleven decidiu suspender a instância e submeter à apreciação do Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Que critérios devem ser seguidos, na aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, quanto à apreciação da questão de saber se uma prática concertada visa impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comunitário?
- 2) O artigo 81.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?
- 3) Na aplicação do conceito de prática concertada previsto no artigo 81.º [...] 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?»

## Quanto às questões prejudiciais

### *Quanto à primeira questão*

- 23 A título preliminar, há que referir que os conceitos de «acordo», de «decisões de associações de empresas» e de «prática concertada» incluem, do ponto de vista subjectivo, formas de conluio que são da mesma natureza e só se distinguem umas das outras pela respectiva intensidade e pelas formas como se manifestam (v., neste sentido, acórdão Comissão/Anic Participazioni, já referido, n.º 131).
- 24 Assim, como referiu, no essencial, a advogada-geral no n.º 38 das suas conclusões, os critérios consagrados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para apreciar se um comportamento tem por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência são aplicáveis quer se trate de um acordo, de uma decisão ou de uma prática concertada.
- 25 A este respeito, há que referir que o Tribunal de Justiça já forneceu um determinado número de critérios que permitem verificar se um acordo, uma decisão ou uma prática concertada têm carácter anticoncorrencial.
- 26 Quanto à definição de prática concertada, o Tribunal de Justiça declarou que consiste numa forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui ciente e conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas (v. acórdãos 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., p. 563, n.º 26, e de 31 de Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colect., p. I-1307, n.º 63).

- 27 No que diz respeito à apreciação do carácter anticoncorrencial de uma prática concertada, há que levar em conta, nomeadamente, as finalidades objectivas que pretende atingir e o contexto económico e jurídico em que se insere (v., neste sentido, acórdãos 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 e Barry Brothers, C-209/07, Colect., p. I-8637, n.ºs 16 e 21). Além disso, embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de uma prática concertada, nada impede que a Comissão das Comunidades Europeias ou os tribunais comunitários a levem em conta (v., neste sentido, acórdão IAZ International Belgium e o./Comissão, já referido, n.ºs 23 a 25).
- 28 Relativamente à delimitação entre as práticas concertadas que têm um objectivo anticoncorrencial e as que têm um efeito anticoncorrencial, há que recordar que o objectivo e o efeito anticoncorrencial não são requisitos cumulativos, mas alternativos, para verificar se uma prática é abrangida pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE. 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 objectivo da própria prática concertada, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. Porém, se a análise do objectivo da prática concertada não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os seus efeitos e, para que a mesma possa ser objecto da proibição, exigir a reunião dos factores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável (v., neste sentido, acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido, n.º 15).
- 29 Além disso, há que salientar que, para apreciar se uma prática concertada é proibida pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, a apreciação dos seus efeitos concretos é supérflua quando se verifique que tem por objectivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum (v., neste sentido, acórdãos de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, pp. 423, 434; de 21 de Setembro de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comissão, C-105/04 P, Colect., p. I-8725, n.º 125, e Beef Industry Development

Society e Barry Brothers, já referido, n.º 16). A distinção entre «infracções pelo objectivo» e «infracções pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento correcto e normal da concorrência (v. acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers, já referido, n.º 17).

30 Nestas condições, ao contrário do que afirma o órgão jurisdicional de reenvio, não é necessário analisar os efeitos de uma prática concertada quando estiver demonstrado que a mesma tem um objectivo anticoncorrencial.

31 Quanto à apreciação do objectivo anticoncorrencial de uma prática concertada como a que está em causa no processo principal, importa recordar, em primeiro lugar, que, como referiu a advogada-geral no n.º 46 das suas conclusões, para ter um objectivo anticoncorrencial, basta que a prática concertada seja susceptível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Por outras palavras, a prática em causa apenas tem de ser concretamente apta, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente só tem importância para calcular o montante das coimas e avaliar os direitos a indemnizações.

32 Em segundo lugar, no que diz respeito à troca de informações entre concorrentes, importa recordar que os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum (v. acórdãos Suiker Unie e o./Comissão, já referido, n.º 173; de 14 de Julho de 1981, Züchner, 172/80, Recueil, p. 2021, n.º 13; Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, já referido, n.º 63, e de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão, C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.º 86).

33 Se é exacto que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à actuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores, que possa quer influenciar a actuação no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a actuação que o outro ou os outros operadores decidiram adoptar ou planeiam adoptar nesse mercado, quando esses contactos tenham por objectivo ou efeito originar condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações fornecidas, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Suiker Unie e o./Comissão, n.º 174; Züchner, n.º 14, e Deere/Comissão, n.º 87).

34 Nos n.ºs 88 e seguintes do acórdão Deere/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça declarou, assim, que, num mercado oligopolístico fortemente concentrado como o mercado em causa no processo principal, a troca de informações é susceptível 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.

35 Daqui decorre que a troca de informações entre concorrentes é susceptível de infringir as regras da concorrência quando atenua ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado em causa, tendo por consequência a restrição da concorrência entre empresas (v. acórdãos Deere/Comissão, já referido, n.º 90, e de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão, C-194/99 P, Colect., p. I-10821, n.º 81).

36 Em terceiro lugar, no que diz respeito à possibilidade de considerar que uma prática concertada tem um objectivo anticoncorrencial apesar de não estar directamente ligada aos preços finais de venda ao consumidor, refira-se que a redacção do artigo 81.º, n.º 1,

CE não permite que se considere que só são proibidas as práticas concertadas que tenham um efeito directo sobre o preço pago pelos consumidores finais.

37 Pelo contrário, resulta do referido artigo 81, n.º 1, alínea a), CE que uma prática concertada pode ter um objectivo anticoncorrencial se consistir em «fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção». No processo principal, como alega o Governo neerlandês nas suas observações escritas, verifica-se que, para as assinaturas com pós-pagamento, as remunerações dos revendedores são elementos determinantes na fixação do preço que o consumidor final virá a pagar.

38 Em todo o caso, como referiu a advogada-geral no n.º 58 das suas conclusões, o artigo 81.º CE, à semelhança das outras regras da concorrência enunciadas no Tratado, não se destina unicamente a proteger os interesses directos dos concorrentes ou dos consumidores mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal.

39 Por conseguinte, ao contrário do que parece considerar o órgão jurisdicional de reenvio, a declaração de que uma prática concertada tem um objectivo anticoncorrencial não pode depender do facto de esta estar directamente ligada aos preços finais de venda ao consumidor.

40 Em quarto lugar, no que diz respeito ao argumento da Vodafone segundo o qual a prática concertada em causa no processo principal não tem por objectivo restringir a concorrência uma vez que as remunerações *standard* dos revendedores, de qualquer modo, deviam ser reduzidas por causa das condições do mercado, é certo que decorre do n.º 33 do presente acórdão que a exigência de autonomia dos operadores económicos não exclui o seu direito de se adaptarem inteligentemente à actuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes.

- 41 Todavia, como referiu a advogada-geral nos n.ºs 66 a 68 das suas conclusões, embora seja verdade que nem todo o comportamento paralelo de empresas concorrentes tem obrigatoriamente de ser imputado a uma concertação contrária à concorrência, há que considerar que uma troca de informações susceptível de eliminar as incertezas dos interessados quanto à data, à extensão e às modalidades da adaptação a realizar pela empresa em causa tem um objectivo anticoncorrencial, inclusivamente quando a adaptação consiste na redução da comissão *standard* dos revendedores, como no processo principal.
- 42 Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no litígio no processo principal, as informações trocadas na reunião de 13 de Junho de 2001 eram susceptíveis de eliminar essas incertezas.
- 43 Face ao exposto, há que responder à primeira questão que uma prática concertada tem um objectivo anticoncorrencial na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE quando, devido ao seu teor e à sua finalidade e tendo em conta o contexto jurídico e económico em que se insere, é concretamente apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não é necessário que a concorrência seja efectivamente impedida, restringida ou falseada nem que haja uma ligação directa entre essa prática concertada e os preços finais de venda ao consumidor. A troca de informações entre concorrentes tem um objectivo anticoncorrencial quando é susceptível de eliminar as incertezas quanto à actuação planeada pelas empresas em causa.

### *Quanto à segunda questão*

- 44 Através da segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se, no âmbito da análise do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no

mercado das empresas que participam nessa concertação, nexu este que é exigido para demonstrar a existência de uma prática concertada na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, o juiz nacional é obrigado a aplicar a presunção de causalidade enunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual as empresas, quando continuam activas no mercado, levam em conta as informações trocadas com os seus concorrentes, ou se pode aplicar as normas de direito nacional relativas ao ónus da prova.

45 Como referiu a advogada-geral no n.º 76 das suas conclusões, esta questão pretende esclarecer se a presunção aplicada pelos tribunais comunitários também se impõe às autoridades e tribunais nacionais quando aplicam o artigo 81.º, n.º 1, CE.

46 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, se a referida presunção estiver englobada no conceito de prática concertada contido no artigo 81, n.º 1, CE, o juiz nacional é obrigado a aplicá-la. O referido tribunal sustenta que, se, pelo contrário, essa presunção for de considerar uma regra processual, o juiz nacional pode deixar de a aplicar, ao abrigo do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros.

47 A T-Mobile, a KPN e a Vodafone observam que nenhum elemento decorrente do artigo 81.º CE ou da jurisprudência do Tribunal de Justiça permite fundamentar a conclusão de que a presunção de causalidade é parte integrante do conceito de prática concertada contido no referido artigo 81, n.º 1, CE. Consideram, portanto, que, segundo jurisprudência assente, na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que para os particulares decorrem do direito comunitário, desde que, por um lado, essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e, por outro, não tornem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário (princípio da efectividade).

48 Ao invés, o Governo neerlandês e a Comissão consideram que a presunção de causalidade foi criada como componente do conceito de prática concertada na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE e não enquanto regra processual independente deste conceito, de modo que esta presunção se impõe aos tribunais nacionais.

49 A este respeito, recorde-se antes de mais que o artigo 81.º CE, por um lado, produz efeitos directos nas relações entre particulares e cria direitos na esfera jurídica destes que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger e que, por outro, é uma disposição de ordem pública, indispensável ao cumprimento das funções atribuídas à Comunidade Europeia, que deve ser aplicada oficiosamente pelos órgãos jurisdicionais nacionais (v., neste sentido, acórdãos de 1 de Junho de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Colect., p. I-3055, n.ºs 36 e 39, e de 13 de Julho de 2006, *Manfredi e o.*, C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n.ºs 31 e 39).

50 Consequentemente, a interpretação que o Tribunal de Justiça faz do artigo 81.º CE é vinculativa para os tribunais dos Estados-Membros quando aplicam esta disposição.

51 No que diz respeito à presunção de causalidade formulada pelo Tribunal de Justiça no âmbito da interpretação do artigo 81.º, n.º 1, CE, importa começar por recordar que o Tribunal de Justiça declarou que, como resulta dos próprios termos desta disposição, o conceito de prática concertada implica, para além da concertação entre as empresas envolvidas, um comportamento no mercado que seja consequente com essa concertação e um nexo de causalidade entre esses dois elementos. O Tribunal de Justiça considerou em seguida que, todavia, há que presumir, sem prejuízo da prova em contrário que cabe aos operadores interessados apresentar, que as empresas que participam na concertação e que continuam activas no mercado atendem às informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado. Por maioria de razão, isto verifica-se quando a concertação ocorrer regularmente durante um longo período. Por último, o Tribunal de Justiça concluiu que

uma prática concertada como a definida é abrangida pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, mesmo que não tenha efeitos anticoncorrenciais no mercado (v. acórdão Hüls/Comissão, já referido, n.ºs 161 a 163).

52 Nestas condições, conclui-se que a presunção de causalidade decorre do artigo 81.º, n.º 1, CE tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça e que, por conseguinte, é parte integrante do direito comunitário aplicável.

53 Face ao exposto, há que responder à segunda questão que, no âmbito da análise do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado das empresas que participam nessa concertação, nexo este que é exigido para demonstrar a existência de uma prática concertada na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, o juiz nacional é obrigado, sem prejuízo da prova em contrário que cabe às empresas fazer, a aplicar a presunção de causalidade enunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual as empresas, quando continuam activas no mercado, levam em conta as informações trocadas com os seus concorrentes.

#### *Quanto à terceira questão*

54 Através da terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se, na aplicação do conceito de prática concertada previsto no artigo 81.º, n.º 1, CE, a presunção do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado das empresas em causa se aplica em todos os casos, mesmo que a concertação tenha por base uma única reunião.

- 55 A T-Mobile, a KPN e a Vodafone consideram, no essencial, que não é possível deduzir dos acórdãos, já referidos, Comissão/Anic Partecipazioni e Hüls/Comissão que a presunção de causalidade é aplicável em todos os casos. Segundo afirmam, a aplicação dessa presunção deve limitar-se aos casos em que os factos e circunstâncias são idênticos aos dos referidos acórdãos. Alegam essencialmente que só no caso de as empresas reunirem regularmente, sendo certo que foram trocadas informações confidenciais em reuniões anteriores, é que é possível presumir que essas empresas definiram a sua actuação no mercado com base na concertação. Além disso, consideram que seria irracional considerar que uma empresa pode basear a sua actuação no mercado em informações trocadas numa única reunião, por maioria de razão quando a reunião prossegue um objectivo lícito como acontece no processo principal.
- 56 O Governo neerlandês e a Comissão sustentam, ao invés, que resulta claramente da jurisprudência, especialmente dos acórdãos, já referidos, Comissão/Anic Partecipazioni e Hüls/Comissão, que a presunção de causalidade não depende do número de reuniões que estiveram na base da concertação. Observam que a referida presunção se justifica se os contactos que foram feitos, tendo em conta o respectivo contexto, conteúdo e frequência, forem suficientes para levar à coordenação das actuações no mercado susceptíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE e se, por outro lado, as empresas envolvidas se tiverem mantido activas no mercado.
- 57 Segundo o Governo neerlandês, o processo principal é uma ilustração perfeita da possibilidade de uma única reunião bastar para haver uma concertação. Por um lado, a reunião de 13 de Junho de 2001 permitiu que os operadores envolvidos se concertassem sobre a redução das remunerações dos revendedores. Por outro, esta reunião também permitiu eliminar as incertezas quanto à questão de saber que operador reduziria os seus custos de recrutamento, quando e em que medida o faria, bem como quanto ao prazo dentro do qual os outros operadores agiriam da mesma forma.
- 58 A este respeito, refira-se que decorre dos n.ºs 121 do acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, e 162 do acórdão Hüls/Comissão, já referido, que o Tribunal de Justiça fez apenas depender a aplicação da referida presunção da existência de uma concertação e do facto de a empresa ter permanecido activa no mercado. O facto de

terem sido acrescentados os termos «[i]sto é tanto mais certo quanto a concertação ocorra regularmente durante um longo período», longe de servir de base à tese segundo a qual a presunção de causalidade é unicamente aplicável se as empresas se reunirem regularmente, deve necessariamente ser interpretado no sentido de que essa presunção é reforçada quando as empresas concertaram a sua actuação regularmente durante um longo período.

59 Qualquer outra interpretação equivaleria, no essencial, a considerar que uma única troca de informações entre concorrentes nunca pode levar a uma concertação contrária às regras da concorrência enunciadas pelo Tratado. Ora, não está excluído que, consoante a estrutura do mercado, um único contacto, como o que está em causa no processo principal, possa bastar, em princípio, para que as empresas envolvidas concertem a sua actuação no mercado e cheguem assim a uma cooperação prática que se substitui à concorrência e aos riscos que esta envolve.

60 Como referiram com razão o Governo neerlandês e a advogada-geral nos n.ºs 104 e 105 das suas conclusões, são tanto o objecto da concertação como as especificidades do mercado que explicam a frequência e a periodicidade com que os concorrentes entram em contacto uns com os outros, bem como o modo como o fazem, para conseguirem uma concertação da sua actuação no mercado. Com efeito, se as empresas envolvidas criarem um cartel com um sistema complexo de concertação sobre uma variedade de aspectos da sua actuação no mercado, poderão ser necessários contactos regulares durante um longo período de tempo. Se, pelo contrário, como no processo principal, a concertação for pontual e tiver por objectivo uma harmonização única da actuação no mercado relativamente a um único parâmetro da concorrência, um só contacto entre os concorrentes pode ser suficiente para realizar o objectivo anticoncorrencial das empresas envolvidas.

61 Nestas condições, há que considerar que o que importa não é tanto o número de reuniões entre as empresas envolvidas quanto a questão de saber se o ou os contactos que tiveram lugar deram a possibilidade às empresas de levar em linha de conta as

informações trocadas com os seus concorrentes para determinar a sua actuação no mercado de referência e de substituir cientemente uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência. Se puder ser demonstrado que essas empresas chegaram a uma concertação e que se mantiveram activas nesse mercado, justifica-se que se lhes exija a prova de que essa concertação não influenciou a sua actuação no referido mercado.

- 62 Face ao exposto, há que responder à terceira questão que, na medida em que a empresa que participa na concertação permaneça activa no mercado de referência, a presunção do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado dessa empresa é aplicável mesmo que a concertação se baseie numa única reunião das empresas em causa.

### **Quanto às despesas**

- 63 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

- 1) Uma prática concertada tem um objectivo anticoncorrencial na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE quando, devido ao seu teor e à sua finalidade e tendo em**

**conta o contexto jurídico e económico em que se insere, é concretamente apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não é necessário que a concorrência seja efectivamente impedida, restringida ou falseada nem que haja uma ligação directa entre essa prática concertada e os preços finais de venda ao consumidor. A troca de informações entre concorrentes tem um objectivo anticoncorrencial quando é susceptível de eliminar as incertezas quanto à actuação planeada pelas empresas em causa.**

- 2) No âmbito da análise do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado das empresas que participam nessa concertação, nexo este que é exigido para demonstrar a existência de uma prática concertada na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, o juiz nacional é obrigado, sem prejuízo da prova em contrário que cabe às empresas fazer, a aplicar a presunção de causalidade enunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual as empresas, quando continuam activas no mercado, levam em conta as informações trocadas com os seus concorrentes.**
  
- 3) Na medida em que a empresa que participa na concertação permaneça activa no mercado de referência, a presunção do nexo de causalidade entre a concertação e a actuação no mercado dessa empresa é aplicável mesmo que a concertação se baseie numa única reunião das empresas em causa.**

Assinaturas