



O intercâmbio de informação entre concorrentes à luz do direito da concorrência – a problemática das trocas prematuras de informação sensível no âmbito de operações de concentração (“gun jumping”)

Nuno Calaim Lourenço*

SUMÁRIO: O tema do intercâmbio de informações entre concorrentes é epicêntrico ao direito da concorrência. São práticas que potenciam uma maior transparência no mercado e que, como tal, podem estar na génese de eficiências económicas de relevo, mas que também suscitam riscos e preocupações de natureza jusconcorrencial, amiúde relacionadas com a possibilidade de os concorrentes poderem alcançar pontos focais de coordenação a respeito do seu comportamento de mercado. A sua análise tem tradicionalmente sido realizada no contexto dos dispositivos legais que concernem o regime de proibição dos cartéis. O artigo passa em revista, num primeiro momento, a abordagem que é perfilhada na Europa por reguladores e tribunais, muito alicerçada nas Orientações da Comissão e na prática jurisprudencial mais recente do TJUE. Concretizando o quadro legal aplicável, os respetivos princípios e coordenadas de análise, o artigo debruça-se, num segundo momento, sobre a problemática específica da troca prematura de informações entre concorrentes no âmbito de uma operação de concentração. Como concorrentes que são, pelo menos até à consumação da transação, é essencial que as partes contratantes assegurem que as suas démarches de due diligence e de planeamento de integração sejam feitas de uma forma conforme às regras prescritas de concorrência, evitando imputações de “Gun jumping” ou de prática cartelizada e, consequentemente, a potencial aplicação de sanções e a sujeição a ações judiciais ressarcitórias.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência – trocas de informação – cartel – operações de concentração – Gun Jumping.

* Advogado-Coordenador da SRS – Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, R.L., no departamento de Direito Europeu e da Concorrência. Trabalhou anteriormente como agente na Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia e Advogado Associado do departamento de concorrência na Sociedade de Advogados White & Case LLP, em Bruxelas. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1999) e Pós-Graduado em ciências jurídicas pela Universidade Católica de Lisboa (2001). Tem o grau de LL.M Masters of Laws em Direito da Concorrência pela Universidade Queen Mary, Universidade de Londres (2010), e o grau de Mestre em ciências jurídico-empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012).

Introdução

A Comissão Europeia (doravante “Comissão”) adotou, em 14 de dezembro de 2010, uma versão revista das suas Orientações para a análise jusconcorrencial dos acordos de cooperação entre empresas concorrentes¹. O documento surge na sequência de um processo de reforma relativamente denso e moroso que contemplou duas consultas públicas (realizadas em dezembro de 2008 e abril de 2010) e acabou por suscitar um vívido interesse da comunidade empresarial, dentro e fora do espaço da União Europeia (“UE”)².

Uma das novidades mais epicêntricas do documento consiste na orientação que oferece a respeito da problemática da troca de informações entre concorrentes³. As Orientações constituem a primeira tentativa da Comissão de estabelecer um acervo de regras, mais pormenorizadas, de aplicação geral, numa área do direito caracterizada até então por alguma nebulosidade de critérios e por uma prática decisória e jurisprudencial ainda bastante incipiente e incerta⁴. As Orientações, e bem assim algumas das decisões mais recentes adotadas por autoridades europeias da concorrência, traduzem um interesse renovado na análise do tema e a adoção de uma abordagem, quanto a nós, um pouco mais restritiva.

É bifacetado o objetivo que este artigo prossegue. Propomo-nos, num primeiro momento (capítulo I), passar revista aos princípios gerais que a Comissão explora nas suas Orientações⁵, e que têm sido aplicados por tribunais e autoridades da concorrência desde a sua adoção. Este desiderato compele-nos a identificar as principais preocupações jusconcorrenciais que as trocas de informação suscitam e os tipos de trocas de informações que podem colidir com o direito da concorrência. Debateremos, também, os principais critérios de *assessment* utilizados no escrutínio jusconcorrencial deste tipo de práticas, dando conta dos precedentes da prática decisória e jurisprudencial que mais têm contribuído para interpretar e integrar o regime. Num segundo momento (capítulo II), esclarecido o quadro jurídico de referência, o trabalho aventura-se a concretizar os seus respetivos princípios e coordenadas de análise, numa perspetiva mais pragmática, ao tratamento das situações de troca de informação entre concorrentes ocorridas no âmbito de operações de concentração, em fase anterior à decisão de autorização por parte da autoridade de concorrência, a Comissão ou a Autoridade de Concorrência Portuguesa (“AdC”). Como concorrentes que são, é essencial que as partes contratantes de uma tal transação assegurem que as suas *démarches* de *due diligence* e de planeamento de integração sejam feitas de uma forma conforme às regras prescritas de concorrência na UE e em Portugal⁶.

¹ Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, J.O. C 11/1 de 14.01.2011 (doravante “Orientações”).

² À data do término do seu processo de consulta pública de 2010, a Comissão tinha já recebido mais de 100 contribuições, incluindo submissões feitas por duas organizações japonesas (a *Japan Electronics & Information Technology Industries Association* e a *Japan Business Council in Europe*).

³ A outra novidade de relevo, que excede o escopo do presente artigo, respeita às regras pormenorizadas que o documento avança no que concerne a definição de standards.

⁴ O único documento oficial, com data anterior, em que a Comissão se debruçou sobre a temática das trocas de informações foi o que correspondeu às suas Orientações relativas à aplicação do artigo 81º do Tratado CE aos serviços de transportes marítimos, J.O. C 245/02 de 26.9.2008.

⁵ Que procura consolidar as principais coordenadas de orientação jurisprudencial que resultam dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que versaram o tema até essa data.

⁶ A legislação de concorrência em Portugal, compreendida, no essencial, na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante “LdC”), apresenta especialidades de regime *vis-à-vis* a lei europeia do TFUE (embora cada vez mais esbatidas). Sem embargo, e no que respeita, em específico, a análise jusconcorrencial

Os chamados comportamentos de “*Gun Jumping*”, concretizados, nomeadamente, ao nível de troca de informação estratégica e sensível sobre as operações das partes contratantes de uma operação de concentração, podem ser interpretados pela Comissão, ou pela AdC, como violações do direito da concorrência (como violação da obrigação de “*standstill*” imposta no momento anterior à autorização da concentração e/ou como comportamento colusório suscetível de ser enquadrado como uma prática de cartel), expondo potencialmente as contratantes à aplicação de sanções e ao direito de partes terceiras de serem indemnizadas no âmbito de ações judiciais ressarcitórias⁷. No capítulo segundo deste artigo exploramos as regras que devem orientar uma conduta comercial legítima das partes no arco temporal que se compreende entre a contratualização da transação, com a assinatura do clausulado, e a sua implementação, na sequência da autorização do regulador. Veremos que os mesmos princípios de análise deverão manter aplicação na fase prévia, durante as negociações, antes da formalização do contrato, e, em alguns casos, *ex post*, já depois de implementada a transação.

I. As trocas de informação em geral – análise do quadro normativo

1. As preocupações jusconcorrenciais que se associam às trocas de informação

O direito da concorrência não obsta a que as empresas adaptem estrategicamente a sua conduta de mercado às condutas de mercado que são prosseguidas pelos seus concorrentes ou às condutas de mercado que estes possam, expectavelmente, vir a prosseguir de futuro. Todavia, esta deve ser determinada de modo autónomo e independente. O direito da concorrência proíbe quaisquer contactos, diretos ou indiretos, entre concorrentes suscetíveis de reduzir a sua independência estratégica (e, por conseguinte, a incerteza estratégica que se associa à intervenção no mercado) e os seus incentivos para concorrer numa base meritória⁸.

São dois os principais receios jusconcorrenciais que os intercâmbios de informação traduzem. Em primeiro lugar, o intercâmbio da chamada informação “estratégica”, como, por exemplo, a informação relativa a preços, volumes ou capacidades, exponencia artificialmente a transparência no mercado, propiciando às empresas informação que de outro modo não lograriam obter. Esta transparência mais dilatada pode subsidiar o comportamento de colusão, visto que os concorrentes ficam em posição de mais facilmente alcançar pontos focais estratégicos de concertação – acordando quanto aos principais parâmetros de concorrência a manipular e aos termos do alinhamento do seu comportamento comercial no mercado – e de alcançar

de acordos de cooperação entre concorrentes, a prática decisória da AdC aplica as Orientações da Comissão, pelo que as ilações de análise que se extraem desse documento têm plena aplicabilidade no âmbito da aplicação do direito nacional.

⁷ Assim sucedeu, como veremos mais adiante, no âmbito da investigação conduzida pela Comissão, em 2007, no processo COMP/M.4734, envolvendo as empresas *Ineos* e *Kerling*.

⁸ Neste sentido ver, entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1975 nos processos apensos 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:C:1975:174, para. 173; acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1981 no processo C-172/80, *Gerhard Züchner contra Bayerische Vereinsbank AG*, ECLI:EU:C:1981:178, para. 14; acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de maio de 1998 no processo C-7/95 P, *John Deere Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:C:1998:256, para. 86.

um entendimento comum quanto à forma como a dinâmica e a estrutura de mercado deverá evoluir no futuro imediato⁹. Facilita também o processo de monitorização do comportamento dos participantes com o objetivo de verificar que todos pautam a sua atividade no mercado de acordo com as coordenadas do acordo (ilícito) que se pretende ver implementado¹⁰. Neste contexto, o intercâmbio pode também facilitar aos cartelistas a adoção de comportamentos de mercado estrategicamente orientados a prevenir a entrada no mercado da concorrência potencial ou a frustrar novos entrantes (*i.e.* encerrar o mercado a operadores que possam comprometer a concretização do cartel).^{11,12}

Em segundo lugar, o intercâmbio de informação estratégica pode ocasionar efeitos de exclusão quando coloca concorrentes não participantes do sistema numa posição de desvantagem concorrencial significativa. Todavia, a Comissão observa que este tipo de efeito “*só é possível se as informações em causa forem de grande importância estratégica em termos de concorrência e abrangerem uma parte significativa do mercado relevante*”.¹³ Considere-se, a título exemplificativo, uma base de dados que seja transversal a toda a indústria seguradora e que mantenha arquivo do comportamento histórico de clientes em termos de acidentes sofridos ou do seu incumprimento contratual: negar a uma seguradora, em particular, o acesso a essa base de dados teria por efeito

⁹ Ver a este respeito Margaret C. Levenstein e Valerie Y. Suslow, “Cartel bargaining and monitoring: The role of information sharing” in *The Pros and Cons of information Sharing*, Swedish Competition Authority (Stockholm: Lenanders Grafiska AB, 2006), 44: “*In almost all cases where collusion is feasible, there are multiple possible collusive equilibria. If all firms rank these various equilibria in the same preference order, then it is reasonable to presume (though not a foregone conclusion) that they will each select the best possible equilibria. In most cases, however, firms will have different rankings among possible equilibria, requiring some form of communication in order to move them toward an efficient equilibrium. If firms are prohibited by antitrust authorities from communicating, they may use focal points to choose among the multiple equilibria. For example, firms colluding tacitly without direct communication may use public price announcements or other forms of indirect communication to reduce uncertainty regarding the appropriate market price*”.

¹⁰ As empresas que participam na coordenação deverão poder controlar se as condições da coordenação estão a ser cumpridas. Deverá haver mecanismos de dissuasão credíveis que possam ser ativados quando é detetado um desvio. Se a coordenação não puder ser monitorizada, ou ela termina ou apenas será exequível a um preço próximo do preço competitivo. Esta premissa foi articulada, pela primeira vez, por George Stigler, na sua obra, *The Organisation of Industry*, (London: University of Chicago Press, 1968), 42: “*If the enforcement is weak, however – if price cutting is detected only slowly and incompletely – the conspiracy must recognise its weakness: it must set prices not much above the competitive level so the inducements to price-cutting are small, or it must restrict the conspiracy to areas in which enforcement can be made efficient*”.

¹¹ Destarte reforçando a estabilidade externa da coordenação. Para uma análise sobre o tema da estabilidade externa no contexto dos efeitos coordenados em operações de concentração ver a publicação conjunta do Office of Fair Trading e da Competition Commission, *Review of Merger Assessment Guidelines*, 2010, 41. A existência, no mercado, de um número suficiente de empresas não contempladas pelo acordo colusório constitui um risco à subsistência deste último, uma vez que estes “*outsiders*” poderão praticar preços/condições comerciais comparativamente mais favoráveis e desviar para si uma fatia não insubstancial da procura – retirando escala aos cartelistas, e reduzindo o seu incentivo para continuarem a cumprir para com os termos da coordenação. O intercâmbio de informação permite identificar novos entrantes e coordenar uma resposta, assim reforçando a estabilidade externa do cartel. Na sua decisão em *UK Tractors* (Decisão 92/157/CEE da Comissão, de 17 de fevereiro de 1992 - IV/31.370 e 31.446), a Comissão aludiu precisamente a este tipo de articulação.

¹² Os leitores mais familiarizados com os critérios de análise substantiva às operações de concentração darão nota da similaridade que existe entre os critérios pugnados pelo acórdão *Airtours* quanto aos efeitos coordenados que podem resultar de uma concentração e os critérios que as Orientações propõem para análise do impacto das trocas de informações ao nível dos efeitos coordenados. Cf. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de junho de 2002 no processo T-342/99, *Airtours plc c. Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:T:2002:146, para. 61 e ss.

¹³ Cf. para. 70 das Orientações da Comissão.

colocá-la numa posição de desvantagem concorrencial significativa face aos seus concorrentes.¹⁴

Sem embargo, as trocas de informação podem também surtir efeitos pró-concorrenciais.¹⁵ O intercâmbio pode, por exemplo, proporcionar aos operadores de mercado uma melhor compreensão do mercado e da estrutura da procura, e aos consumidores o benefício de uma maior transparência ao nível das condições comerciais praticadas, incluindo preços (*e.g.* quando os operadores divulgam estas informações através de publicações ou bases de dados de terceiros) – destarte reduzindo custos de procura e garantindo que as empresas com a melhor oferta captam a maior quota de mercado¹⁶ – e até permitir a deteção de esquemas colusivos. O aumento de transparência que o sistema de intercâmbio ocasiona pode também contribuir para facilitar a entrada de novas empresas; propiciar uma melhor e mais credível análise prognóstica da procura no mercado (criando eficiências alocativas)¹⁷ ou até permitir a comparação entre diferentes índices de performance (o chamado “*Benchmarking*”). Em determinados mercados, como os mercados para a concessão de crédito, as trocas de informação permitem também que o seu funcionamento ocorra de forma mais eficiente, neutralizando o problema das assimetrias de informação.¹⁸

¹⁴ A prática decisória e jurisprudencial não oferece exemplos inequívocos de sistemas de trocas de informação que tenham resultado na exclusão efetiva de concorrentes. Sem embargo, há registo de precedentes em que as autoridades de concorrência expressaram preocupação, a par do risco colusivo, com o potencial do sistema para gerar efeitos de exclusão. Foi assim no precedente oferecido pela decisão da Comissão de 17 de fevereiro de 1992, no processo *UK Tractors* (IV/31.370 e 31.446), e pelo *Provvedimento* n. 13269 da Autoridade de Concorrência Italiana, de 10 de junho de 2004 (no *Bollettino* de 24/2004), em que se decidiu que o sistema de intercâmbio notificado pela *Philip Morris* a esta Autoridade, segundo o qual os seus retalhistas ficariam obrigados a comunicar a esta empresa, numa base mensal, e de forma exclusiva, os seus volumes agregados de vendas diárias e o valor das vendas diárias de cigarros de marcas concorrentes, era ilegítimo. A Autoridade Italiana considerou que a obrigação de reporte sobre as vendas de cigarros concorrentes iria além do que seria estritamente necessário à *Philip Morris* para supervisionar o seu negócio. Do ponto de vista do potencial para ocasionar a exclusão dos seus concorrentes, esta Autoridade considerou que a adoção de uma cláusula de exclusividade, como a proposta, teria o efeito de evitar que os concorrentes da *Philip Morris* lograssem replicar um conjunto similar de retalhistas que lhe oferecesse acesso ao mesmo tipo de informação.

¹⁵ Cf. para 57 das Orientações da Comissão; OECD, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, 2010, Sumário Executivo, 10.

¹⁶ Diamond demonstrou que, quando é excessivamente oneroso aos consumidores procurarem o produto que pretendem pelas condições que desejam, a melhor resposta, por parte das empresas, é cobrar preços de monopólio por esses mesmos produtos. Cf. Peter A. Diamond, “A Model of Price Adjustment” in *Journal of Economic Theory* 3, n.º 2 (junho de 1971): 156 - 168.

¹⁷ Garantindo que os recursos são alocados àqueles que mais os querem ou que deles mais necessitam. Uma melhor informação sobre a procura pode também criar eficiências de custos permitindo às empresas reduzir inventário. Por outro lado, uma empresa que tenha informação apenas sobre o seu próprio nível de procura poderá não ser capaz de diferenciar entre desvios na procura geral existente no mercado e desvios na sua própria procura.

¹⁸ No processo *Asnef-Equifax*, por exemplo, a informação trocada relativa à solvabilidade de potenciais mutuários permitiu às instituições de crédito reduzirem o risco associado à concessão de crédito, atenuando a disparidade entre a informação que estava disponível às instituições de crédito e a que era detida pelos potenciais mutuários. O Tribunal de Justiça considerou que o sistema de troca de informação implementado permitia reduzir o número de mutuários em situação de incumprimento e, por conseguinte, melhorar o funcionamento de todo o mercado para a concessão de crédito, representando uma mais-valia em termos de eficiência económica. O intercâmbio analisado não restringia a concorrência pelo objeto. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2006 no processo C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, para. 4.

2. Tipos de trocas de informação contemplados pelo direito da concorrência

Segundo as Orientações, todo o tipo de intercâmbio de informação entre concorrentes, seja ele direto ou indireto, cai potencialmente sob o escopo do art. 101º do TFUE que, como se sabe, proíbe os acordos e as práticas concertadas que previnam, restrinjam ou distorçam a concorrência na UE.

2.2 Trocas de informação “acessórias”

As trocas de informações que ocorram no contexto de outros acordos de cooperação horizontal serão analisadas em articulação com a apreciação dos respetivos acordos¹⁹. Uma troca de informação cujo objetivo seja o de facilitar a criação ou manutenção de um cartel (*e.g.* para fixação de preços ou quantidades) será obviamente considerada como ilícita, em si mesma, e tratada como uma prática de cartel. Por contraste, se o acordo principal for lícito, por exemplo no contexto mais alargado de acordos de cooperação que visem a realização de eficiências como *e.g. joint ventures* ou acordos de standardização ou de R&D, também assim serão as respetivas trocas de informação acessórias, desde que não excedam “o que é necessário” para a implementação do acordo a que respeitam.²⁰ Por exemplo, a legalidade de um intercâmbio de informação referente a parâmetros de capacidade no contexto de um acordo de comercialização conjunta dependerá, primordialmente, da legalidade do próprio acordo de comercialização.

A conformidade jusconcorrencial das chamadas *stand-alone information exchanges* (trocas de informações isoladas, que ocorrem uma única vez) é habitualmente a mais complexa de analisar. No passado, para que um intercâmbio de informação fosse passível de ser enquadrado como uma infração pelo objeto era necessário que o intercâmbio fosse frequente. Veja-se, por exemplo, a posição do *Office of Fair Trading* (“OFT”) na decisão que adotou no processo *Independent Schools*, considerando que a informação em causa, sobre as propinas futuras a cobrar pelas várias escolas envolvidas, tinha sido trocada numa base regular e sistemática e que, como tal, o respetivo intercâmbio configurava uma infração pelo objeto.²² Todavia, num momento de aparente inflexão, o acórdão do Tribunal de Justiça no processo *T-Mobile Netherland* vem sugerir que mesmo que a troca de informação relativa a intenções futuras de preços não se realize de modo frequente e sistemático, tal não exclui a possibilidade de ser enquadrada como uma infração pelo objeto. A circunstância de se realizar apenas uma única reunião entre concorrentes, em que se discutem preços futuros, poderá constituir base suficiente para uma tal imputação.²³

2.3 Trocas de informação diretas e indiretas

No que respeita às trocas de informação isoladas e bem assim às trocas de informação indiretas, por intermédio de terceiros – de empresas de estudo de mercado, de uma associação de comércio ou de qualquer outra entidade terceira

¹⁹ Cf. para. 56 das Orientações da Comissão.

²⁰ Cf. paras. 56 a 59, inclusive, e 88 das Orientações da Comissão.

²¹ A decisão *Fatty Acids* da Comissão (J.O. 1987 L3/17) constitui o primeiro exemplo de proibição de um sistema de troca de informação que não era acessório a um comportamento anticoncorrencial identificado, mas que ainda assim foi considerado, em si mesmo, como infringindo o direito da concorrência.

²² Cf. Processo OFT CA98/05/2006, *Private Schools: exchange of information on future fees* [2006].

²³ Ver acórdão do Tribunal de Justiça 4 de Junho de 2009 no processo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, para. 59.

– elas são escrutinadas ao abrigo dos mesmos critérios de análise utilizados para a apreciação das trocas de informação diretas entre concorrentes (ver ponto 3 *infra*). A análise à prática decisória europeia permite constatar que um dos precedentes mais notórios relativos à temática do intercâmbio de informação envolveu precisamente um sistema para troca de informação que era gerido por uma associação de indústria (a entidade sob a qual convergia todo o fluxo de informação sensível transmitida pelos seus membros associados) e que proporcionava aos seus associados a divulgação regular de informação relativa à identificação desagregada dos volumes de vendas a retalho e quotas de mercado de oito fabricantes e importadores de tratores agrícolas no Reino Unido.²⁴

O direito da concorrência é aplicável outrossim aos esquemas “*hub-and-spoke*”, em que a informação estratégica é intercambiada entre concorrentes via fornecedores ou clientes em comum.²⁵ Pese embora a natureza dinâmica e sempre evolucionista da abordagem da Comissão, durante um considerável período de tempo as empresas puderam confiar em duas premissas relativamente estáveis: i) que a recolha vertical de informação – recolha e intercâmbio de informação entre empresas a diferentes níveis da cadeia de distribuição/produção – não era anticoncorrencial e que, portanto, seria improvável de suscitar o escrutínio jusconcorrencial; ii) que desde que não detivessem uma posição dominante no mercado, a sua conduta unilateral não transgrediria o direito da concorrência. Estas premissas têm vindo a ser questionadas, na Europa, nos últimos anos, particularmente em virtude da emergência de doutrinas como as do *hub-and-spoke* e da sinalização unilateral de preços, numa tentativa por parte das autoridades da concorrência europeias de melhor precisarem a noção de “cartel”. Infelizmente, as Orientações são pouco precisas no que respeita a identificação das condições específicas e dos requisitos que necessitam estar verificados para se poder considerar que estes esquemas colidem com o art. 101º do TFUE e, conseqüentemente, com o art. 9º da LdC. A orientação mais útil continua a ser a que se encontra nos precedentes da prática decisória e jurisprudencial ao nível europeu.

Em outubro de 2006, no Reino Unido, o Tribunal de Recurso (o *Court of Appeals*) decidiu, com respeito a dois processos distintos apensados em fase de recurso judicial, que as empresas Umbro (visada no caso *Football Shirts*) e Hasbro (visada no processo *Toys and Games*) tinham atuado como veículos intermediários num esquema anticoncorrencial que visava a troca de informação entre retalhistas de, respetivamente, réplicas de camisolas de futebol e brinquedos Hasbro. Em ambos os casos, os retalhistas informavam os respetivos fabricantes das políticas de preços de retalho que eram por si pretendidas (*e.g.* que não venderiam abaixo de determinados limiares de preço acordados) e os fabricantes, de seu turno, transmitiam tal informação a outros retalhistas. O tribunal considerou que as seguintes condições devem estar reunidas como condição prévia de qualquer juízo de ilicitude sobre

²⁴ Ver Decisão da Comissão de 17 de fevereiro de 1992 nos Processos IV/31.370 e 31.446 – *UK agricultural tractor registration exchange*, J.O. L 68/19, de 13.03.1992. Ver acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de maio de 1998 no processo C-7/95 P, *John Deere Ltd v. Comissão*, ECLI:EU:C:1998:256.

²⁵ O conceito/metáfora de *hub-and-spoke* encontra a sua génese na jurisprudência dos Estados- Unidos das décadas de 40 a 60, em precedentes como *e.g.* *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939); *United States v. Masonite Corp.*, 316 U.S. 265 (1942); *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959); *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960) e *United States v. Gen. Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966). A abordagem atual estadunidense ao *hub-and-spoke* vai buscar muita da sua fundamentação à seguinte jurisprudência: *Toys “R” Us, Inc. v. FTC (TRU)*, 221 F.3d 928, 934–36 (7th Cir. 2000); *PepsiCo, Inc. v. Coca-Cola Co.*, 315 F.3d 101, 109–11 (2d Cir. 2002); *Dickson v. Microsoft Corp.*, 309 F.3d 193, 203–05 (4th Cir. 2002) e *Guitar Center*, 798 F.3d (2015). Para uma análise ver Barak Orbach, “Hub-and-Spoke Conspiracies”, *The Antitrust Source* 15, n.º 3 (abril de 2016), www.antitrustsource.com.

este tipo de relação *hub-and-spoke* (tendo notado que a ilicitude seria mais fácil de estabelecer caso tivesse sido provada reciprocidade imediata):

- i) O retalhista A transmite ao fornecedor B as suas intenções de preço futuras em circunstâncias em que se possa considerar que A pretende que B utilize essa informação para influenciar as condições de mercado, transmitindo-a a outros retalhistas (entre os quais o retalhista C);
- ii) O fornecedor B transmite, de facto, essa informação ao retalhista C em circunstâncias em que se possa considerar que C é conhecedor das circunstâncias em que a informação foi transmitida por A a B;
- iii) O retalhista C usa, de facto, a informação recebida para determinar as suas intenções futuras de preço.²⁶

Segundo esta jurisprudência, as trocas de informação que se processam no âmbito de uma relação de *hub-and-spoke* violam a lei da concorrência apenas quando i) todas as partes envolvidas são assistidas por uma mesma intenção anticoncorrencial, *i.e.* uma intenção orientada a influenciar o comportamento de mercado de concorrentes, ii) a informação intercambiada é estratégica e iii) a informação estratégica intercambiada é utilizada pelo recipiente na definição do seu comportamento de mercado.²⁷

Pese embora a doutrina dos precedentes enunciados, as Orientações da Comissão aparentam ter adotado uma abordagem mais restritiva. De acordo com o seu parágrafo 61, o direito da concorrência impede “*qualquer contacto directo ou indirecto entre esses operadores, que tenha por objecto ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente efectivo ou potencial quer revelar a esse concorrente o comportamento que se decidiu adoptar ou que se tenciona adoptar no mercado, favorecendo assim a adopção de um comportamento colusivo no mercado*”. Ou seja, as Orientações não parecem exigir a prova de intenção anticoncorrencial. Por outro lado, a terceira condição estabelecida pelo *Court of Appeals* britânico, que concerne o nexo causalidade com a conduta subsequente de mercado, não necessita sequer de ser demonstrada uma vez que o Tribunal de Justiça teve já a oportunidade de afirmar, no seu acórdão *T-Mobile*, que “*há que presumir (...) 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*”.²⁸

Este entendimento tem sido corroborado na jurisprudência mais recente do TJUE, de que é exemplo paradigmático o processo *Treuhand*.²⁹ A *AC Treuhand* é uma empresa Suíça de consultadoria que se dedica, entre outras atividades, à gestão e administração de associações profissionais, de federações e de organizações sem fins lucrativos e à recolha, tratamento e exploração de dados do mercado. A Comissão considerou que a *AC Treuhand* teria desempenhado um papel fulcral na organização e condução das reuniões realizadas entre os participantes de um cartel que havia detetado na indústria dos estabilizadores térmicos. A empresa teria conhecimento preciso dos termos dos acordos proibidos e teria mesmo chegado a elaborar e a disseminar, de forma profissional, toda a informação relativa a preços, quotas e

²⁶ Cf. *Argos and Littlewoods v. OFT* e *JJB v. OFT* [2006] EWCA Civ. 1318, para. 141.

²⁷ Cf. *Argos and Littlewoods v. OFT* e *JJB v. OFT* [2006] EWCA Civ. 1318. Atentas a similaridades das questões de direito suscitadas pelos recursos, o tribunal acabou por produzir um acórdão conjunto referente às decisões em crise que tinham originado das duas investigações distintas, a do caso *Replica Kits* e do caso *Toys and Games*.

²⁸ Ver acórdão do Tribunal de Justiça 4 de Junho de 2009 no processo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343, para. 51.

²⁹ Cf. Acórdão do Tribunal Geral de 6 de fevereiro de 2014 no processo T-27/10, *AC-Treuhand AG contra Comissão Europeia*, ECLI:EU:T:2014:59 e acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015 no processo C-194/14P, *AC-Treuhand AG contra Comissão Europeia*, ECLI:EU:C:2015:717.

clientes. Estaria também encarregue de auditar as atividades de todos os cartelistas. A Comissão apurou igualmente que a negociação entre os cartelistas só poderia ter por base informação previamente validada pela *AC Treuband*, sendo que a empresa disponibilizava todos os meios e infraestruturas a esse desiderato, diligenciando sempre pela ocultação do cartel.

A Comissão considerou a sua participação como de facilitadora da implementação de uma prática de cartel, tendo-lhe aplicado uma coima, como parte cartelista, num valor de €174.000³⁰. Na apreciação que fez, em sede de recurso, sobre a sua intervenção no cartel, o Tribunal Geral recordou que basta “*que a Comissão demonstre que a empresa em causa participou em reuniões no decurso das quais foram concluídos acordos de natureza anticoncorrencial, sem a isso se ter manifestamente oposto, para fazer prova bastante da participação da referida empresa no cartel*”³¹.

A abordagem da Comissão e dos tribunais é passível de criticismo por arriscar colocar sob escrutínio trocas de informações que são legítimas e que ocorrem no decurso das normais relações comerciais entre fornecedores e clientes. Por conseguinte, é nossa opinião que, no que tange às práticas concertadas, os esquemas de *hub-and-spoke* só deverão ser proibidos se a autoridade de concorrência responsável pela investigação lograr estabelecer cumulativamente i) um consenso de vontades entre as partes envolvidas e, ii) um efeito sensível sobre as condições de concorrência no mercado.

2.3 Trocas unilaterais de informação

Segundo a Comissão, a divulgação unilateral de informação estratégica (sem a existência de um elemento de reciprocidade) pode também ser perçecionada, em sede de análise jusconcorrencial, como uma prática concertada anticoncorrencial, uma vez que pode reduzir a incerteza estratégica do mercado, transversalmente para todos os concorrentes. Presume-se que os recipientes de informação estratégica aceitaram a informação divulgada e adaptaram a sua conduta de mercado em conformidade – a menos que respondam com uma declaração inequívoca de que não desejam receber tais informações.³²

A divulgação de informação futura que seja já do domínio público (*e.g.* através de órgãos de comunicação social ou da página de internet da empresa) não suscitará, em princípio, preocupações jusconcorrenciais, excetuando a hipótese em que se demonstre que tal comportamento é estratégico e visa permitir a concertação de comportamentos de mercado entre concorrentes.³³ De acordo com o que se lê nas Orientações, não pode ser excluída a existência de uma prática concertada, por exemplo, na hipótese de um anúncio publicado num jornal ser seguido de anúncios públicos de outros concorrentes com informação estratégica reajustada aos objetivos ilícitos pretendidos.

A recente decisão da Comissão, de 7 de julho de 2016, no processo *Transporte marítimo de contentores*, ilustra bem a abordagem da Comissão.³⁴ Na sua investigação, a Comissão tinha constatado que as partes, ativas no setor do transporte marítimo, anunciavam regularmente as suas intenções em matéria de aumentos (futuros) dos

³⁰ Decisão COMP/38589 - *Estabilizadores térmicos*, de 11 de novembro de 2009.

³¹ Esta posição tinha já sido adotada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão que adotou no âmbito do primeiro processo que envolveu a *AC Treuband*, exatamente pelo mesmo tipo de práticas. Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de julho de 2008 no processo T-99/04, *AC-Treuband AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:T:2008:256, para. 130.

³² Cf. para. 62 das Orientações da Comissão.

³³ Cf. para. 63 das Orientações da Comissão.

³⁴ Processo AT.39850, decisão publicada no J.O. C 327/4 de 6.9.2016.

preços dos serviços de transporte marítimo regular de contentores em alto mar, pelo menos nas rotas do Extremo Oriente para o norte da Europa e o Mediterrâneo (para oeste), nos seus sítios web, através da imprensa ou de outras formas. Estes anúncios indicavam o montante do aumento em dólares americanos por unidade de contentores transportada (unidade equivalente a vinte pés, “TEU”), a rota de comércio afetada e a data de implementação. Esses anúncios são geralmente conhecidos no setor como “anúncios de aumento geral de tarifas” ou “anúncios GRI”. Referem-se, em geral, a aumentos significativos das tarifas de várias centenas de dólares americanos por TEU. Os anúncios GRI eram efetuados, habitualmente, três a cinco semanas antes da data da implementação pretendida e, durante este período, algumas ou todas as partes anunciaram a sua intenção de proceder a aumentos semelhantes das tarifas na mesma rota ou em rotas semelhantes, na mesma data de implementação ou numa data semelhante. Na sua apreciação preliminar, de 26 de novembro de 2015, a Comissão manifestou a sua apreensão pelo facto de os anúncios GRI poderem ser de pouco valor para os clientes, e, especialmente, preocupação que esta prática pudesse permitir às partes explorarem reciprocamente as respetivas intenções em matéria de preços e coordenarem o seu comportamento. Esta prática podia ter permitido que as partes “testassem”, sem correrem o risco de perder clientes, se podiam razoavelmente aplicar um aumento de preços, tendo podido, assim, reduzir a incerteza estratégica para as partes e diminuir os incentivos para concorrerem entre si. A Comissão receou que esta conduta pudesse constituir uma prática concertada em violação do artigo 101º do TFUE. O processo acabou por ser arquivado na sequência da oferta, pelas partes, de compromissos suscetíveis de afastar a preocupação da Comissão (no essencial, as partes propuseram deixar de publicar e comunicar anúncios GRI, ou seja, alterações de preços expressas unicamente como o montante ou a percentagem da alteração).

3. A análise das trocas de informação à luz das Orientações da Comissão

As trocas de informação são analisadas, de uma ótica de concorrência, em função do tipo da informação trocada, da natureza do sistema de intercâmbio e das características de mercado prevalentes.

3.3 Infrações pelo objeto

O art. 101º do TFUE e o art. 9º da LdC distinguem entre infrações “pelo objeto” e “pelo efeito”. Segundo a jurisprudência assente do TJUE, uma vez estabelecido que o acordo em questão tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência, a Comissão não necessita de demonstrar que este exerce, em concreto, efeitos atuais ou potenciais sobre a concorrência.³⁵ Inversamente, as infrações pelo efeito obrigam a Comissão a fazer prova de que o acordo em questão, tendo em conta o contexto específico do mercado, produz efeitos atuais ou potenciais sobre a concorrência. Pelo que a destrinça é relevante em termos do regime e do ónus de prova.

De acordo com as Orientações, o intercâmbio, entre concorrentes, de dados individualizados relativos a intenções futuras em matéria de preços ou quantidades deve ser considerado uma restrição da concorrência por objeto.³⁶ Não é necessário, neste caso, a prova dos efeitos concretos ou potenciais sobre a concorrência. Ocorrido o intercâmbio deste tipo de informação, torna-se extremamente oneroso para as

³⁵ Ver, *inter alia*, acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 1966 no processo 56 e 58/64, *Consten e Grunding v. Comissão*, ECLI:EU:C:1966:41, p. 344.

³⁶ Cf. para. 74 das Orientações da Comissão.

empresas que dele tomaram parte justificarem a legitimidade jusconcorrencial da sua conduta³⁷. É improvável, nestas circunstâncias, que se logre fazer prova de que os potenciais ganhos de eficiência (*e.g.* o *benchmarking*) sejam suficientes para compensar os riscos acrescidos que se associam à facilitação de um quadro de colusão. Mais, considerar-se-á, com probabilidade, que sempre seria possível assegurar a realização das mesmas eficiências por meios menos restritivos da concorrência, sem operar a troca de informação tão sensível e estratégica. As Orientações acrescentam, a este respeito, que esta troca de informação pode ser considerada, em si mesma, como uma prática de cartel e sancionada como tal.

Uma das mais notáveis decisões da Comissão sobre trocas diretas de informação entre concorrentes, e que maior projeção ganhou entre comentadores e académicos, visou a indústria do comércio a retalho de fruta e foi dirigida a vários produtores de bananas, imputando-lhes comportamentos de cartel.³⁸ Segundo o que se relata nessa decisão, os importadores das principais marcas de bananas teriam adotado um comportamento reiterado que consistia em definir os preços de referência que haveriam de vigorar na semana subsequente para as suas bananas e anunciá-los todas as quintas-feiras de manhã. Em ocasiões diversas, teriam ocorrido telefonemas bilaterais entre as empresas, habitualmente no dia anterior ao dia em que fixavam o referido preço, nos quais se discutiam reciprocamente ou divulgavam as suas intenções de preço: a forma como percecionavam a evolução do preço e/ou se o pretendiam manter, aumentar ou reduzir. A Comissão enquadrou estas práticas como um cartel para fixação de preços, tendo imposto às empresas *Dole* e *Weichert* coimas num valor total de 60.3 milhões de Euros. Esta decisão foi confirmada, em sede de recurso, pelo Tribunal de Justiça, podendo ler-se no seu acórdão que “o Tribunal Geral podia [...] considerar sem cometer qualquer erro de direito que a Comissão tinha razões para concluir que as comunicações de pré-fixação de preços, ao permitirem reduzir, em cada um dos participantes, a incerteza quanto ao comportamento previsível dos concorrentes, tinham por objetivo levar a condições de concorrência que não correspondiam às condições normais do mercado e tinham dado, portanto, origem a uma prática concertada com o objetivo de restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º CE” (sublinhado nosso).³⁹

Mais recentemente, importa ainda uma referência ao processo *ETURAS*, em que o TJ defendeu que o artigo 101º n.º 1 do TFUE deve ser interpretado no sentido

³⁷ Ver com interesse a este respeito a Nota de Jorge Padilla no relatório *OECD's Policy Roundtable – Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, de 11 de julho de 2011. O autor refere que não vislumbra que seja sequer possível, na prática, justificar um sistema de intercâmbio de informação que infrinja a concorrência pelo objeto, uma vez que, nessa hipótese, as partes envolvidas ver-se-iam obrigadas a demonstrar que o intercâmbio não encerra “o potencial para restringir a concorrência” (cf. pp. 441 e 442). Segundo Padilla, esta seria uma tarefa impossível de realizar dado que a Comissão presume que qualquer comunicação que constitua infração pelo objeto afeta necessariamente, por natureza, a conduta das empresas no mercado e, portanto, na opinião do autor, tem o potencial para restringir a concorrência. O autor cita uma decisão da própria Comissão em que esta afirma que não é suficiente demonstrar que a prática em análise prosseguiu um objetivo legítimo; que o intercâmbio não aportou qualquer utilidade às partes; que a informação era pública ou que não exerceu qualquer efeito anticoncorrencial (cf. p. 442, com referência ao processo COMP/39188 – *Bananas*, 15-X-2008, paras. 234 a 236). Padilla conclui afirmando que “the only way to show no impact on conduct would be to demonstrate that the information exchange was no more than a divertimento among dilettante employees” (cf. p. 442). O autor menciona também, como problema adicional, a substancial margem de discricionariedade de que a Comissão goza na análise de eficiências potenciais – uma prerrogativa, em sua opinião, muitas vezes utilizada para rejeitar a prova que as partes lhe apresentam sem a realização, para o efeito, de uma análise rigorosa (p. 443).

³⁸ Processo COMP/39.188 – *Bananas*, decisão da Comissão de 15 de outubro de 2008.

³⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de março de 2015 no processo C-286/13P, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe contra Comissão Europeia*, ECLI:EU:C:2015:184, para. 134.

de que, quando o administrador de um sistema de informação destinado a permitir às agências de viagens venderem viagens no seu sítio Internet, segundo um método de reservas uniforme, envia a esses operadores económicos, através de uma caixa de correio eletrónica pessoal, uma mensagem advertindo-os de que os descontos relativos aos produtos vendidos através desse sistema passarão a ser limitados e, na sequência da difusão desta mensagem, o sistema em causa sofre as alterações técnicas necessárias para aplicar essa medida, pode presumir-se que, a partir do momento em que tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada com o objetivo de restringir a concorrência, se não se distanciaram publicamente dessa prática, não a denunciaram às entidades administrativas ou não apresentaram outras provas para ilidir esta presunção, como a prova de uma aplicação sistemática de um desconto superior à limitação em causa.⁴⁰

Constata-se, desde a adoção das Orientações da Comissão, um registo significativo de várias decisões de autoridades nacionais da concorrência na Europa enquadrando os diversos sistemas de intercâmbio escrutinados como infrações pelo objeto e impondo sanções pecuniárias bastante expressivas. Em março de 2011, por exemplo, o *Bundeskartellamt* impôs coimas num total de 38 milhões de Euros à *Kraft*, à *Unilever* e à *Dr. Oetker* por terem adotado uma prática que consistia em informarem-se mutuamente e com regularidade a respeito das várias fases de negociações encetadas entre empresas várias dos seus grupos e entre estas e os principais retalhistas ativos nos respetivos mercados. Este intercâmbio contemplaria informação a respeito de aumentos de preços que estariam planeados impor aos referidos retalhistas.⁴¹ Em Espanha, a *Comisión Nacional de la Competencia* aplicou coimas a oito empresas ativas no setor dos produtos profissionais para o cuidado do cabelo (entre as quais, a *L'Oréal*, a *Wella* e a *Colomer*) num total em excesso de 51 milhões de Euros por estas se terem envolvido numa troca de informações sensíveis que lhes permitiu conhecer as estratégias futuras dos seus concorrentes ao nível, *inter alia*, da sua política de preços.⁴² Também na Bélgica, em 2012, o *College of Competition Prosecutors* dirigiu uma acusação formal contra um núcleo de fabricantes de bens de consumo e uma associação setorial por terem intercambiado informação sensível a respeito de intenções futuras sobre preços.⁴³

No Reino Unido, a então OFT acabou por adotar, já em 2011, a abordagem mais restritiva preconizada nas Orientações da Comissão com respeito aos acordos *hub-and-spoke*, tendo-a aplicado nos processos *Motor Insurers* e *Dairy*, em detrimento da jurisprudência anterior do *Court of Appeals* no processo *Argos*.

No processo *Dairy*, a OFT concluiu que alguns supermercados e produtores de queijo teriam infringido a lei da concorrência por terem coordenado entre si um aumento dos preços pagos pelos consumidores por determinados laticínios, tendo imposto coimas alcançando praticamente os 50 milhões de libras esterlinas. As cadeias de supermercados (as mais conhecidas, incluindo a *Tesco*, a *Sainsbury's* e a *Safeway*) teriam coordenado entre si, indiretamente por intermédio dos referidos produtores de laticínios, as suas intenções ao nível dos preços destes produtos.

No processo *Motor Insurers*, a OFT arquivou o procedimento, tendo declarado

⁴⁰ Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016 no processo C-74/14, "*Eturas*" *UAB* e o. contra *Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42, para. 50.

⁴¹ Ver o *press-release* do *Bundeskartellamt* datado de 17 de março de 2011: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2011/17_03_2011_Hema.html.

⁴² Cf. o artigo do *ElMundo*: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/03/03/economia/1299155780.html>.

⁴³ Ver o *press-release*: http://economie.fgov.be/en/binaries/20120313_Press%20Release_tcm327-166260.pdf.

vinculativos os compromissos apresentados pelas companhias de seguros. Estas companhias teriam fornecido a sua informação futura sobre preços, numa base mensal, a determinados fornecedores de produtos de *software* que depois a incorporavam em bases de dados acedíveis por mediadores de seguros. Esta troca de informação foi considerada pela OFT como legítima, uma vez que os mediadores necessitavam do acesso à informação detalhada de preços por forma a poderem fornecer propostas contratuais aos seus clientes. Todavia, a mesma informação era também disponibilizada para incorporação num produto informático de análise de dados de mercado que permitia aos mediadores compararem os preços praticados por todas as companhias de seguros. A circunstância de a maioria destas companhias serem verticalmente integradas e estarem, portanto, também ativas ao nível da mediação, permitia-lhes o acesso a informação individualizada (e pormenorizada) com respeito à política de preços dos seus concorrentes (acrescia que a informação relativa a preços ficava disponível para consulta duas semanas antes de se tornar efetiva). A OFT considerou que este segundo sistema de intercâmbio transgredia as regras da concorrência e constituía uma infração pelo objeto, sendo desnecessária a consideração dos seus efeitos.

A natureza sensível da informação foi um aspeto crucial na análise do regulador: a informação relativa a preços, disponível através do produto de análise de mercado, era estratégica uma vez que, tendo a ela acesso, as companhias de seguros ficavam em condições de fazer a engenharia reversa de todas as políticas de preços dos seus concorrentes, mesmo antes de as novas tarifas estarem implementadas no mercado. A OFT considerou também que as companhias de seguros estariam todas cientes de que a informação seria fornecida aos seus concorrentes. Todavia, contrariamente ao defendido na jurisprudência *Argos*, a OFT não considerou que a intenção subjetiva fosse necessária e presumiu que as companhias de seguros faziam uso efetivo da informação obtida para reajustar o seu comportamento de mercado. Nos termos dos compromissos tornados vinculativos pela OFT, passou-se a bloquear aos utilizadores do produto de análise de mercado o acesso à informação sobre preços futuros, ficando apenas disponível informação agregada, com cálculo de médias entre cada cinco operadores. Estes compromissos demonstram que a natureza da informação intercambiada constituiu, na realidade, o principal critério orientador da análise da OFT (a OFT parece ter descurado na sua análise a circunstância, quanto a nós relevante, de as principais companhias de seguros representarem entre si uma quota de mercado de cerca de 70%).

3.2 Infrações pelo efeito

A análise à vasta maioria dos sistemas de intercâmbio de informação, e à questão de saber se estes colidem com o regime do art. 101º do TFUE e do art. 9º da LdC, obriga à consideração dos seus efeitos sobre a concorrência, atento o contexto específico de mercado em que ocorrem. Dever-se-á considerar outrossim o “contrafactual”, numa situação hipotética em que o intercâmbio não se consume.⁴⁴ Como se referiu, a principal preocupação jusconcorrencial prende-se com a possibilidade de as empresas participantes poderem coordenar os seus comportamentos de mercado. Na prática, a questão de saber se um determinado sistema de intercâmbio resulta, ou resultará, num efeito adverso atendível sobre a concorrência dependerá, essencialmente, das características desse intercâmbio e das características do mercado em causa.⁴⁵ A

⁴⁴ Ver acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de maio de 1998 no processo C-7/95 P, *John Deere Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:C:1998:256, para. 29.

⁴⁵ No processo *Asnef-Equifax*, o Tribunal afirmou expressamente que as trocas de informação não

análise sobre o impacto de um determinado sistema de intercâmbio de informação dependerá da determinação que se faça, em concreto, de quão difícil seria, na sua ausência, alcançar os termos de coordenação desejada, e de como o intercâmbio altera essa situação.

Identificados os efeitos anticoncorrenciais, é ainda possível recorrer ao regime de exceção previsto no art. 101º n.º 3 do TFUE (e no art. 10º da LdC), verificados que estejam os respetivos pressupostos de aplicação: o intercâmbio deverá acarretar a realização de ganhos de eficiência que sejam suscetíveis de serem passados aos consumidores, serem indispensáveis e não eliminarem a concorrência.

O chamado *benchmarking* é um bom exemplo da dificuldade que existe, da parte do direito da concorrência, na análise de práticas comerciais que se têm como correntes e comuns na *praxis* comercial. As Orientações concedem que o *benchmarking* é um propósito legítimo e que a troca de informação pode permitir às empresas realocarem a produção para mercados onde a procura é mais elevada (através, por exemplo, de um intercâmbio de informações relativo à procura) ou para empresas de baixo custo (por exemplo, trocando informações relativas aos custos)⁴⁶. Em meados dos anos 90, a Comissão tinha já adotado duas Comunicações, encorajando as empresas a desenvolverem ações de *benchmarking*⁴⁷. Todavia, embora reconhecendo expressamente que o *benchmarking* pode conduzir à realização de ganhos de eficiência, as Orientações sujeitam-no aos mesmos critérios de análise (os identificados *infra*) utilizados na apreciação jusconcorrencial de quaisquer outros sistemas de intercâmbio de informação, limitando o tipo de informação cujo intercâmbio é tido como aceitável. Em particular, as Orientações defendem que “*um intercâmbio de dados individualizados não será, normalmente, indispensável*”⁴⁸.

Por conseguinte, na ótica da Comissão, as atividades de *benchmarking* deverão ser limitadas à troca de informação agregada, como, por exemplo, a elaboração de um tipo de ranking industrial anónimo ou a mera transmissão de dados estatísticos. As Orientações vão mesmo ao ponto de questionar a legalidade da troca de informação agregada em mercados de estrutura concentrada⁴⁹. Resulta, pois, que a troca de informação individualizada só poderá ocorrer entre empresas não concorrentes ou na hipótese de i) o mercado não ser concentrado e, ii) a informação intercambiada ser histórica ou concernir aspetos não substanciais da estrutura de custos das empresas. Sob estas condicionantes, a mais-valia e relevância comercial do *benchmarking* poderá ser equacionada.

Como se referiu, a preocupação primeira da Comissão é que o sistema de troca de informação possa facilitar a coordenação no mercado – a análise deverá, por esta razão, levar em consideração as condições de mercado, o tipo de informação intercambiada e a natureza do sistema de intercâmbio.

podem ser apreciadas em abstrato e que a sua compatibilidade com as regras de concorrência depende das condições económicas do mercado relevante, do propósito e das condições de acesso ao sistema de troca de informações e do tipo de informações trocadas. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2006 no processo C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL* contra *Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734, para. 54.

⁴⁶ Cf. para. 95 das Orientações da Comissão. Este é um aspeto também reconhecido no documento da OECD já referido *supra*, pp. 10, 24 e 25.

⁴⁷ Ver a Comunicação da Comissão COM(96) 463 final de 9 de outubro de 1996, “*Benchmarking the competitiveness of European industry*”; e Comunicação da Comissão COM(97) 153 final de 16 de abril de 1997, “*Benchmarking, Implementation of an instrument available to economic actors and public authorities*”.

⁴⁸ Cf. para. 101 das Orientações da Comissão.

⁴⁹ Cf. para. 108 das Orientações da Comissão.

3.3 As características de mercado

Constituindo a concertação a preocupação primeira da Comissão, é mister analisar se as condições prevalecentes de mercado permitem aos concorrentes coordenarem os seus comportamentos a respeito dos diversos parâmetros estratégicos de concorrência. O intercâmbio de informação é mais problemático em mercados concentrados, com apenas um pequeno número de concorrentes homogêneos⁵⁰, produtos relativamente estandardizados, uma procura e oferta estabilizada⁵¹ e em que as transações sejam públicas.⁵² Releva também a existência de barreiras à entrada⁵³ e a simetria de estruturas

⁵⁰ Regra geral, quanto maior for o grau de concentração no mercado, mais fácil se torna alcançar e manter os termos do comportamento coordenado. Em grande parte, porque, sendo reduzido o número de participantes cartelistas, é mais fácil alcançar convergência quanto aos pontos focais comuns de coordenação, *i.e.* é menor a probabilidade de divergência quanto à estratégia do cartel. Por outro lado, quanto maior for o número de participantes, maior é o ganho relativo do operador que decida desviar-se dos termos do acordo (imagina-se um mercado em que operam duas empresas simétricas – o cartelista desviante só logrará captar, na melhor das hipóteses, 50% do mercado, ao passo que num mercado com cinco operadores o cartelista pode capturar até 80% do mercado), e menores são os lucros colusivos a partilhar entre os participantes. As Orientações e a jurisprudência europeia deixam claro que, em mercados fragmentados com índice baixo de concentração, a probabilidade de um sistema de intercâmbio de informação surtir efeitos restritivos é baixa, sendo mais crível que possa resultar na realização de eficiências. No processo *New Holland Ford*, o Tribunal de Primeira Instância referiu, a este propósito, que: “*on a truly competitive market transparency between traders is in principle likely to lead to the intensification of competition between suppliers, since in such a situation the fact that a trader takes into account information made available to him in order to adjust his conduct on the market is not likely, having regard to the atomized nature of the supply, to reduce or remove for the other traders any uncertainty about the foreseeable nature of its competitors’ conduct*”. Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de outubro de 1994 no processo T-34/92, *Fiatagr UK Ltd e New Holland Ford Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:T:1994:258, para. 91. Na decisão já referida no processo *UK Tractors*, a Comissão considerou relevante a circunstância de quatro empresas participantes no sistema de intercâmbio escrutinado representarem cerca de 80% de quota de mercado. Avalizando a abordagem da Comissão, o Tribunal de Primeira Instância observou, em sede de recurso, que “*O Tribunal considera [...] que [...] a generalização entre as principais empresas, e em proveito exclusivo destas, excluindo as outras empresas e os consumidores, de uma troca de informações precisa com uma periodicidade frequente, relativa à identificação dos veículos matriculados e ao lugar da matrícula, é susceptível, num mercado oligopolístico fortemente concentrado como o mercado em causa e onde, em consequência, a concorrência já está fortemente atenuada e a troca de informações facilitada, de alterar de maneira significativa a concorrência que subsiste entre operadores económicos*”. Cf. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de outubro de 1994 no processo T-35/92, *John Deere Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:T:1994:259, para. 51. Por contraste, no processo *EUDIM*, a Comissão considerou que a circunstância de o mercado contemplar mais de 3.000 operadores seria bastante para que se pudesse concluir que o sistema de intercâmbio em análise, que visava informação individualizada e confidencial sobre concorrentes, não era suscetível de ter um efeito sensível sobre a concorrência. Cf. Comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19º do Regulamento n.º 17 do Conselho, processo n.º IV/33.815, 35.842 — *EUDIM*, J.O. n.º C 111/8 17.04.1996.

⁵¹ As flutuações nos preços e quantidades dos produtos pode dificultar o acordo sobre os termos da coordenação e a monitorização da sua implementação. Num contexto de volatilidade significativa de vendas, a empresa que perca um número significativo de vendas poderá não conseguir perceber se tal se deve a uma flutuação normal das condições de mercado ou a um desvio por parte de um participante cartelista. A volatilidade também pode impactar sobre a capacidade de uma empresa para sinalizar os preços focais desejados.

⁵² Neste último caso, permitindo uma melhor monitorização dos termos acordados.

⁵³ Na ausência de barreiras à entrada, os participantes terão maior dificuldade em manter a estabilidade externa do cartel e os termos do comportamento coordenado. Na realidade, os preços artificialmente inflacionados pelo prémio do cartel e a maior lucratividade do esquema acabam por atrair nova entrada e comprometer a efetividade do cartel. Havendo uma maior probabilidade de o cartel não sobreviver, as empresas participantes preocupam-se menos com a possibilidade de uma punição futura e ganham maior incentivo para se desviarem. No processo já referido *UK Tractors*, a existência de elevados obstáculos à entrada no mercado britânico dos tratores agrícolas constituiu um fator

de custos entre concorrentes.⁵⁴ Sem prejuízo, a análise não deverá ser estática e deter-se apenas sobre as condições pré-existentes no mercado. Deverá, outrossim, procurar aferir se o intercâmbio, por si mesmo, permite impactar sobre as características de mercado dominantes, modificando-as de forma a proporcionar condições para que se estabeleça um quadro de colusão efetivo⁵⁵.

3.4 O tipo de informação trocada

O segundo critério de análise revolve sobre a natureza da informação trocada. Mais precisamente, a análise sobre a legalidade de um acordo para troca de informação depende da determinação sobre se a informação intercambiada é estratégica, agregada ou individualizada, histórica ou recente e privada ou pública.

A troca de informação que “*reduz a incerteza estratégica no mercado*” é a mais problemática⁵⁶. As Orientações definem “*dados estratégicos*”, em termos latos, como os que se referem a preços, quantidades, carteiras de clientes, custos de produção, volumes de negócios, vendas, capacidades, qualidades, planos de marketing, riscos, investimentos, tecnologias, programas de R&D e respetivos resultados. Refere-se aí que, em geral, as informações relacionadas com os preços e as quantidades são as que têm maior valor estratégico, seguindo-se as informações sobre os custos e a procura⁵⁷.

Segundo a Comissão, em mercados não concentrados, uma troca de “*dados verdadeiramente agregados*”, i.e. “*dados em que seja suficientemente difícil reconhecer as informações*

decisivo à decisão da Comissão sobre a ilicitude do sistema de intercâmbio visado.

⁵⁴ Estruturas assimétricas de custos geram preferências distintas quanto aos preços focais da coordenação. A assimetria em termos de dimensão das empresas envolvidas e da respetiva estrutura de custos pode também dificultar a manutenção da coordenação: é mais difícil punir as empresas mais eficientes e com menores custos do que as menos eficientes, sendo que as primeiras, por essa razão, ganham um maior incentivo para se desviarem da coordenação. Por outro lado, a assimetria em termos de capacidade faz com que as empresas com menor capacidade, comparativamente com as de elevada capacidade, tenham um menor incentivo para se desviarem e uma menor capacidade para exercer um poder disciplinador. Esta combinação torna o desvio mais apelativo às empresas de maior capacidade. Ver sobre o tema Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole, “The Economics of Tacit Collusion”, Relatório para a Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, 2003: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.

⁵⁵ Cf. para. 77 das Orientações da Comissão.

⁵⁶ Cf. para. 86 das Orientações da Comissão.

⁵⁷ As informações relativas a custos da matéria-prima têm uma menor probabilidade de serem perçecionadas, pelas autoridades de concorrência e tribunais, como estratégicas. Não será assim, todavia, quando estes custos estejam diretamente correlacionados com o preço e permitam às empresas concorrentes aferir os preços dos seus rivais. No processo *EUDIM*, já mencionado, a Comissão autorizou um intercâmbio entre membros de uma associação comercial que visava informação confidencial sobre o custo de aquisição de vários produtos. As partes alegaram, e a Comissão concordou, que a troca desta informação permitia aumentar o poder negocial dos seus membros *vis-à-vis* os respetivos fornecedores, reduzindo custos e, por conseguinte, aumentando o grau de concorrência no mercado. No processo *T-Mobile* (Processo C-8/08), já referenciado, os operadores de comunicações móveis ativos no mercado holandês reuniam-se para discutir a necessidade de reduzir o valor da contrapartida paga aos respetivos *dealers* quando estes captavam novos clientes para as suas redes. Nesse âmbito, os operadores trocavam informação sobre os valores das contrapartidas por si liquidadas a tais *dealers*. Embora se pudesse argumentar que o valor dessas contrapartidas correspondia, no fundo, a meros custos de *input* (e, por conseguinte, com menor sensibilidade jusconcorrencial), na realidade o seu pagamento permitia a esses *dealers* reduzirem o preço cobrado aos consumidores pelos telemóveis, havendo, portanto, entre os operadores, uma concorrência quanto ao valor dessas contrapartidas. Esta circunstância acabou por ditar que essas contrapartidas tivessem sido enquadradas como um parâmetro concorrencial chave.

de cada empresa”, não suscitará dificuldades jusconcorrenciais⁵⁸. No processo *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, o Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão, tendo considerado, no essencial, que o nível de agregação da informação intercambiada era bastante para afastar quaisquer preocupações de natureza concorrencial (a informação versava apenas sobre as vendas das empresas participantes, sem distinguir entre os diferentes sectores consumidores, e só permitia calcular de forma muito aproximada as quotas de mercado das partes)⁵⁹. No processo *Fatty Acids*, a Comissão referiu não ter objeções a uma troca de informação estatística entre associações de comércio e/ou agências de reporte, mesmo quando esta identifique valores individualizados, desde que a informação intercambiada não permita aos seus recipientes identificarem os concorrentes em questão⁶⁰. Também no processo *European Wastepaper Information Service* (EWIS), a Comissão acabou por validar um sistema de troca de informação depois de a EWIS ter confirmado que apenas se intercambiaria informação agregada e quando o número de partes envolvidas fosse superior a quatro, destarte não permitindo a identificação individual de cada um dos seus membros⁶¹. A regra do intercâmbio entre um mínimo de quatro operadores voltou a ser aplicada pela Comissão no processo *CEPI-Cartonboard*⁶². A Comissão tinha inicialmente objetado a uma troca de informação agregada relativa a países em que houvesse um número inferior a três concorrentes, tendo exigido que essa passasse a ser agregada com a informação de outros países de forma a contemplar um maior número de concorrentes e obviar a sua identificação individual.

As Orientações avançam a premissa de que um intercâmbio poderá ser problemático a partir do momento em que torna possível detetar um desvio a um quadro de colusão potencial, mesmo que não seja possível, em concreto, identificar a empresa desviante⁶³.

As Orientações propõem ainda a ideia de que a troca de “informação histórica” não é suscetível, por princípio, de conduzir a resultados colusórios. Pode aí ler-se que pode “considerar-se que os dados são históricos quando a sua antiguidade é diversas vezes superior à duração média dos contratos no sector, se estes forem indicativos de renegociações de preços”⁶⁴. É explicado que não existe um limiar pré-definido a partir do qual os dados passam a ser históricos, ou seja, suficientemente antigos para não suscitarem riscos de concorrência. O facto de os dados serem verdadeiramente históricos dependerá, essencialmente, das características específicas do mercado relevante e, em especial, da frequência das renegociações de preços no setor. A informação torna-se mais rapidamente histórica em mercados instáveis. As Orientações sugerem outrossim que, neste particular, também a natureza e agregação da informação deverão ser tomadas em consideração – pelo que a antiguidade da informação não constituirá um

⁵⁸ Cf. para. 89 das Orientações.

⁵⁹ Ver acórdão do Tribunal Geral de 5 de abril de 2001 no processo T-16/98, *Wirtschaftsvereinigung Stahl e outros v. Comissão*, ECLI:EU:T:2001:117, para. 52.

⁶⁰ Ver processo IV/31.128, *Fatty Acids*, para. 35.

⁶¹ Cf. Comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19º do Regulamento n.º 17 do Conselho relativa a um pedido de certificado negativo ou de isenção em conformidade com o n.º 3 do artigo 85º do Tratado CEE — caso n.º IV/32.076 — *European Wastepaper Information Service*.

⁶² Comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19º do Regulamento n.º 17 do Conselho relativa a um pedido de certificado negativo ou de isenção em conformidade com o n.º 3 do artigo 85º do Tratado CEE — caso n.º IV/34.936/E1 *CEPI-Cartonboard*.

⁶³ A OFT adotou esta mesma abordagem em *Motors Insurers*, exigindo que a informação disponibilizada pelo produto de análise de mercado passasse a ser exibida em termos de médias percentuais entre categorias de concorrentes.

⁶⁴ Cf. para. 90 das Orientações da Comissão.

critério de análise independente.

No caso *CEPI-Cartonboard*, já referido, a Comissão *foi de opinião* que a informação compilada por uma associação de comércio referente a dados agregados, respeitantes às quatro últimas semanas, e que não concerniam nem a preços nem a previsões de produção ou de capacidade de utilização, deveria ser considerada como histórica⁶⁵. Todavia, a validade desta asserção pouco valerá em indústrias que exibam diferentes características e em que as práticas contratuais sejam distintas. Assim, por exemplo, em ambos os processos *UK Tractors* e *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, já referidos, a Comissão considerou que informação com um mês de antiguidade deveria ser enquadrada, para os efeitos da análise aos intercâmbios em causa, como recente. Exige-se, portanto, uma *análise face às circunstâncias de cada caso* em concreto.

Refere-se também nas Orientações “*que é pouco provável que os intercâmbios de informações verdadeiramente públicas constituam uma infração ao artigo 101^o*”. Todavia, este conceito é precisado de forma muito estrita, como “*informação a que qualquer concorrente ou cliente pode ter acesso com a mesma facilidade (em termos do custo do acesso). Para que as informações sejam verdadeiramente públicas, a sua obtenção não deve ser mais onerosa para os compradores e empresas não participantes no sistema de intercâmbio do que para as empresas que nele participam*”⁶⁶. Pelo que *não é suficiente que a informação em causa seja do domínio público. Deve ser também tomado em consideração, para efeitos de decisão sobre a natureza pública ou privada da informação, o custo que é necessário suportar com a sua obtenção*. Ainda que os dados objeto do intercâmbio façam parte do que é frequentemente referido como domínio público, não se trata de informações verdadeiramente públicas quando os custos inerentes à obtenção dos dados são de tal ordem que as outras empresas e os compradores desistem de os obter.

No processo *TACA*, o Tribunal de Primeira Instância analisou, entre outras práticas, um intercâmbio de informação entre empresas de transporte marítimo com relação aos seus termos contratuais de serviço⁶⁷. O tribunal decidiu em sentido desfavorável à Comissão, argumentando para o efeito que, à altura da infração, a informação em causa era do domínio público por força da legislação norte-americana que obrigava à respetiva publicação⁶⁸.

3.4 A natureza do sistema de intercâmbio – a questão da frequência

Sistemas de intercâmbio em que a troca de informação ocorra mais frequentemente suscitam, potencialmente, maiores problemas de natureza jusconcorrencial, exponenciando a probabilidade da adoção de comportamentos coordenados⁶⁹. Com efeito, uma troca mais frequente de informação reduz tanto o período temporal necessário para que os concorrentes rivais compreendam o sinal enviado, como também o período temporal necessário para deteção e punição de um cartelista desviante. Sem embargo, a frequência da troca de informação deve ser sempre analisada à luz da estrutura do mercado em questão e da natureza da informação partilhada, *i.e.* em concreto. Em mercados instáveis, por exemplo, caracterizados por ciclos contratuais de curto prazo, o resultado colusivo requererá

⁶⁵ Ver Nota da Comissão no processo IV/34.936/E1, *CEPI-Cartonboard* [1996], J.O. C 310/3.

⁶⁶ Cf. para. 92 das Orientações da Comissão.

⁶⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de setembro de 2003 nos processos apensos T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:T:2003:245.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 1154 e ss.

⁶⁹ Ver assim Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole, “The Economics of Tacit Collusion” Relatório para a Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, 2003: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.

necessariamente uma mais frequente troca de informação.

As Orientações consideram que um sistema de intercâmbio é genuinamente público se os dados trocados forem acessíveis de forma idêntica (em termos do custo do acesso) a todos os concorrentes e clientes. Considera-se aí também que o facto de as informações serem trocadas publicamente pode diminuir a probabilidade de um comportamento colusivo no mercado, todavia não se excluiu, nesta hipótese, esse resultado.

4. Conclusão preliminar

O escopo alargado das Orientações cobre todo o tipo de intercâmbio de informação entre concorrentes, seja ele direto ou indireto. Se é certo que a troca de informação individualizada relativa a preços ou quantidade futuras constitui uma prática *hardcore* passível de ser considerada como um cartel e sancionada com a aplicação de coimas de elevado valor, as Orientações também concedem que o intercâmbio de informação constitui um aspeto comum e reiterado de muitos mercados de perfil pró-competitivo e poderão contribuir para uma maior dinâmica concorrencial. Pelo que a análise deverá ser feita numa base casuística, dependendo do tipo de informação trocada e das características de mercado prevaletentes.

Embora a abordagem da Comissão e das Autoridades de Concorrência da UE seja restritiva (muito influenciada pela jurisprudência do TJUE, em particular na sequência do acórdão do TJ no processo *Bananas*) e deixe várias questões em aberto (por alguma imprecisão de critérios), não se pode concluir que esteja vedada aos concorrentes a possibilidade de conduzirem os seus negócios no âmbito de projetos de cooperação e/ou de integração. Nesta última hipótese, avançando com contactos e trocas de informação preliminares que se repute objetivamente indispensáveis à concretização de transações visando a aquisição de empresas concorrentes ou a criação *ex novo* de entidades sob o controlo comum de duas ou mais empresas concorrentes. Desde que respeitadas os corolários e as coordenadas de ação que promanam da análise realizada neste capítulo I, de modo a não comprometer, antes de consumada a transação, ou na hipótese de esta se gorar, o princípio da autodeterminação estratégica da conduta de mercado. Vejamos como.

II. A troca de informações no contexto de uma operação de concentração

1. Considerações introdutórias

O capítulo II procura concretizar a doutrina geral explorada no capítulo I precedente, nas situações específicas de troca prematura de informação sensível entre empresas concorrentes no momento anterior à conclusão de uma operação de concentração e à adoção, por parte da autoridade de concorrência jurisdicionalmente competente (Comissão ou AdC), de uma decisão final de autorização, declarando a sua conformidade com o direito da concorrência. A troca de informação sensível entre duas empresas concorrentes no âmbito de um processo de tal natureza, e em momento anterior à adoção da decisão de autorização, pode ser interpretada pela autoridade de concorrência, por acrescento a um comportamento potencialmente de cartel, como uma conduta de “gun jumping” e, como tal, expor as participantes a potenciais sanções (maxime, a coimas e à possibilidade de lhes ser assacada, em sede

judicial, responsabilidade por danos patrimoniais causados a entidades lesadas)⁷⁰.

O capítulo II identifica as coordenadas que devem orientar a conduta comercial das empresas participantes de forma a que não se exceda o perímetro da legalidade jusconcorrencial no arco temporal relevante mais crítico: entre o momento inicial da subscrição, pelas partes, do clausulado relativo à transação (muitas vezes precedido pela adoção de um *Memorandum of Understanding*, “MOU”) até à data da sua implementação, já depois de obtida a decisão de *clearance* da Autoridade da Concorrência. Estas coordenadas servem, bem assim, o objetivo de assegurar a conformidade jusconcorrencial da conduta das partes no momento imediatamente anterior à adoção do clausulado da transação, durante as fases preliminares de negociação. Veremos, por último, que haverá circunstâncias em que, já mesmo depois de implementada a transação, as partes deverão respeitar algumas regras de conduta.

Como regra geral, é legítimo às partes encetarem todas as iniciativas necessárias a fazer avançar a transação proposta e o projeto de integração dos respetivos negócios, desde que: i) não se verifique qualquer comportamento de implementação que preceda a adoção da decisão de autorização da autoridade de concorrência competente; ii) qualquer troca de informação sensível que ocorra em momento anterior a essa data se processe de acordo com os princípios que se enunciam *infra*.

As partes contratantes de uma concentração devem limitar a divulgação ou intercâmbio de informação sensível e confidencial (*i.e.*, não pública) a um núcleo de pessoas, previamente identificado (a chamada “*clean team*”), cuja necessidade de conhecimento de tal informação se repute objetivamente indispensável à concretização da transação, e assegurar-se que a informação que se transmite, seja ela qualitativa ou quantitativa, se restringe, numa fase prévia, à que é absolutamente instrumental para que se logre o acordo sobre os elementos essenciais da transação – para análise do seu valor ou da forma como a operação se estruturará.

A *clean team*, selecionada em conjunto por ambas as partes, deverá ser composta, preferencialmente, também por consultores externos e independentes (consultores/contabilistas/advogados externos), de modo a assegurar que a troca de informação que ocorra em momento anterior à celebração do acordo final se processe de forma segura e em conformidade com as regras da concorrência. As ações de reporte desta equipa devem processar-se segundo os critérios que se avançam *infra*. Nunca olvidar que estas mesmas regras da concorrência são aplicáveis também durante a fase do planeamento da integração que ocorra já depois de formalizada a transação. Pelo que, as partes ficam proibidas de implementar quaisquer planos de integração ou de coordenar, de qualquer outro modo, as suas atividades comerciais presentes ou futuras.

É imperativo que, no decurso do processo, as partes continuem a perspetivar-se, mutuamente, como concorrentes, pelo menos até que a transação esteja consumada (na sequência do aval do regulador de concorrência). Todas as empresas participantes deverão continuar a agir como concorrentes independentes – não devendo, entre elas, ser firmado qualquer acordo ou entendimento comum quanto às suas respetivas

⁷⁰ Assim sucedeu, em 2007, no âmbito da análise da Comissão à operação de concentração entre as empresas *Ineos* e *Kerling*, concorrentes no mercado de fabrico de PVC (Processo COMP/M.4734). Durante a segunda fase de investigação aprofundada ao seu projeto de fusão, a Comissão tomou conhecimento de que estas empresas teriam já adotado comportamento de implementação em violação da obrigação de suspensão, prevista no art. 13º do Regulamento 139/2004 de 20 de janeiro de 2004. Entre outros aspetos, a Comissão apurou que a *Ineos*, a adquirente, teria intervindo na gestão do *target* (que era seu concorrente) através da nomeação de pessoal para os seus quadros e da indicação de instruções expressas relativas às operações da empresa. Com interesse ao tema que abordamos, a Comissão apurou igualmente que as empresas teriam intercambiado informação sensível relativa às operações de ambas as partes.

operações comerciais no mercado. Assim, as participantes deverão continuar a conduzir os seus respetivos negócios com total independência e autonomia estratégica, como se a transação não tivesse sido de todo contemplada: nenhuma delas devendo procurar influenciar as decisões estratégicas das restantes, para além do que seja absolutamente necessário, nos termos do clausulado acordado, para a salvaguarda dos seus interesses entre o momento da assinatura do contrato e a consumação da transação.

A autoridade de concorrência competente, a Comissão ou a AdC, suscitaria sempre preocupação numa situação em que ocorressem trocas de informação sensível entre duas empresas concorrentes, distintas e independentes, numa fase anterior à conclusão da transação, num cenário em que, a final, a transação não se viesse a consumir. Nesta hipótese, a informação intercambiada entre as duas empresas poderia facilitar determinados comportamentos visando a fixação, estabilização ou coordenação de preços futuros e/ou de condições de venda, e bem assim comportamentos de partilha de mercados ou de clientes. Por conseguinte, as partes devem limitar o intercâmbio de informação ao que é efetivamente indispensável às negociações e à conclusão do projeto de integração. Esse intercâmbio ou divulgação deverá ser proporcional, em termos qualitativos e quantitativos, à evolução das diversas fases de negociação entre as partes.

2. As coordenadas de ação

2.1 O tratamento da informação estratégica sensível

Tivemos oportunidade de referir, no capítulo I deste artigo, que as regras da concorrência escrutinam com maior incidência os intercâmbios que visem informação atual ou futura sobre os mercados em que as partes estejam ativas e, em particular, sobre preços e quantidades. Este tipo de informação é considerado como o mais sensível de uma perspetiva jusconcorrencial. Sem embargo, as regras que regem o intercâmbio de informação entre concorrentes são também aplicáveis a qualquer informação que possa impactar sobre a forma como uma empresa define a sua política de preços ou a conduta comercial que pretende implementar no mercado, como por exemplo, a troca de informação sobre custos, projetos de desenvolvimento da sua oferta, estratégias de marketing, informação individualizada sobre clientes, projetos ou estratégias de R&D, direitos de propriedade intelectual e informação sobre parceiros comerciais. A informação considerada sensível compreenderá toda aquela que, a ser intercambiada, permitiria às partes coordenar a sua conduta concorrencial no mercado caso a transação não viesse a ser consumada.

Por conseguinte, o primeiro passo, numa fase preliminar de *due diligence*, consistirá na identificação e tratamento da informação que seja passível de considerar-se, de uma ótica de concorrência, como sensível. Nesta fase é normalmente permitido ao comprador o acesso a um volume significativo de informação confidencial do *target*. Em alguns casos, a partilha de informação é bidirecional, recebendo o vendedor informação também confidencial do comprador (*e.g.* nos casos em que se pretenda analisar o potencial sinérgico comum).

Por norma, e como preliminar ao início das atividades de *due diligence*, as partes assinam um acordo de confidencialidade, proibindo o uso não autorizado da informação confidencial partilhada e a sua transmissão a qualquer parte terceira. Todavia, embora tais acordos possam bastar para os efeitos de assegurar que a informação é efetivamente tratada como confidencial *vis-à-vis* terceiros, nos casos em que as partes sejam concorrentes atuais ou potenciais a mera troca da informação pode, em si mesma, resultar numa violação às regras da concorrência. Dito de outro

modo, os acordos de confidencialidade são insuficientes para garantir o *compliance* com o direito da concorrência. Por esta razão, é necessário recorrer a outros mecanismos que permitam minimizar a possibilidade de infração, sendo certo que a transação não avançará se o comprador não estiver em posição de fazer uma avaliação cabal sobre o negócio do vendedor.

Prefiguram-se duas alternativas nas situações em que as partes concluem que a informação a ser partilhada é sensível, de uma perspectiva de concorrência: i) a simples recusa em partilhar a informação em causa – uma solução que poderá contender com as pretensões do comprador, quando este a considere essencial à sua análise. Alternativamente, o vendedor poderá optar por um esquema de divulgação progressiva, negando acesso à informação sensível numa primeira fase de contacto inicial com os potenciais interessados e concedendo-o, numa fase posterior, apenas aos proponentes preferenciais; ii) a adoção de um procedimento que garanta que os recipientes da informação sensível não a possam utilizar de um modo que influa sobre o seu comportamento no mercado.

A segunda opção passa, designadamente, por limitar o número de indivíduos que ficarão expostos à informação sensível, o que se consegue, na vasta maioria dos casos, através da criação de uma *clean team*.

2.2 As comunicações devem ser limitadas à *clean team*

Durante a fase de *due diligence*, e até que se verifique a adoção pelo regulador de uma decisão de conformidade da transação com as regras de concorrência, as comunicações e a partilha de informação devem ser limitadas ao grupo de indivíduos – a *clean team* – que estejam envolvidos na negociação da transação ou do projeto de integração, e apenas numa base “*need-to-know*”. Como já se referiu, este grupo deve ser previamente e especificamente identificado como integrando a “*clean team*”. O número de indivíduos que compõem este grupo deverá ser restrito e o mínimo indispensável ao desenvolvimento das suas atribuições. A *clean team* deverá ser composta apenas por pessoal não-operacional: dever-se-á excluir da sua composição indivíduos que estejam afetos à condução/gestão do negócio e das operações do dia-a-dia de cada parte. Amiúde, a *clean team* integrará pessoal que se encontra ao serviço da parte adquirente, mas que não desenvolve funções relacionadas com vendas, marketing ou qualquer outro parâmetro estratégico da empresa. Ainda assim, a opção mais segura será, como se referiu, recorrer a consultores externos que analisem a informação sensível em nome da parte que é dela recipiente e que elaborem um relatório final expurgando das suas conclusões todas as referências à informação confidencial.

Por uma questão de rigor, aconselha-se exigir a cada membro desta equipa a vinculação a um acordo de confidencialidade que identifique os potenciais problemas e sensibilidades de concorrência e os limites à utilização e partilha da informação recebida. As partes da transação deverão também garantir, por via da adoção de regras escritas para o efeito, que nenhum dos membros da *clean team* fique em posição, durante todo o período de tempo em que permanece exposto à informação sensível confidencial das partes e em que esta permaneça sensível, de poder influenciar o comportamento comercial da parte recipiente da informação no mercado em que esta seja relevante.

O processo de filtragem da informação a partilhar e do acordo com as restantes partes envolvidas relativamente à forma como a informação sensível deverá ser processada poderá consumir algum tempo. As partes deverão estar cientes desta limitação de forma a evitarem que o calendário da transação se acabe por pressionar a adotar comportamentos que colidam com as coordenadas que aqui se deixam e que transgridam o direito da concorrência.

2.3 O reporte relativo à análise aos dados sensíveis

As comunicações entre os funcionários de cada empresa (o “*business people*”) devem ser geridas de modo a minimizar as consequências que poderão resultar de uma comunicação inadequada num contexto de não consumação da transação, *e.g.*, através do recurso a procedimentos pré-aprovados; utilização de requerimentos por escrito, com o envolvimento (ou na sequência da solicitação) de partes terceiras, como os contabilistas, consultores ou assessores jurídicos. Como já se antecipou, sempre que possível, as empresas deverão recorrer a entidades terceiras externas e independentes para efeitos de coligir e analisar a informação sensível (por exemplo, empresas de contabilidade, consultores ou advogados externos).

Isto significa, em particular, que a *clean team* fica autorizada a reportar sobre a análise que realizou, mas que este reporte deve ser conforme às seguintes diretrizes: i) é legítimo a divulgação de informação sensível, desde que esta seja agregada e histórica e não influencie as decisões atuais ou futuras das partes a respeito das políticas comerciais que visem implementar no mercado, mormente ao nível do preço; ii) dever-se-á sempre eliminar as referências, feitas em contratos das partes, aos nomes dos respetivos clientes e fornecedores (a menos que estes tenham já sido divulgados à parte recipiente da informação *e.g.* por razões do próprio contrato) ou sumariar as questões relevantes sem fazer referência a fornecedores ou clientes específicos; iii) eliminar da informação transmitida todas as referências feitas a nomes, *trademarks*, marcas ou outra informação que facilite a identificação individual; iv) divulgar a informação sensível de modo mais generalizado - a troca de informação relativa a custos, por exemplo, deverá refletir informação apurada a um nível mais elevado de segmentação (*e.g.* custos totais médios) e a informação que respeite a preços, volumes ou capacidade oferecida por “escalões” ou em formato estatístico, em vez de individualizada; v) regra geral, comunicar sobre a natureza de uma questão ou de um problema, por alternativa a oferecer os respetivos pormenores (*e.g.*, fazer referência genérica a “problemas estratégicos futuros”).

O intercâmbio a respeito das categorias mais sensíveis de informação deverá, regra geral, ser efetuado por escrito e à *clean team*, e nunca no âmbito de reuniões ou encontros presenciais ou de telefonemas: as reuniões presenciais e/ou telefonemas criam o risco adicional de reconfigurar o exercício de troca de informação, para passar de um instrumento legítimo de *due diligence* para uma mera atividade de propósitos colusivos. Sendo imperativa a realização de reuniões presenciais para se proceder à troca de determinado tipo de informação (*e.g.*, por esta só poder ser explicitada oralmente, em encontro presencial), é aconselhável a presença de assessores jurídicos externos para que possam monitorizar e tomar registo de todo o intercâmbio efetuado – destarte permitindo que as partes possam *ex post* recorrer a uma ata escrita que comprove que a troca de informação ocorrida não excedeu os estritos limites da legalidade jusconcorrencial.

2.4 Temas que podem ser objeto de partilha fora da *clean team*

Fora da *clean team*, é permitida a discussão de questões/assuntos que se repute necessários à conclusão da transação e cuja sensibilidade jusconcorrencial seja especialmente atenuada, incluindo, nomeadamente, informação financeira e fiscal; volumes de negócio e lucratividade geral expectável a respeito de determinadas linhas gerais de produtos (por contraste a decisões específicas e confidenciais relativas à política de preços por produto individualizado); informação relacionada com os sistemas informáticos das empresas, métodos de contabilidade e gestão de informação; informação sobre *compliance* regulatório; descrição física das instalações; o valor de determinados bens das empresas; o número e nome de funcionários

relevantes, a descrição das suas categorias profissionais (a informação relativa ao perfil remuneratório, incluindo outras vantagens laborais, pode ser intercambiada, preferencialmente de forma agregada, desde que seja necessária à conclusão da transação); informação relativa a recursos humanos; comunicações com órgãos de comunicação social ou funcionários. Regra geral, é também legítimo proceder à partilha de informação histórica relativa a declarações fiscais, balanços e balancetes das empresas, e de informação relativa a questões laborais, fiscais, ambientais ou relacionadas com as condições de saúde e segurança no trabalho.

Reiterando, por contraste ao tipo de informação a que este ponto 2.4 se refere, a informação comercial sensível não deverá nunca ser partilhada fora do estrito perímetro da *clean-team*, devendo o tipo de informação mais estratégica e sensível ser gerida preferencialmente por entidades terceiras independentes (empresas externas de contabilidade ou de consultoria e advogados externos) que integrem a *clean-team*. A *clean team* deve reportar a sua análise de acordo com os critérios que se expuseram supra.

2.5 O planeamento da integração e de outras fases coordenativas prévias à conclusão da transação

Findo o exercício de *due diligence*, mas ainda no arco temporal compreendido entre a formalização do contrato e a consumação da transação, as partes poderão pretender partilhar informação como preliminar da integração dos seus negócios. Nesta fase as partes permanecem ainda como concorrentes independentes, pelo que especial cuidado deverá ser observado para que não se transgrida o direito da concorrência.

Por princípio e coordenada geral de ação, não é permitido às partes, na fase anterior à consumação da transação (que, como se referiu, terá sempre de ser precedida pela autorização, expressa ou tácita, da transação pela autoridade de concorrência competente), partilhar informação estratégica sensível, nos termos expostos no capítulo I deste artigo; gerir ou influenciar os assuntos comerciais das outras participantes, assumindo o controlo sobre a gestão dos seus negócios (*i.e.*, não é legítimo influenciar as decisões de gestão das outras partes para além do que seja estritamente necessário para proteger os seus interesses durante a fase que precede a conclusão da transação, *e.g.* estipulando-se uma proibição de contrair dívidas de montante objetivamente injustificado e desproporcional; hipotecar ativos estratégicos da empresa; ocasionar despedimentos coletivos injustificados, etc.); integrar, de qualquer outra forma, quaisquer operações das partes (incluindo a transferência de pessoal de uma empresa para a outra); coordenar quaisquer práticas, decisões ou estratégias relativas aos parâmetros concorrenciais base como, por exemplo, preços, volumes, capacidades, estratégias de marketing, etc.; coordenar, em geral, a conduta competitiva das partes (em particular, as partes não deverão partilhar contactos comuns, incluindo gestores de conta comuns, com respeito a clientes partilhados, e não deverão terminar a produção de determinados bens ou serviços, ou introduzir novos bens ou serviços em resultado de quaisquer ações de coordenação desenvolvidas entre si); desenvolver ações de marketing comuns (neste particular, as partes não deverão adotar políticas de marketing em comum ou tomar iniciativas publicitárias comuns, nem tão pouco alocar entre si mercados e/ou clientes); coordenar atividades de R&D, ou celebrar acordos ou parcerias comerciais entre si que não sejam equitativas e não correspondam às normais práticas e condições de mercado (na gíria anglo-saxónica, “*at arms-length*”).

Também nesta fase, as partes deverão considerar a insistência no recurso a acordos de confidencialidade, de forma a limitar o acesso à informação sensível, estratégica e confidencial aos indivíduos que dela efetivamente necessitam para

efeitos do planeamento da integração e não permitir que esta seja utilizada para fins comerciais distintos (em situações de fuga de informação). À semelhança do que deverá suceder aquando da formação da *clean team*, no decurso da fase das negociações que precedem a contratualização do acordo, os funcionários das partes a quem se concederá acesso à informação sensível para efeitos do planeamento de integração deverão ser devidamente identificados e, preferencialmente, adicionados à *clean-team*. O pessoal envolvido no planeamento da integração deverá, regra geral, ser pessoal que se encontra afeto ao tipo de atividade de planeamento estratégico que ambas as partes desenvolvem, por contraste ao pessoal meramente operativo.

As partes poderão estabelecer equipas comuns de projeto, mas as respetivas atividades deverão ser restritas ao planeamento do que sucederá já no período “*post-closing*”. Dever-se-á sempre evitar, no presente imediato, a adoção de qualquer medida de implementação. Neste sentido, a intervenção dos assessores jurídicos externos e independentes para gerir a documentação partilhada entre as partes e supervisionar o planeamento da operação é sempre recomendável. As partes deverão outrossim adotar medidas que facilitem a destruição ou devolução de documentos na hipótese de a transação ser malograda.

2.6 Após a implementação da transação

Estando em causa uma mera aquisição, uma vez autorizada e consumada a transação o comprador e o *target* passarão a formar parte do mesmo grupo empresarial e, portanto, da mesma unidade económica, pelo que ficam autorizados, ao abrigo do direito da concorrência, a partilhar informação sensível. Exceção feita, naturalmente, às situações em que esteja em causa a venda de uma parte do negócio e em que o vendedor e a entidade que resulta da operação permaneçam como empresas distintas – nestes casos a proibição de partilha de informação sensível continuará, *ex post*, a ser aplicável a ambos.

A situação poderá ser mais complexa quando esteja em causa a criação de uma empresa comum ou a aquisição de uma participação minoritária que não conceda controlo sobre o *target*.

Na primeira hipótese, a empresa comum não deverá ser utilizada pelas suas empresas-mãe como um veículo para a partilha de informação sensível. No que respeita ao fluxo de informação entre uma empresa-mãe e a empresa comum, a sua licitude jusconcorrencial dependerá muito do contexto subjacente, nomeadamente da circunstância de as empresas-mãe serem concorrentes atuais ou potenciais da empresa comum e de esta ter sido objeto de notificação à autoridade de concorrência competente ao abrigo das regras de controlo de operações de concentração. Nesta última hipótese, importa considerar se a partilha de informação em causa se compreende no âmbito da autorização concedida. Aqui também, é imperativo a consideração de mecanismos de salvaguarda que protejam as partes de uma eventual infração às regras da concorrência.

No caso da aquisição de participações minoritárias que não concedam controlo, o comprador e o *target* permanecem como empresas independentes. Na medida em que estas entidades possam considerar-se como concorrentes atuais ou potenciais, elas terão de continuar a assegurar o *compliance* com as regras do direito da concorrência e, em particular, com o regime de proibição de trocas de informação sensível. Uma vez mais, também aqui, é necessário que as partes coloquem em prática procedimentos que permitam minimizar o risco de incumprimento.

3. Conclusão

A partilha de informação sensível entre empresas que se possam considerar, para efeitos jusconcorrenciais, como concorrentes atuais ou potenciais pode atrair consequências extremamente graves e onerosas, incluindo a aplicação de coimas de elevado valor (com um limite de 10% sobre o volume de faturação de cada uma das partes envolvidas no exercício transato) e a sujeição a ações judiciais indemnizatórias. As empresas partes de uma operação de concentração deverão estar cientes das regras de concorrência aplicáveis e estruturarem a operação de forma conforme.

Estando a operação projetada sujeita a notificação obrigatória a uma autoridade de concorrência, as partes contraentes, e concorrentes, deverão sempre observar uma diretriz fundamental: não tomar qualquer iniciativa que comprometa a sua posição competitiva/concorrencial na eventualidade de a transação não ser, a final, consumada. As partes não devem coordenar (mesmo que informalmente) as suas respetivas atividades comerciais. Ambas deverão continuar a atuar como se os seus respetivos negócios fossem continuar, no futuro previsível, a ser geridos de forma estrategicamente independente e autónoma. As partes não deverão, sob circunstância alguma, e antes de autorizada e consumada a transação, utilizar informação sensível que possam ter recebido da sua contraparte para efeito da definição das suas próprias decisões de gestão comercial.

Dado que as transgressões ao direito da concorrência poderão resultar, inclusivamente, da conduta de um único funcionário ou colaborador da empresa, a partilha de informação sensível constitui, em última análise, uma questão de *compliance*, onerando as empresas com a obrigação de fornecer a todos que com ela colaborem, de uma forma relevante, uma formação adequada e de adotar procedimentos claros e objetivos quanto à forma como a informação sensível pode ser disseminada.