



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Análise às limitações da política de concorrência no combate aos cartéis

Reflexão sobre a dissuasão

Bárbara Joana Almeida Pereira

Mestrado em Direito e Gestão
Faculdade de Direito | Escola do Porto
2020

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Análise às limitações da política de concorrência no combate aos cartéis

Reflexão sobre a dissuasão

Bárbara Joana Almeida Pereira

Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão sob a orientação do Professor Doutor Nuno Francisco de Sá e Melo de Castro Marques

Mestrado em Direito e Gestão
Faculdade de Direito | Escola do Porto
2020

Dedicatória

Aos meus pais e à Francisca, eternos companheiros, pelo amor incondicional e refúgio nas dificuldades e no alcance de todos os meus sonhos.

Ao Gonçalo, pelo incansável apoio, paciência, conforto e boa-disposição que alegra todos os meus dias.

Às minhas amigas, pelas escapadelas e horas ausentes.

Agradecimentos

Um agradecimento especial ao Professor Doutor Nuno Castro Marques, pelas funções de orientador e pelo constante acompanhamento e disponibilidade nos momentos de realização desta dissertação de mestrado. Teria sido impossível a conclusão deste trabalho sem o seu incansável auxílio e motivação.

Também à Universidade Católica do Porto, um agradecimento pelo acolhimento ao longo destes anos, que me permitiram uma formação e preparação de excelência para a realidade profissional cada vez mais exigente.

Resumo

O presente trabalho trata da análise às limitações da política de concorrência relativamente ao combate aos cartéis na União Europeia.

Partindo da análise dos objetivos da lei da concorrência e do conceito de cartel, bem como da sua proibição pelo direito da concorrência, é efetuada uma reflexão sobre as medidas adotadas pelas autoridades da concorrência na prevenção de comportamentos anti-concorrenciais e sobre a sua eficácia na dissuasão dos comportamentos ilícitos. Através de um estudo doutrinal, é também efetuada uma análise de mecanismos que poderiam contribuir para melhorar a dissuasão e, conseqüentemente, conduzir a uma diminuição do aparecimento de cartéis.

Palavras-chave: concorrência, comportamentos anti-concorrenciais, cartel, dissuasão.

Abstract

This work seeks to analyse the limitations of the antitrust policy in the fight against cartels in the European Union.

Starting from the analysis of the antitrust objectives and the concept of cartel, as so its prohibition by the competition law, a reflection regarding the measures adopted by the antitrust authorities in the prevention of antitrust violations is conducted, and its efficiency in deterring unlawful behaviours evaluated. Furthermore, an analysis of different mechanisms that could be employed to extinguish cartel activity is performed, with the support of a thoroughly literature review.

Keywords: competition, antitrust violations, cartel, deterrence.

Índice

Introdução.....	9
Objetivos do direito da concorrência na União Europeia	10
O conceito de cartel.....	14
Enquadramento jurisprudencial e doutrinal	14
Perspetiva económica	16
Análise do artigo 101º do TFUE	18
Combate aos cartéis.....	20
Instrumentos utilizados no combate aos cartéis na UE	20
Importância da dissuasão na prevenção dos cartéis – reflexões económicas sobre a dissuasão	24
Considerações sobre a eficiência das medidas aplicadas no combate aos cartéis.....	29
Análise doutrinal de medidas que podem ser adotadas para um combate mais eficiente a esta prática restritiva da concorrência	32
Conclusão	36
Bibliografia	39
Lista de jurisprudência.....	43
Comunicações e Regulamentos	44

Lista de Abreviaturas

Art. – Artigo

Cfr. – Confrontar

Comissão – Comissão Europeia

DEC – Direito Europeu da Concorrência

EUA – Estados Unidos da América

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Pág. – Página

Par. – Parágrafo

Proc. – Processo

Pto. – Ponto

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

Introdução

Numa realidade económica cada vez mais harmonizada entre os Estados-membros da União Europeia (UE), a concorrência e a regulação devem estar orientadas e ao serviço de um objetivo de distribuição de oportunidades justo e equitativo. Os agentes económicos, nomeadamente as empresas, atuam no mercado com o objetivo de maximizar os lucros provenientes da sua atividade. Existe uma sólida liberdade de atuação económica para permitir que as empresas se desenvolvam financeiramente e estejam preparadas para dar resposta às constantes evoluções que são verificadas na sociedade. Contudo, esta liberdade de atuação permite que, em alguns casos, as empresas optem por formas de obtenção de lucro mais fáceis e rápidas. Nesta senda, assiste-se à adoção de comportamentos ilícitos.

Os cartéis constituem um exemplo destas práticas anti-concorrenciais, uma vez que encontram a sua estratégia económica em condutas como a combinação de preços entre concorrentes, a divisão de mercados, entre outras, que se traduzem numa diminuição da concorrência e num menor número de escolhas para os consumidores. Estas práticas restritivas são proibidas pelo direito da concorrência e fortemente sancionadas pelas autoridades. Torna-se então necessário controlar os efeitos que acarretam e que colocam em causa o bom funcionamento do mercado e do bem-estar social da comunidade.

Nesta dissertação, de um modo inicial, propomo-nos a analisar os objetivos da política de concorrência, bem como o conceito de cartel e o impacto negativo que este acarreta para o mercado e que, conseqüentemente, conduz à sua proibição pelo direito da concorrência. Posteriormente, iremos focar-nos no modo como as autoridades da concorrência se dedicam a combater estes comportamentos anti-concorrenciais, nomeadamente nos instrumentos que a Comissão Europeia (Comissão) utiliza para os detetar e penalizar. Consideramos a dissuasão, a ferramenta chave para eliminar estas condutas ilícitas, já que se o impacto das ações levadas a cabo pela política de concorrência for positivo, será alcançado um maior nível de dissuasão e conseqüentemente, uma maior prevenção no surgimento de cartéis. Por conseguinte, iremos analisar esta importância da dissuasão e de que forma as medidas aplicadas contribuem para que a mesma seja considerada eficaz. Por fim, não poderemos deixar de referir outras medidas que poderiam contribuir para um aumento da dissuasão, caso fossem adotadas na UE.

Objetivos do direito da concorrência na União Europeia

O ordenamento pioneiro da aplicação do direito da concorrência é o dos Estados Unidos da América (EUA), sendo que é junto deste que o Direito Europeu da Concorrência (DEC) retira, por vezes, inspiração¹. Contudo, esta importação de normas de concorrência dos EUA pela UE não é defendida por toda a doutrina, existindo críticas apontadas por alguns autores². O DEC para além de ter sido influenciado pela intervenção norte-americana em território europeu no pós Segunda Guerra Mundial, teve também uma influência do Ordoliberalismo alemão da Escola de Freiburg³. Esta Escola de pensamento assentava na defesa da pessoa humana e da sua liberdade individual e de atuação económica, enquanto instrumentos fundamentais a serem utilizados em condutas que permitam o bom funcionamento do mercado⁴.

Foi com a assinatura do Tratado de Roma e com o estabelecimento da Comunidade Económica Europeia que o direito da concorrência ganhou efetiva importância na Europa, surgindo neste contexto a defesa da concorrência, que pretende assegurar que a mesma não se torne distorcida no mercado. O artigo (art.) 2º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia estabelecia o objetivo de “promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso das atividades económicas, um crescimento contínuo e equilibrado, uma maior estabilidade, o aumento acelerado do nível de vida e relações mais estreitas (...)”. O art. 3º, do mesmo Tratado, abordava a urgência em estabelecer “Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.

Atualmente, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece um conjunto de regras que urge dar resposta à necessidade de existir no mercado uma concorrência onde domine o respeito pela liberdade de atuação económica, desprovida da adoção de condutas que a restrinjam. Os art. 101º e 102º do TFUE visam o estabelecimento de

¹ Confrontar (Cfr.) Sofia Pais, 2011, página (pág.) 63 e Nuno Marques, 2019, pág. 27-28.

² Barry Rodger, 2000, pág. 328, fez uma *review* do livro *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* de David Gerber, 1998, onde afirma que o discurso utilizado por Gerber no seu livro é baseado num paradigma de concorrência americana e não ajuda a perceber o desenvolvimento da concorrência na Europa. Também Bruce Owen, 2004, pág. 442-443, fez uma *review* do livro *Competition Policy for Small Market Economies* de Michal Gal, 2003, onde enumera os problemas, referidos por Gal, que surgem com a importação das normas americanas relativas à concorrência. Estes problemas passam pelo facto de as regras americanas poderem ser inapropriadas noutras economias e pelos mercados serem diferentes, bem como os sistemas legais.

³ Cfr. Nuno Marques, 2019, pág. 29.

⁴ Michal Gal, 2004, pág. 364, refere que a ideologia Ordoliberal defende a importância do seguimento de uma conduta económica que limite a convergência do poder económico privado, no melhor interesse de uma ordem política e social onde vigore a justiça e a liberdade.

uma sã concorrência entre as empresas, sendo necessária a satisfação de determinados objetivos como o alcance da eficiência económica⁵.

Primeiramente, a política de concorrência considerou essencial a construção do seu pilar principal, a criação de um mercado comum – mercado único europeu, tornando possível a integração económica, promovida através da livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais e, também, através da concorrência. A integração europeia mostra-se assim como uma das maiores finalidades da lei da concorrência⁶. O Tribunal de Justiça no acórdão *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Comissão* referiu que os acordos que restrinjam a concorrência são contrários à norma do 101º do TFUE e, conseqüentemente, não estão em conformidade com o objetivo de integração dos mercados nacionais⁷.

Com a modernização do DEC, além da ambição da constituição do mercado único, a Comissão considerou importante a satisfação de interesses económicos. No contexto americano, modelo de referência para a UE, existiu alguma divergência doutrinal neste âmbito. Richard Posner, da Escola de Chicago, considera que a lei da concorrência se deve centrar essencialmente em valores económicos, como a promoção da eficiência económica⁸. Por outro lado, autores como Robert Pitofsky, da Escola de Harvard, sugerem que a política de concorrência deve visar valores não económicos, mais direcionados para interesses políticos, designadamente a proteção da liberdade individual na dimensão económica, mas também política⁹. De acordo com esta visão de Robert Pitofsky, as leis da concorrência, segundo

⁵ Vilfredo Pareto foi um economista que contribuiu para o estudo da eficiência económica. De acordo com Gangadharrao Maddala e Ellen Miller, 1989, pág. 246, a definição de eficiência de Vilfredo Pareto, passa por considerar uma situação como sendo eficiente quando não é possível aumentar o bem-estar de dado agente económico sem diminuir ou prejudicar o de outro. Quando estamos nesta situação, denominamo-la como “ótimo de Pareto”.

⁶ A aplicação do direito da concorrência não pode ser alterada consoante o país onde este está a ser aplicado, sendo que desta forma vigora o primado, ou seja, sempre que em disputa de interesses deverá prevalecer a lei da UE face a qualquer lei nacional. De acordo com o processo (proc.) C – 6/64, acórdão Flaminio Costa c. ENEL, 1964, pág. 555, a integração europeia tem por “corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor”.

⁷ Cfr. Proc. T – 168/01, acórdão *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Comissão*, 2006, ponto (pto.) 2.

⁸ William Baxter, 1977, pág. 609, fez uma *review* do livro *Antitrust Law: An Economic Perspective* de Richard Posner, 1976, onde referiu que Posner considera que a lei da concorrência deve minimizar o custo social inerente à adoção de comportamentos anti-concorrenciais. Robert Bork, um líder da Escola de Chicago, de acordo com Robert Lande, 1999, pág. 950, acredita que uma orientação exclusivamente focada na eficiência económica seria administrável e, conseqüentemente, as leis da concorrência deveriam ser interpretadas como meios para conseguir essa eficiência. Robert Lande, 1999, pág. 961, por seu lado, considera que as leis da concorrência são uma forma de proteger os consumidores do pagamento de preços excessivos derivados dos comportamentos anti-concorrenciais.

⁹ Robert Pitofsky, 2006, pág. 128, afirma que a exclusão de certos valores políticos na interpretação das leis da concorrência é sinónimo de uma lei e política precária.

Giuliano Amato, deverão controlar e fiscalizar a atuação de um indivíduo no mercado, por forma a detetar possíveis abusos¹⁰.

Apesar de não existir consenso doutrinal no que diz respeito aos vários valores visados pela defesa da concorrência, existe uma anuência no que se refere à necessidade de identificação clara dos seus objetivos¹¹.

No que diz respeito aos fundamentos políticos para a consagração das normas de defesa da concorrência, podem citar-se a necessidade de controlar o poder económico e a construção e defesa do mercado interno, a salvaguarda da liberdade dos indivíduos e da empresa, a redistribuição da riqueza e proteção dos consumidores¹². Relativamente ao controlo do poder económico e à construção e defesa do mercado interno, há que salientar que todo o TFUE e, conseqüentemente, a integração europeia, visam um modelo de economia de mercado no qual é incontestável a urgência em adotar uma concorrência que proteja tanto o mercado interno, como a integração. No que tange a salvaguarda da liberdade dos indivíduos e da empresa, concordamos que a mesma se apresenta como uma condição fundamental para o funcionamento da economia em concorrência, contudo esta deverá ser delimitada de forma a evitar a existência de abusos de poder. Na UE, podemos fazer referência ao Ordoliberalismo, sendo que esta Escola, como já referido anteriormente, colocou a liberdade do indivíduo como valor fundamental da sua atuação. Também a Escola Austríaca deve ser aqui citada, caracterizando-se pela defesa de um regime económico com ideais de justiça e liberdade. Este último regime foi implementado no período imediatamente após a Segunda Guerra Mundial e considerava que a intervenção do Estado deveria ser mínima e limitar-se a controlar e a regular as condutas económicas por forma a evitar injustiças¹³. A redistribuição da riqueza é abordada

¹⁰ Barry Hawk, 1997, pág. 1670-1675, fez uma *review* do livro *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market* de Giuliano Amato, 1997, referindo que Amato considera que a política de concorrência se baseia em duas ideias em conflito. A primeira assenta no facto de que a política de concorrência deverá ser encarada como uma supremacia do poder estatal, devendo situar-se acima de todos os poderes individuais de cada indivíduo. A segunda baseia-se numa ideologia de concorrência, que considera o poder privado uma corrupção da liberdade.

¹¹ Frank Easterbrook, 2000, pág. 1, afirma que sem essa clareza, os objetivos podem chegar a interferir com a concorrência.

¹² Cfr. Miguel Moura e Silva, 2008, pág. 10-14. Também Nuno Marques, 2019, pág. 58-83, adotou as mesmas razões para justificar os fundamentos políticos.

¹³ Oles Andriychuk, 2010, pág. 581-583, considera que o pensamento da Escola Austríaca e o da Escola do Ordoliberalismo se difere no que diz respeito à percepção de qual deverá ser o papel da concorrência na vida económica e nos mecanismos utilizados para a sua promoção e proteção. A Escola Austríaca encara a concorrência como um processo de interação espontânea, onde a intervenção do Estado deverá ser mínima, considerando que o mercado não poderá desenvolver-se se estiver constantemente a ser fiscalizado pelas autoridades estatais. A Escola Ordoliberal adota uma visão mais cética relativamente à capacidade da economia para se auto-regular. Para os defensores desta Escola, a concorrência não será bem sucedida caso não exista uma forte intervenção do Estado na prevenção de condutas restritivas. Para eles a concorrência é frágil e vulnerável, devendo o Estado ter um papel ativo. Para além disto, já que qualquer agente económico tem direito a entrar no mercado e concorrer, a

por autores como Robert Pitofsky, que como já referido anteriormente, defende a proteção da liberdade individual, atribuindo especial atenção a questões de justiça e equidade relativamente a oportunidades de mercado para negócios pequenos¹⁴. Robert Lande, considera que o objetivo primordial das leis da concorrência não é a eficiência económica, mas sim o impedimento de empresas com poder de mercado forçarem os consumidores a pagar mais pelos bens e serviços pretendidos. Assim, o autor defende que a lei da concorrência deverá impedir transferência de bem-estar dos consumidores para as empresas. Esta visão corrobora o ideal de justiça e de equidade¹⁵.

Por fim, cabe justificar a proteção dos consumidores como um fundamento político para a consagração das normas da concorrência. De acordo com Mario Monti, o objetivo da política de concorrência deve servir como sendo a procura do bem-estar dos consumidores, mantendo a concorrência no mercado único. A concorrência deverá conduzir a preços mais baixos e a uma maior possibilidade de escolha de produtos¹⁶.

Escola Ordoliberal considera também que a estrutura de mercado é um fator extremamente importante, sendo bastante apreensiva a atividades de monopólios e cartéis. Por outro lado, a Escola Austríaca considera que se deve ser mais tolerante relativamente a estas atividades, pois encara-as como fruto natural da atividade económica dos mercados. Assim, os Ordoliberais focam-se na proteção dos direitos individuais dos agentes mais fracos, enquanto que os Austríacos esforçam-se por promover os direitos individuais dos agentes mais fortes. Por fim, o autor refere que a Escola Austríaca considera que os princípios do individualismo na economia, a longo-prazo, são capazes de trazer benefícios para toda a sociedade. Contudo, na perspetiva dos Ordoliberais, a liberdade concorrencial como sendo um direito coletivo, deve ser predeterminada de acordo com elementos redistributivos, o que requer algum controlo regulatório.

¹⁴ Robert Pitofsky, 2006, pág. 129-130, defende que as autoridades da concorrência devem zelar pelo bem-estar dos negócios mais pequenos em relação aos desafios concorrenciais que estes enfrentam contra negócios de maior dimensão, através de um sistema que faculte oportunidades de acesso ao mercado sem discriminar. Segundo Laura Parret, 2010, pág. 354-355, os conceitos de justiça e equidade deverão estar presentes no direito da concorrência, já que constituem objetivos de qualquer direito, sendo estes conseguidos através do valor da redistribuição. A autora descreve o conceito de justiça e equidade como sendo a “chave” para todas as empresas terem acesso às mesmas oportunidades, independentemente das suas dimensões e poderes de mercado. As visões destes dois autores são semelhantes, uma vez que consideram que a concorrência, como processo, deve ser justa no sentido de garantir o acesso à oportunidade de concorrer.

¹⁵ Cfr. Robert Lande, 1989, pág. 631.

¹⁶ Cfr. Mario Monti, 2000, pág. 8.

O conceito de cartel

Enquadramento jurisprudencial e doutrinal

O pto. 1 da Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, define por cartel os:

(...) acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objectivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou de outras condições de transacção, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes. Estas práticas figuram entre as infrações mais graves ao disposto no artigo 81^o do Tratado CE.¹⁸

Esta definição foi também adotada pela Diretiva nº 2014/104/UE¹⁹.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), por seu lado, apresentou uma definição sobre *hard core cartels*²⁰ (cartéis injustificáveis) na sua recomendação de 1998:

(...) acordo, prática concertada ou “arranjo” entre concorrentes, para fixar preços, apresentar propostas combinadas (conluio em concursos públicos), estabelecer restrições à produção ou quotas, ou partilhar ou dividir mercados pela atribuição de clientes, fornecedores, territórios ou áreas de atividade.²¹

Na definição da Comunicação da Comissão e da Diretiva nº 2014/104/UE o conceito de cartel é empregue tendo em consideração o objetivo da conduta, enquanto que na definição da OCDE é apenas feita referência aos instrumentos que a caracterizam.

Miguel Moura e Silva considera que deveria ter existido uma referência ao carácter secreto que caracteriza as atividades de cartel. Concordamos com esta visão, especialmente na definição da Comunicação da Comissão, visto que a mesma trata da imunidade e redução da coima. Este benefício que é dado aos membros participantes num cartel acontece precisamente

¹⁷ Atual art. 101º do TFUE.

¹⁸ Cfr. pto. 1 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).

¹⁹ Cfr. art. 2º, alínea 14 da Diretiva nº 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia.

²⁰ Dentro do conceito de cartel são considerados os mais graves.

²¹ Cfr. Recomendação do Conselho da OCDE relativa a ações efetivas contra *hard core cartels*, 1998, pág. 2 (disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>).

por ele ser secreto. Se o mesmo não o fosse, o facto de as partes ajudarem a provar a sua existência não teria grande relevância para as autoridades da concorrência, já que elas próprias facilmente o detetavam²².

No acórdão *ACF Chemiefarma NV c. Comissão* temos uma definição de acordo: “a expressão fiel da vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento no mercado comum”²³. As partes envolvidas prescindem da sua liberdade de atuação individual e adotam comportamentos conjuntos com base em linhas de ação combinadas.

O acordo não tem de ser considerado vinculativo, uma vez que não necessita de respeitar os formalismos que tenham por base regras de construção enumeradas no direito civil. Normalmente, os participantes têm consciência da ilicitude dos seus atos, logo dar-lhe uma configuração formal seria arriscado²⁴.

Os “arranjos” entre concorrentes são também acordos, não sendo portanto relevante que careçam de vinculatividade formal entre os participantes.

Uma prática concertada encontra a sua definição no acórdão *Imperial Chemical Industries Ltd c. Comissão*, sendo:

*(...) uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração duma convenção propriamente dita, substitui cientemente uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência. (...) a prática concertada não reúne assim todos os elementos de um acordo, podendo todavia resultar, nomeadamente, de uma coordenação que se manifesta pelo comportamento dos participantes. Embora um paralelismo de comportamento não possa, por si só, identificar uma prática concertada, é contudo susceptível de constituir um indício sério da mesma (...). Tal é nomeadamente o caso quando o comportamento paralelo é susceptível de permitir aos interessados a procura de um equilíbrio dos preços a um nível diferente daquele que teria resultado da concorrência (...)*²⁵

²² Cfr. Miguel Moura e Silva, 2018, pág. 631.

²³ Cfr. Proc. C – 41/69, acórdão *ACF Chemiefarma NV c. Comissão*, 1970, pto. 112. Também no proc. C – 195/91 P, acórdão *Bayer AG c. Comissão*, 1994, pto. 92, é referido que para existir acordo “(...) basta que as empresas em causa tenham expressado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de determinado modo.” Posteriormente, no proc. C – 49/92 P, acórdão *Comissão c. Anic Partecipazioni SpA*, 1999, pto. 40, reitera-se o mesmo “(...) basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada.”

²⁴ Cfr. Nuno Marques, 2019, pág. 186. Também Miguel Moura e Silva, 2007, pág. 40-41, abordou esta questão, tendo especificamente dado o exemplo das atividades de cartéis.

²⁵ Cfr. Proc. C – 48/69, acórdão *Imperial Chemical Industries Ltd c. Comissão*, 1972, pto. 64-67. Também no proc. C – 40/73, acórdão *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA c. Comissão*, 1975, pto. 26, é referido que uma prática concertada “visa uma forma de coordenação entre empresas que, (...) substitui conscientemente uma cooperação prática entre elas em relação aos riscos da concorrência, cooperação que conduz a condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado (...)”. Posteriormente no proc. C – 49/92 P, acórdão *Comissão c. Anic Partecipazioni SpA*, 1999, pto. 41, o conceito de prática concertada aparece da seguinte forma: “Anic participou em reuniões que tinham como objecto a fixação de objectivos de preços e de volumes de vendas e que incluíam trocas de informações entre concorrentes sobre essa matéria, tendo, portanto, participado numa acção concertada (...)”.

Como é resultado da jurisprudência citada, compreendemos que para estarmos perante uma prática concertada é necessário que exista uma forma de coordenação entre empresas que tenha como objetivo promover um efeito anti-concorrencial.

Existem ainda autores que deram significado ao conceito de cartel, nomeadamente John Connor que referiu que este consiste numa colusão de duas ou mais empresas legalmente independentes que, explicitamente, decidem coordenar os seus preços com o propósito de fazer aumentar lucros²⁶. Murray Rothbard definiu o conceito como sendo uma cooperação que permite aos produtores aumentar os seus lucros²⁷. Mario Monti, considera que os cartéis são essencialmente acordos que servem para limitar a produção com o objetivo de aumentar preços e lucros²⁸.

Perspetiva económica

A decisão de formar um cartel proporciona aos agentes económicos participantes a obtenção de lucros superiores àqueles que seriam adquiridos caso o mercado estivesse numa situação de funcionamento regular²⁹. Os cartéis prejudicam os consumidores e têm efeitos negativos na eficiência da economia. Os preços sobem, sendo fixados acima do nível médio de preços que deve vigorar num mercado onde existe concorrência, levando os consumidores a

²⁶ Cfr. John Connor, 2008, pág. 21.

²⁷ Cfr. Murray Rothbard, 2009, pág. 643.

²⁸ Cfr. Mario Monti, 2000, pág. 2.

²⁹ Esta questão do funcionamento regular do mercado teve origens no pensamento clássico em autores como Adam Smith. Ele aborda um mercado cujo poder individual de cada empresa é relativamente reduzido, sendo que a prossecução do interesse próprio é regulamentada pela existência de concorrência. No seu livro *Riqueza das Nações*, 1950, pág. 162-163, traduzido do original *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, o autor explica que o preço de mercado é determinado pela relação entre a quantidade do produto que é colocada no mercado e pela procura efetiva. Refere que a quantidade de cada bem se ajusta naturalmente à procura efetiva, sendo do interesse de todos que a quantidade do produto nunca exceda a sua procura efetiva e também nunca seja inferior a essa procura. Indica assim, que a atividade total anualmente empregada tem o objetivo de colocar no mercado exatamente a quantidade necessária para suprir a procura. Mais tarde, com o pensamento neoclássico, foi assumido o pressuposto de que os agentes económicos otimizam o seu nível de utilidade e que existe um estado de equilíbrio. Os estudos de Léon Walras, fazem parte desta corrente de pensamento, sendo que na sua obra *Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura*, 1996, pág. 120, traduzida do original *Abrégé des Éléments d'Économie Politique Pure*, 1938, é admitido o pressuposto do equilíbrio perfeito ou geral. De acordo com o autor, a oferta e a procura estarão em situação de equilíbrio geral quando a configuração de preços permitir que exista igualdade entre as quantidades oferecidas e procuradas em todos os mercados. O conceito de equilíbrio perfeito foi posteriormente utilizado por vários economistas ao longo dos anos, de modo a descrever uma situação económica onde a procura e a oferta estão em harmonia. Paul Krugman e Robin Wells, 2018, pág. 352-353, consideram que têm de existir duas condições necessárias para que se possa considerar que o mercado está em concorrência perfeita. A primeira é que deverão existir vários produtores, sendo que nenhum deles deverá ter uma quota de mercado demasiado elevada e a segunda é que os consumidores considerem todos os produtos equivalentes. Para além disso, os autores afirmam também que num mercado onde vigore a concorrência perfeita, nem as decisões de consumo de consumidores individuais, nem as decisões de produção de produtores individuais, deverão afetar o preço de mercado de um bem.

terem de optar entre o pagamento do preço demasiado alto ou o não consumo do bem, apesar de o desejarem³⁰.

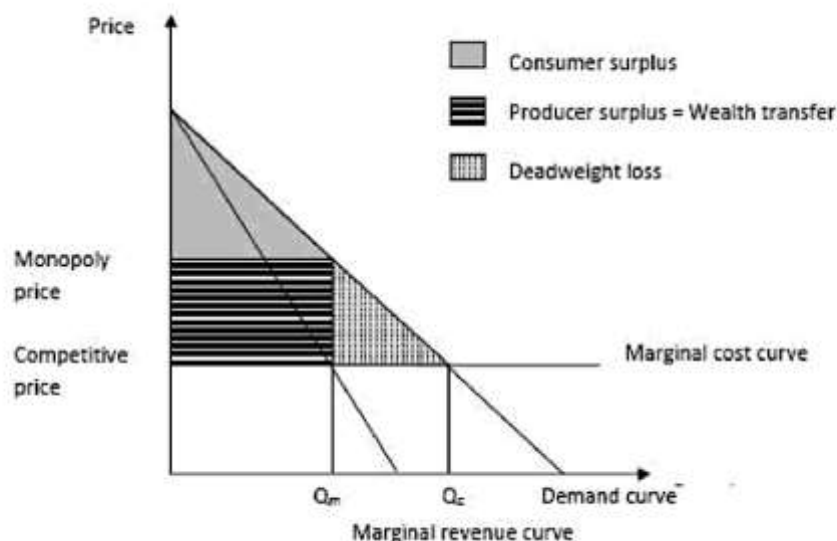


Gráfico 1 - Efeitos do monopólio no bem-estar social

(Fonte: Pinar Akman, 2012)

A teoria económica faz referência a duas estruturas de modelos de mercado. Uma caracterizada pela existência de concorrência, composta por empresas semelhantes, não detendo nenhuma delas poder para afetar o preço dos bens e/ou serviços que se encontrem em vigor no mercado. A outra representa o modelo monopolista, constituído por apenas uma empresa, que exerce controlo total no mercado³¹. No gráfico acima, temos uma representação dos efeitos que o modelo monopolista acarreta para a sociedade. Apesar de um monopólio não corresponder a um cartel, podemos considerar que os efeitos das suas atuações no mercado são semelhantes. Quando o mercado se encontra em concorrência, os produtos são produzidos a um preço que iguala o custo marginal de produção³². Com a criação de um cartel, as empresas participantes fazem subir os preços dos produtos para, conseqüentemente, aumentar lucros. O aumento dos preços normalmente resulta numa diminuição da procura do produto por parte dos consumidores, logo a quantidade vendida diminui, o que gera uma perda de eficiência

³⁰ Cfr. Alison Jones e Brenda Sufrin, 2016, pág. 651.

³¹ Cfr. Michal Gal, 2004, pág. 343-344.

³² O custo marginal representa o valor da mudança que ocorre no custo total quando é produzida mais uma unidade de um bem. Numa situação de cartel os preços acabam por ser fixados acima deste custo, sendo através disso que a empresa irá gerar mais lucro.

económica³³. A área designada de “consumer surplus” corresponde ao excedente do consumidor, sendo delimitada pelo valor máximo do preço que um consumidor está disposto a pagar por um produto e, por aquilo, que ele efetivamente paga. Assim, num cenário de concorrência, o excedente do consumidor corresponderia a toda a área do triângulo grande representado no gráfico. Como estamos perante uma situação de monopólio (ou cartel), o excedente do consumidor diminui, sendo agora delimitado pelo novo preço (mais alto que o anterior). Assim surge o “producer surplus”, excedente do produtor, que corresponde ao benefício que o monopólio (ou cartel) obtém com a venda dos produtos a um preço superior ao que deve vigorar no mercado. A zona designada de “deadweight loss” retrata o prejuízo para a sociedade pela não existência de concorrência, já que os consumidores estariam dispostos a comprar produtos a um preço mais baixo daquele definido pelo monopólio (ou cartel), mas ainda assim um preço a que este último estaria disposto a vender.

Análise do artigo 101º do TFUE

A Comissão deverá zelar pela manutenção de uma concorrência eficiente, sendo que o art. 101º do TFUE constitui uma ferramenta de avaliação fundamental. Destarte, são proibidos pelo art. 101º, nº 1 do TFUE:

(...) Todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra e venda, ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de investimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.³⁴*

³³ A perda de eficiência económica acontece quando o mercado não está em situação de concorrência perfeita. Laura Parret, 2010, pág. 349-350, considera que a eficiência económica é vista como o objetivo geral das autoridades da concorrência. Segundo a autora, a referência à eficiência na doutrina poderá significar a eficiente alocação de todos os recursos ou ainda a eficiência de uma empresa em particular, em assegurar-se que está a explorar todas as economias de escala e tecnologia e que está a cortar os custos desnecessários.

³⁴ Cfr. art. 101º, nº 1 do TFUE.

O nº 2 do mesmo art. confere a nulidade de pleno direito, sendo consideradas nulas as práticas que mostrem corresponder aos requisitos enumerados pelo nº 1.

Nos casos em que seja verificado o contrário ao que é referido no nº 1 do art. 101º e se assista a efeitos benéficos no mercado, as disposições poderão não se aplicar, nomeadamente:

- (...) – *a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,*
– *a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e*
– *a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,*
que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contando que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
a) *Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;*
b) *Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*³⁵

Os requisitos enunciados no nº 3 do art. 101º do TFUE são cumulativos, bastando um deles não estar preenchido para que se conclua pela não existência de qualquer benefício económico, nomeadamente para os consumidores.

Os chamados *hard core cartels* atuam através de comportamentos que visam a restrição da concorrência, nomeadamente através da fixação de preços, restrições de produção e/ou partilha de mercados entre os membros participantes³⁶. De todas as formas restritivas da concorrência, o cartel representa o tipo de acordo, que de um modo mais brutal, contradiz o princípio da livre concorrência no mercado, uma vez que as empresas operam no mercado de forma pretensamente ilegal³⁷. De acordo com Mario Monti, os cartéis são considerados “cancros” no mercado económico, na medida em que destroem a concorrência e causam sérios prejuízos aos consumidores. O autor considera que eles se diferem de outras práticas restritivas da concorrência, ao não produzirem qualquer benefício que contrabalance o prejuízo que acarretam para a economia³⁸. Destarte, a adoção de condutas de cartel não poderá nunca ser justificada com a norma 3 do art. 101º do TFUE.

³⁵ Cfr. art. 101º, nº 3 do TFUE.

³⁶ Cfr. Alison Jones e Brenda Sufrin, 2016, pág. 662-670.

³⁷ Cfr. Proc. C – 68/12, acórdão Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s., 2013, pto. 14.

³⁸ Cfr. Mario Monti, 2000, pág. 2.

Combate aos cartéis

Instrumentos utilizados no combate aos cartéis na UE

A política de concorrência dedica-se a três tarefas fundamentais, clarificar o conteúdo daquilo que está a ser proibido, prevenir antecipadamente que existam violações ao que está a ser proibido e lidar com as consequências das violações quando estas ocorrem³⁹.

No que se refere ao conteúdo da proibição, este encontra a sua origem nos art. 101º e 102º do TFUE sendo, posteriormente considerado, aquilo que é decidido em cada caso concreto e individual.

Relativamente à prevenção de violações, a política de concorrência deverá começar por se questionar em que tipo de situações é que um agente económico é mais induzido a envolver-se em condutas restritivas, quando é que tem oportunidades para o fazer e em que circunstâncias. O agente económico apenas irá cometer a violação caso considere que os benefícios esperados irão exceder os custos sobrecarregados pela conduta ilícita, tornando-a monetariamente compensadora⁴⁰. Pode então alegar-se que para prevenir violações é necessário reduzir as oportunidades para as cometer, sendo que isto poderá ser conseguido através de um sistema de prevenção onde vigore uma intervenção *ex ante*⁴¹. Para além disso, torna-se igualmente importante reduzir a vontade do agente em recorrer à violação. Nesta senda, as autoridades da concorrência deverão apostar em mecanismos que obriguem ao cumprimento das regras do DEC, nomeadamente tornando públicas as infrações, de modo a criar um efeito de dissuasão naqueles que recorreram à conduta ilícita, penalizando-os, mas também naqueles que ponderarem fazê-lo.

Quando existem violações, a Comissão penaliza os agentes económicos através de coimas, não vigorando um sistema penal, ao contrário do que acontece nos EUA, mas sim um

³⁹ Estes três papéis são referidos por Wouter P. J. Wils, 2008, pág. 50-53.

⁴⁰ Esta questão irá ser analisada mais à frente em conformidade com as considerações económicas sobre a dissuasão da atividade de cartéis e a coima ótima.

⁴¹ Kai Hüschelrath, 2010, pág. 523, refere que existem diferentes maneiras para as autoridades da concorrência prevenirem a formação de cartéis através de medidas *ex ante*. Uma delas é através da criação antecipada de uma “lista negra” que especifique os tipos de conduta que pertencem à definição de *hard core cartels*. Contudo, existem limites à eficácia do uso desta lista, nomeadamente pelo facto de ela se limitar aos casos de empresas que não estão bem informadas acerca da ilicitude da sua conduta, desistindo de a adotar após o estudo da referida lista. Não estão aqui abrangidas as empresas que têm plena consciência da ilicitude da sua atividade. Por outro lado, o autor também frisa a importância de uma identificação antecipada da comunicação entre concorrentes que tenha indícios de uma prática de cartel, devendo por isso fazer parte da “lista negra”. O autor propõe proibir comunicação que demonstre facilitar a adoção de comportamentos ilícitos entre empresas e onde não sejam trocadas informações que visem melhorar a concorrência.

sistema de Direito Administrativo Europeu, dentro do qual se devem mover os sistemas de garantia de cumprimento das regras de concorrência nacionais em cada Estado-membro.

A obtenção de uma prova direta de um cartel é geralmente difícil, já que os acordos são maioritariamente verbais e confidenciais. Existe normalmente um “pacto de silêncio” entre os participantes e os atuais meios de comunicação permitem o estabelecimento de contactos eletrónicos que podem ser rapidamente destruídos⁴². De acordo com o acórdão *Imperial Chemical Industries, plc c. Comissão*, a Comissão poderá ter que confiar em evidências circunstanciais, ou seja, na indução que pode ser retirada do comportamento adotado pelas supostas partes envolvidas no cartel, à luz da análise das condições no mercado que está em causa⁴³. Também nas conclusões do advogado-geral do acórdão *Musique Diffusion Française, SA c. Comissão*, é abordada a questão de uma prática concertada poder ser estabelecida através de prova circunstancial, já que é possível basear-se em deduções de factos que permitam analisar se de facto ocorreu a prática concertada⁴⁴.

A preocupação crescente com os cartéis por parte da Comissão pode ser corroborada com o facto de no ano de 2005, este organismo ter criado uma unidade transversal a todos os setores da atividade económica, dedicada ao combate de cartéis na UE⁴⁵.

O Regulamento nº 1/2003 relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos art. 101º e 102º do Tratado dita, em conformidade com o art. 101º do TFUE, as regras da concorrência a serem respeitadas pelos agentes económicos. Torna-se fulcral ter em conta que a coima individual de cada empresa nunca deverá exceder 10% do volume de negócios total realizado durante o exercício precedente⁴⁶. Este limite ilustra a tentativa que o Conselho teve em adotar um padrão de proporcionalidade face ao tamanho da empresa, já que não seria justo aplicar montantes iguais a empresas com diferentes dimensões de mercado.

Por seu lado, as *guidelines* de 2006, que orientam o cálculo das coimas aplicadas ao art. 23º, nº 2, a) do Regulamento nº 1/2003, introduziram um nível de transparência e

⁴² Miguel Moura e Silva, 2007, pág. 50-51, afirma que as empresas perceberam, desde cedo, o risco que existe ao transformar os acordos restritivos em documentos escritos, dado que as leis da concorrência revelam o impacto que existiria caso estes fossem descobertos. Desta forma, e devido à dificuldade de deteção inerente ao facto de as empresas fazerem de tudo o que está à sua disposição para eliminar qualquer indício de atividade ilícita, os principais elementos probatórios que permitem afirmar a existência de uma infração assumem a natureza de prova indireta dos factos.

⁴³ Cfr. Proc. T – 13/89, acórdão *Imperial Chemical Industries, plc c. Comissão*, 1992, parágrafo (par.) 248.

⁴⁴ Cfr. Proc. C – 100/80, acórdão *Musique Diffusion Française c. Comissão*, conclusões do advogado-geral, 1983, pág. 1930.

⁴⁵ Cfr. Competition: Commission actions against cartels – Questions and answers (MEMO/05/493), 2005, pág. 2 (disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_05_493).

⁴⁶ Cfr. art. 23º, nº 2 do Regulamento nº 1/2003 do Conselho relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos art. 101º e 102º do Tratado.

previsibilidade para a política de coimas. Elas são definidas de acordo com uma metodologia que envolve dois passos. Primeiro, a Comissão determina o valor base da coima para cada empresa em questão. Seguidamente, o agravamento ou desagravamento de cada caso individual pode aumentar ou diminuir o valor da penalização⁴⁷.

O montante base da coima vai ser definido como percentagem do valor das vendas de bens e serviços, realizados pela empresa na área geográfica em causa no território do Espaço Económico Europeu, durante o último ano completo da sua participação na infração⁴⁸. A percentagem a ser aplicada ao valor das vendas irá depender da gravidade da infração e dos anos de duração da mesma⁴⁹. O grau de gravidade da infração é medido através de uma análise que é efetuada caso-a-caso, tendo cada um deles especificidades concretas. Geralmente, a percentagem aplicada poderá ir até 30% do valor das vendas que serão tidas em conta. Para determinar se a proporção do valor das vendas deverá corresponder a um nível superior ou inferior nesta escala, a Comissão terá acesso a um conjunto de fatores, nomeadamente a natureza da infração, a quota de mercado combinada de todas as empresas envolvidas e o plano geográfico. No caso dos acordos horizontais – acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, a percentagem vai ser definida num nível superior da escala⁵⁰.

Relativamente aos ajustes que a Comissão poderá efetuar após ter definido o valor base da coima, é necessário considerar o possível agravamento ou desagravamento de circunstâncias após ter sido atribuída a penalização inicial. As *guidelines* contém uma lista com alguns exemplos de situações que poderão justificar o agravamento, nomeadamente reincidir numa infração idêntica, recusar cooperar com a investigação da Comissão e/ou ter sido a empresa líder da infração. Por outro lado, existe uma lista que poderá justificar o desagravamento das consequências da infração, como ter colocado um termo à infração desde que tiveram início as intervenções da Comissão, provar que a infração foi negligente, colaborar com a Comissão e/ou o comportamento anti-concorrencial ter sido autorizado ou mesmo incentivado pelas autoridades públicas ou pela regulamentação⁵¹. A Comissão pretende que as coimas tenham um efeito dissuasivo suficiente para que o acontecimento não seja repetido. Por conseguinte, poderá aumentar as coimas a aplicar às empresas que estiveram envolvidas e que tenham um volume de negócios particularmente elevado, estendendo-se para além das vendas de bens e serviços em relação com a infração. Para além disso, pode ainda aumentar a coima com o

⁴⁷ Cfr. pto. 9-11 das Guidelines de 2006.

⁴⁸ Cfr. pto. 13 das Guidelines de 2006.

⁴⁹ Cfr. pto. 19 das Guidelines de 2006.

⁵⁰ Cfr. pto. 20-23 das Guidelines de 2006.

⁵¹ Cfr. pto. 28-29 das Guidelines de 2006.

objetivo de exceder o montante dos ganhos ilícitos auferidos pela empresa aquando da infração, sempre que consiga calcular esse montante⁵². Todavia, a Comissão terá de ter em conta o Regulamento nº 1/2003, na fixação do montante da coima e sempre que a mesma se afaste dos limites fixados por este último – 10% do Volume de Negócios total realizado no exercício anterior – o valor será fixado neste limiar⁵³.

Em casos excepcionais, uma empresa poderá ser declarada incapacitada para o pagamento de determinada coima. Nestas situações, a Comissão tem o poder de a reduzir, com base em provas objetivas de que ao atribuir essa penalização iria colocar a empresa numa situação de inviabilidade financeira⁵⁴.

Para além das coimas, também é importante abordar os programas de clemência como um instrumento utilizado para o combate aos cartéis. Este regime foi introduzido no DEC como forma de descortinar estas práticas anti-concorrenciais, já que elas se apresentam como sendo de difícil deteção⁵⁵. Está definido por lei que uma empresa que tenha denunciado às autoridades da concorrência um acordo restritivo no mercado, no qual tenha tido participação, poderá conseguir beneficiar de imunidade ou redução da coima⁵⁶. A Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis pode atribuir imunidade a uma empresa caso esta tenha sido a primeira a colaborar com a Comissão, fornecendo-lhe informações e elementos de prova que lhe permitam realizar uma inspeção ao alegado cartel ou determinar a existência de uma infração ao art. 101º do TFUE⁵⁷. As empresas às quais não for possível atribuir imunidade, poderão ainda beneficiar de uma redução da coima, sendo que para isso as suas participações no cartel têm de estar já terminadas e terão ainda de fornecer à Comissão elementos que consigam provar a alegada infração, elementos esses que representem um valor acrescentado significativo quando comparados com os elementos de prova que já sejam detidos por este organismo⁵⁸. Desta forma, é fornecida uma redução entre 30 a 50% à primeira empresa que ofereça um valor acrescentado significativo, uma redução entre 20 a 30% à segunda empresa e, por último, uma

⁵² Cfr. pto. 30-31 das Guidelines de 2006.

⁵³ Cfr. pto. 32-33 das Guidelines de 2006.

⁵⁴ Cfr. pto. 35 das Guidelines de 2006.

⁵⁵ John Connor e Douglas Miller, 2013, pág. 13, afirmam que, de acordo com alguns estudos, a probabilidade de descoberta de cartéis antes do regime de clemência ser implementado, rondava os 10%-33%.

⁵⁶ Cfr. <https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>.

⁵⁷ Cfr. pto. 8 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).

⁵⁸ Cfr. pto. 24 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).

redução até 20% às restantes empresas que forneçam valor acrescentado significativo em relação a todos os outros elementos de prova já facultados⁵⁹.

No entanto, nem todas as empresas podem beneficiar deste regime, sendo excluídas do benefício da imunidade de coima aquelas que adotaram medidas de forma a influenciar outras a participar no cartel. Podem, contudo, empresas nesta situação receber redução de coima, desde que satisfaçam os restantes requisitos exigidos⁶⁰.

Maarten Schinkel refere que as *guidelines* de 2006 e a Comunicação aqui em causa tornaram mais transparentes as consequências que as empresas poderão ter de enfrentar caso violem as leis da concorrência. Este grau de transparência permite aos potenciais membros participantes do cartel avaliar, de forma ponderada, os “prós e contras” inerentes à adoção da conduta ilícita. Para além disso, as empresas têm também a oportunidade de se manter informadas relativamente ao benefício que poderão, ou não, obter caso recorram aos regimes de clemência, bem como, de que forma poderão ser consideradas elegíveis, para dele poderem usufruir⁶¹.

Importância da dissuasão na prevenção dos cartéis – reflexões económicas sobre a dissuasão

A dissuasão pode ser definida como sendo o impacto que as ações de uma autoridade nacional da concorrência têm na prevenção e redução da ocorrência de condutas anticoncorrenciais⁶².

A teoria da dissuasão é muitas vezes introduzida na doutrina por autores que defendem o uso de sanções criminais para punir práticas anti-concorrenciais⁶³. Contudo, iremos aqui focar-nos no conceito de dissuasão como sendo a tentativa de evitar violações ao direito da concorrência por parte da Comissão e, não, em questões que remetem para o direito penal.

Existem duas variantes da dissuasão – a específica e a geral. A específica caracteriza-se por tentar impedir que o infrator volte a violar as leis da concorrência. Por seu lado, a geral diz

⁵⁹ Cfr. pto. 26 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).

⁶⁰ Cfr. pto. 12-14 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).

⁶¹ Cfr. Maarten Schinkel, 2007, pág. 545.

⁶² Cfr. The deterrent effect of the competition authorities' work: Literature review (disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrant-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf), 2017.

⁶³ Peter Whelan e a sua obra “The criminalization of European Cartel Enforcement”, 2014, pode ser utilizada como exemplo ilustrativo.

respeito ao efeito preventivo que se irá verificar na sociedade e, não apenas no infrator de modo singular, após este ser penalizado por uma prática restritiva. Desta forma, a dissuasão geral utiliza como instrumento as coimas atuais, altas o suficiente para conseguir prevenir a formação de novos cartéis, enquanto que a dissuasão específica se refere à imposição de coimas individuais a cada membro integrante do cartel, de forma a anular as suas probabilidades de reincidência no futuro⁶⁴. Nas *guidelines* de 2006, podemos afirmar que a Comissão demonstra preocupação tanto com a dissuasão geral como a específica, já que é referido o seguinte:

As coimas devem ser fixadas segundo um nível suficientemente dissuasivo, não somente para sancionar as empresas em causa (efeito dissuasivo específico) mas também para dissuadir outras empresas de terem comportamentos contrários aos artigos 81º e 82º do Tratado⁶⁵ ou de continuarem a ter tais comportamentos (efeito dissuasivo geral).⁶⁶

A dissuasão é considerada a ferramenta mais importante no combate aos cartéis⁶⁷, sendo que a adoção por parte da Comissão de mecanismos como as *guidelines* de 2006 são fundamentais, já que colocam a teoria da dissuasão numa posição central da política de concorrência da UE⁶⁸.

Existem alguns aspetos das referidas *guidelines* que permitem reiterar que o seu objetivo passa exatamente por certificar que é aplicada uma dissuasão eficiente a estas condutas ilícitas. Primeiro, e como já referido anteriormente, a Comissão impõe uma percentagem que pode ir até 30%, do valor das vendas de bens e serviços realizados pela empresa durante o último ano

⁶⁴ Cfr. John Connor e Douglas Miller, 2013, pág. 6.

⁶⁵ Atuais art. 101º e 102º do TFUE.

⁶⁶ Cfr. pto. 4 das *Guidelines* de 2006.

⁶⁷ Gregory Werden, 2009, pág. 24, considera que a única função significativa das penalizações por atividade de cartel é o alcance da dissuasão e que a dissuasão especial é claramente secundária quando comparada com a dissuasão geral daqueles que podem ser os potenciais infratores. A Recomendação do Conselho da OCDE relativa a ações eficazes contra os *hard core cartels* de 1998 (disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>) enfatiza a necessidade das leis da concorrência dos países-membros da União Europeia deverem promover penalizações eficientes a um nível adequado para dissuadir as empresas de participar em atividades de cartel. No Plano de Gestão da Comissão de 2013 (disponível em https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2013_en.pdf) o Diretório Geral da concorrência afirmou que os cartéis são restrições bastante prejudiciais à concorrência, sendo dada a maior prioridade à sua deteção, persecução e dissuasão. Mais recentemente, no Plano de Gestão da Comissão de 2019 (disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/management-plan-comp-2019_en.pdf) é demonstrada novamente esta urgência em combater os cartéis e, conseqüentemente, abordada a necessidade de existir dissuasão.

⁶⁸ Hubert de Broca, 2006, pág. 1, considera que as *guidelines* de 1996 e as mais recentes de 2006, partilham objetivos comuns, sendo que o seu propósito é o mesmo – aumentar a transparência, sendo que é publicada a metodologia que a Comissão irá aplicar nas suas decisões futuras que requerem a aplicação de coimas por violações às leis da concorrência. Considera que as *guidelines* definem uma metodologia que assegura que as coimas tenham um efeito de dissuasão eficiente.

completo da sua participação na infração, como montante base da coima, o que revela uma forte preocupação com a anulação dos ganhos ilícitos de uma empresa e, conseqüentemente, uma tentativa de dissuasão. Depois, é também importante salientar o facto da Comissão poder impor coimas mais elevadas nas empresas que tenham um volume de negócios particularmente mais alto, que se estenda para além do valor de vendas⁶⁹. Com esta medida, compreendemos que a Comissão pretende que a dissuasão seja eficiente para todas as empresas, uma vez que se o valor da coima fosse igual para todas, aquelas que detivessem volumes de negócios superiores poderiam não ser dissuadidas. Seguidamente, deverá ser também enumerada a capacidade da Comissão em aumentar a coima de forma a exceder os ganhos ilícitos adquiridos graças à infração, sempre que seja possível estimá-los⁷⁰. Esta possibilidade ajuda a evitar uma situação onde, seguindo a metodologia das *guidelines*, a Comissão iria aplicar a coima a um nível que fosse pouco dissuasivo⁷¹. Finalmente, cabe ainda enfatizar o facto da Comissão poder afastar-se da metodologia das *guidelines* para decidir em relação a um caso concreto⁷². Por conseguinte, compreende-se aqui uma real preocupação com o objetivo da dissuasão, já que lhe é dada maior relevância em comparação com o seguimento a rigor da metodologia das *guidelines*.

Para além das *guidelines* de 2006, também os programas de clemência realçam a importância da dissuasão. Na Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante em processos relativos a cartéis, é referido que os cartéis são condutas extremamente difíceis de detetar sem a cooperação dos seus participantes. Nesta senda, e como já referido anteriormente, a Comissão considera que as empresas dispostas a pôr termo à sua participação no cartel e a colaborar na obtenção de informações e investigações levadas a cabo pela Comissão deverão ser recompensadas. Estas iniciativas têm-se revelado de grande utilidade, tendo permitido a realização de investigações eficazes e a deteção de infrações. O facto da Comissão recompensar as empresas caso elas se demonstrem cooperativas, revela a confiança depositada na capacidade deste programa para atingir a dissuasão desejada⁷³.

⁶⁹ Cfr. pto. 30 Guidelines de 2006.

⁷⁰ Cfr. pto. 31 das Guidelines de 2006.

⁷¹ Wouter P.J. Wils, 2007, pág. 227, afirma, como ainda vamos explorar mais à frente com maior detalhe, que uma coima cujo montante se situe abaixo dos ganhos ilícitos não conseguirá dissuadir, nem mesmo se for tido em conta a suposição irrealista de que todas as infrações são detetadas e, posteriormente, penalizadas.

⁷² Cfr. pto. 37 das Guidelines de 2006.

⁷³ Cfr. pto. 3 e 6 da Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).

Compreendendo a importância da dissuasão para o DEC, torna-se agora importante referir que a coima representa o meio mais eficaz para que esta seja conseguida. Os Tribunais Europeus têm vindo a afirmar que o uso das coimas incluem tanto um efeito de dissuasão como de penalização, sendo um exemplo disso o acórdão *Archer Daniels Midland Co. c. Comissão*⁷⁴.

De acordo com Wouter P. J. Wils, para dissuadir a prática de condutas ilícitas através da utilização de coimas é necessário que a coima esperada pela empresa seja superior aos ganhos que a mesma espera receber ao adotar a conduta ilícita⁷⁵. A coima esperada é igual ao valor nominal da coima descontada da probabilidade de o cartel ser descoberto⁷⁶.

Imaginando um caso em que o valor nominal de uma coima corresponde a um milhão e que a probabilidade de deteção da conduta ilícita é de 10%, a coima esperada será no valor de cem mil. Em consonância com a afirmação de Wouter P.J. Wils de que a coima esperada deverá ser superior aos ganhos esperados para existir dissuasão do comportamento ilícito, percebemos então que o valor nominal mínimo da coima deverá ser igual ao ganho esperado multiplicado pelo inverso da probabilidade do cartel ser detetado⁷⁷. Nesta senda, para que exista uma dissuasão suficiente, o valor nominal da coima tem de ser pelo menos dez vezes maior que o ganho que a empresa espera obter caso se envolva na atividade restritiva da concorrência.

Wouter P. J. Wils refere que o mesmo é verificado nos casos que envolvem penalizações coletivas, nomeadamente cartéis. Se para cada membro participante no cartel, a coima esperada exceder o ganho esperado, a atividade vai ser dissuadida. Este resultado será ainda verificado nos casos em que a coima esperada excede o ganho esperado da maioria e, não necessariamente, de todos os participantes, dado que o sucesso do cartel está dependente da participação e união de todos os seus elementos⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. Proc. C – 511/06 P, acórdão *Archer Daniels Midland Co. c. Comissão*, 2009, par. 4.

⁷⁵ Cfr. Wouter P.J. Wils, 2008, pág. 56. Mitchell Polinsky e Steven Shavell, 2000, pág. 50, também defendem que um indivíduo apenas irá cometer uma violação às leis da concorrência caso considere que o seu ganho esperado irá exceder a coima esperada. Referem ainda que nos indivíduos que são avessos ao risco, a coima ótima acaba por adotar um valor inferior quando comparada com indivíduos que são neutros ao risco. Isto acontece porque indivíduos que sejam avessos ao risco, são mais fáceis de dissuadir quando comparados com indivíduos que são neutros ao risco, dado que a coima não necessitará de ser tão alta para atingir um grau de dissuasão pretendido nos indivíduos com mais receio de arriscar.

⁷⁶ Fórmula: Coima esperada = Valor nominal da coima × probabilidade de o cartel ser descoberto.

⁷⁷ Isto acontece porque no mínimo o valor da coima esperada e o valor do ganho esperado terão de ser iguais.

⁷⁸ Cfr. Wouter P. J. Wils, 2008, pág. 68-69.

Gary Becker e William Landes⁷⁹, por seu lado, consideram que a coima ótima deverá corresponder ao prejuízo líquido⁸⁰ que a conduta ilícita causou a terceiros, multiplicado pelo inverso da probabilidade da prática restritiva ser descoberta. Desta forma, a coima ótima aplicada faz com que o infrator internalize todos os custos e benefícios da sua conduta ilícita, levando-o a cometer “violações eficientes” quando os benefícios líquidos totais excederem os custos líquidos totais, enquanto dissuade “violações ineficientes” quando acontece o inverso.

De acordo com Wouter P.J. Wils, a diferença inerente nestas duas formas de pensamento pode ser justificada com o modo como é encarado o objetivo primário das leis da concorrência. A Escola de Chicago considera que a maximização do bem-estar social corresponde à necessidade primária da lei da concorrência. Assim, esta corrente de pensamento relaciona-se com o racional da internalização, sendo que é assegurado que o bem-estar social dos infratores e daqueles que forem penalizados por eles, deverão ter igual importância. Por outro lado, se o objetivo primordial da lei da concorrência for a proibição de transferência de riqueza dos consumidores para as empresas com poderes de mercado, o mecanismo da dissuasão defendido por Wouter P.J. Wils, será de mais lógica aplicação, já que ele intenta a dissuasão de todas as violações às leis da concorrência, independentemente dos ganhos do infrator excederem os prejuízos causados aos consumidores⁸¹.

⁷⁹ Gary Becker, 1968, pág. 194, considera que as coimas providenciam compensação às vítimas afetadas pela violação e que as coimas ótimas devem compensar na totalidade e restaurar situação. William Landes, 1983, pág. 656, refere que a coima ótima deverá igualar o prejuízo líquido que foi efetuado a terceiros. Refere que utiliza o termo “prejuízo líquido” de forma a que possíveis benefícios, que sejam resultantes da violação, a terceiros sejam permitidos. John Connor e Robert Lande, 2006, pág. 985-986, consideram que o “prejuízo líquido” engloba a riqueza transferida dos consumidores para o cartel. Contudo, consideram que são também aqui incluídos outros fatores, nomeadamente o facto do poder de mercado obtido com condutas ilícitas produzir perda de eficiência económica e, também a possibilidade de alguns agentes não participantes na violação, cobrarem preços mais elevados pelos seus produtos, de forma a conseguirem manter-se competitivos num mercado onde a concorrência está a ser falseada.

⁸⁰ A perspectiva do prejuízo já pode ser tratada com a Diretiva nº 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da UE. De acordo com o art. 1º, nº 1 da Diretiva, quem sofre danos causados por violações ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas, pode obter o ressarcimento dos seus danos de modo integral pelo infrator. No art. 17º, nº 2 é referido que existe a presunção que os cartéis causam danos.

⁸¹ Cfr. Wouter P.J. Wils, 2008, pág. 57.

Considerações sobre a eficiência das medidas aplicadas no combate aos cartéis

Wouter P.J. Wils considera ser improvável uma total eliminação de todas as violações às leis da concorrência, devido tanto a razões de cariz económico como psicológico⁸². No que se refere às razões de cariz económico, o autor aponta o facto de existir sempre um custo administrativo na atividade de deteção e penalização das condutas ilícitas. Este custo nasce por um lado do setor público, correspondendo à atividade das autoridades da concorrência, procuradoras e tribunais e, por outro, das negociações entre os agentes económicos, nomeadamente das relações destes com advogados e outros profissionais. Relativamente às razões de cariz psicológico, para a dissuasão resultar, de acordo com o autor e, como já referido anteriormente, a coima esperada por uma empresa que tenha infringido as leis da concorrência, deverá ser superior aos ganhos que ela espera vir a obter com a atividade ilícita. Compreendemos estar aqui em causa a estimativa subjetiva de uma empresa acerca do que poderá ser o ganho auferido pela sua conduta, da probabilidade de ser detida e penalizada e do respetivo montante da coima. Por conseguinte, entendemos que estes valores não correspondem necessariamente à realidade, por não serem precisos⁸³. Para estimar de forma correta a probabilidade de deteção e penalização da violação, o infrator deverá considerar todo o histórico de montantes de coimas anteriormente impostas, ajustando, posteriormente, à sua situação específica através da informação que dispõe. No entanto, torna-se relevante acrescentar que o autor considera que os indivíduos tendem a reter a informação mais recente, ou os casos que tenham sido publicamente divulgados. Isto traduz-se numa impossibilidade de alcance de dissuasão total, uma vez que mesmo que as autoridades da concorrência conseguissem detetar e penalizar um grande número de violações, impondo coimas altíssimas, esta situação não iria durar para sempre. Com o tempo, a memória desses processos bem sucedidos desaparecia e as violações voltariam, à partida, a ser cometidas.

Para além disto, o autor considera ainda que as coimas aplicadas são demasiado baixas para permitir a dissuasão de cartéis⁸⁴. Desta forma, refere que para conseguir uma dissuasão

⁸² Cfr. Wouter P. J. Wils, 2008, pág. 53-54.

⁸³ Wouter P.J. Wils, 2007, pág. 210, já aqui tinha abordado esta questão, afirmando que não seria possível para uma autoridade da concorrência calcular o valor mínimo de uma coima. Os ganhos e a probabilidade de deteção e penalização esperados pelo infrator *ex ante* são subjetivos e podem não corresponder aos valores *ex post*. Para além de que a probabilidade de deteção e penalização é muito difícil de prever, posto que, por definição, apenas as violações detetadas são conhecidas pelas autoridades da concorrência. No que se refere ao ganho auferido pela violação, a sua estimativa *ex post* pode ser possível, contudo a sua quantificação em cada caso provavelmente seria administrativamente dispendiosa.

⁸⁴ John Connor e Robert Lande, 2006, pág. 1020, referem que o montante de coima aplicado às práticas de cartéis está abaixo do nível que é necessário para se seja conseguida uma dissuasão eficiente. Como nem todos os cartéis

eficiente, as coimas teriam de se demonstrar bastante mais elevadas, contudo seriam várias as empresas que não teriam meios para pagar uma coima nessa dimensão. Ele reflete sobre o impacto que as coimas altas têm na estrutura de mercado concorrencial. O facto de existir incapacidade para a liquidação de uma coima tão alta, levaria a situações de falência num grande número de empresas e, conseqüentemente, a uma diminuição da concorrência. Percebemos então, que ao estarmos a analisar violações coletivas, a consequência seria agravada, uma vez que as coimas são impostas em mais do que uma empresa num dado mercado⁸⁵.

Por outro lado, mesmo que a coima não excedesse a capacidade de pagamento da empresa, ela apresenta custos – económicos e sociais, e pode não ser aceitável da perspectiva de justiça proporcional⁸⁶. No que se refere aos custos, há que considerar que quando se impõe coimas elevadas a uma empresa, todos os seus *stakeholders* vão ser influenciados. Os colaboradores da empresa poderão sofrer cortes nos seus rendimentos, também os credores poderão, porventura, enfrentar uma diminuição no valor dos seus créditos e da mesma forma existiria a possibilidade de os consumidores serem surpreendidos com aumentos de preços por parte da empresa. Esta iria sentir a necessidade de uma maior obtenção de receitas que lhe permitissem, num menor horizonte temporal, liquidar a coima⁸⁷. O conceito de justiça proporcional encontra relevância no art. 49º, nº 3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na medida em que é referido que “As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração”⁸⁸. Nesta senda, as penalizações aplicadas aos infratores deverão ser

são descobertos e penalizados, caso fosse utilizada a teoria da dissuasão ótima defendida por William Landes, as coimas por cartéis deveriam ser significativamente mais avultadas do que o prejuízo que a conduta acarreta. Peter Whelan, 2014, pág. 50, argumenta que as coimas aplicadas aos cartéis acabam por ser encaradas como sendo um mero custo que tem de ser liquidado de forma a que seja possível ter acesso aos ganhos que advêm da atividade ilícita. A falta de eficiência na utilização de coimas subestima a penalização das empresas por violações às leis da concorrência.

⁸⁵ Wouter P.J. Wils, 2008, pág. 71, fornece um exemplo prático para esta questão. Consideramos um cartel composto por cinco empresas, que atua de modo lucrativo e é descoberto num mercado local. Quatro dessas cinco empresas não atuam fora desse mercado local, enquanto que a outra é uma empresa internacional de grande dimensão e financeiramente forte quando comparada com as outras. Assumindo que todas elas participaram ativamente no cartel e que nenhuma cooperou com a Comissão, por forma a usufruir dos regimes de clemência, se o foco for apenas a dissuasão da atividade restritiva da concorrência, então a solução passa por penalizar todos os membros participantes com uma coima elevada. Contudo, se tal cenário for verificado, está a ser despertada a possibilidade de eliminação das quatro empresas mais pequenas e, em contrapartida, a ser permitida a existência de dominância no mercado pela empresa de maior dimensão.

⁸⁶ Cfr. Wouter P.J. Wils, 2008, pág. 62.

⁸⁷ Também Gregory Werden, Scott Hammond e Belinda Barnett, 2011, pág. 211-212, concordam com esta visão ao considerarem que uma coima para ter um efeito de dissuasão suficiente seria demasiado elevada para uma empresa conseguir liquidar e iria ser suportada por agentes que não participaram no cartel, podendo mesmo enfraquecer a concorrência.

⁸⁸ Cfr. art. 49º, nº 3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000.

justificadas de acordo com o seu comportamento, tendo em conta tanto a gravidade do prejuízo como o grau de culpa da pessoa em questão⁸⁹.

Se admitirmos que o limite máximo que a coima poderá adotar – 30% do valor das vendas, representa incondicionalmente uma percentagem suficiente para garantir uma dissuasão eficiente, isto não significa que a mesma seja conseguida em todos os casos. Na prática, as coimas não irão sempre alcançar este montante, apesar dos esforços da Comissão em tentar que as coimas para penalizar os cartéis sejam fixadas no valor mais alto possível. Isto acontece precisamente devido ao que está definido nas *guidelines* de 2006. É referida como regra “a proporção do valor das vendas tomada em conta será fixada num nível que pode ir até 30%”⁹⁰. A palavra “pode” demonstra que os 30% não se apresentam como sendo uma condição universal imposta a todos os casos. Nesta senda, qualquer percentagem abaixo dos 30% poderá vir a ser utilizada pela Comissão e, conseqüentemente, considerada aceitável, não estando, contudo, a maximizar o valor da coima e a promover o máximo de dissuasão possível.

O autor Wouter P.J. Wils fez um estudo em que conclui que a coima necessária para garantir uma dissuasão eficiente teria de ser imposta como 150% do valor anual do volume de negócios da empresa nos produtos envolvidos na violação⁹¹. Se considerarmos este estudo representativo da realidade, sabemos que seriam requeridas coimas nesta dimensão para garantir uma dissuasão eficiente, revelando, portanto, que a Comissão não está a adotar um modelo capaz de dar resposta a este problema.

Se o modelo, de definição da coima ótima, utilizado for o do “prejuízo líquido” então na definição da coima a percentagem do valor do volume de negócios da empresa seria ainda mais alta, já que a coima deverá incluir tanto a transferência de riqueza como a ineficiência causada pelo facto do mercado não estar numa situação de concorrência perfeita.

Sabemos que os níveis de dissuasão de uma atividade de cartel são determinados tanto pela severidade da coima imposta, como também pela probabilidade da conduta ser detida e penalizada, o que requer que a mesma seja descoberta. Assumindo agora um cenário em que a coima imposta é considerada suficientemente alta para conseguir penalizar um cartel, para além da questão da empresa poder não a conseguir liquidar, existe ainda a possibilidade da conduta ilícita não ser descoberta. Peter Whelan abordou esta questão afirmando que o facto das taxas de deteção da atividade de cartel nunca serem iguais a 100%, levam a que a coima tenha de ser

⁸⁹ Cfr. Peter Whelan, 2014, pág. 33.

⁹⁰ Cfr. pto. 21 das Guidelines de 2006.

⁹¹ O autor Wouter P. J. Wils, 2005, pág. 138, assumiu um aumento de preço de 10% e, conseqüentemente, um aumento do lucro de 5% do Volume de Negócios, uma duração de 5 anos e uma probabilidade de deteção e penalização de 16%.

mais elevada do que o ganho que seria obtido com a atividade ilícita. Para além disso, tendo em conta que os cartéis não são penalizados mal começam a desenvolver a sua atividade, no momento em que a coima for imposta é muito provável que alguma parte dos lucros obtidos tenha sido já transformada em salários, dividendos, etc. o que poderá agravar ainda mais a capacidade de pagamento da empresa⁹².

Torna-se importante lembrar que os regimes de clemência são um instrumento que visam proporcionar um auxílio na deteção de cartéis, contudo baixos níveis de dissuasão conseguem reduzir a eficácia destes programas. De acordo com Michal Gal, é necessário que a coima imposta ao cartel seja suficientemente severa para dar efeito ao benefício oferecido às empresas que decidem colaborar com a Comissão⁹³. Isto significa, que se a coima não for suficientemente avultada, as empresas não terão incentivos para cooperar.

Análise doutrinal de medidas que podem ser adotadas para um combate mais eficiente a esta prática restritiva da concorrência

Após uma análise à eficiência das medidas aplicadas no combate aos cartéis, compreendemos que a política de concorrência da UE apresenta algumas limitações que impedem o alcance de uma dissuasão total.

Como já estudado anteriormente, a Comissão impõe coimas a empresas e não aos agentes económicos individualmente. No entanto, alguma doutrina defende que o uso destas coimas, apenas nas empresas, para deter a atividade de cartel poderá não corresponder à medida mais eficaz quando se trata de prevenir estas violações⁹⁴.

Sabemos ser possível aos Estados-membros da UE aplicar em processos nacionais os art. 101º e 102º do TFUE, podendo atuar na sua própria iniciativa e implementar qualquer tipo de penalização que esteja prevista no seu respetivo direito nacional⁹⁵. A expressão “aplicar

⁹² Cfr. Peter Whelan, 2014, pág. 52.

⁹³ Michal Gal, 2011, pág. 64, refere que se as coimas forem baixas, os incentivos para os membros dos cartéis recorrerem aos regimes de clemência também serão escassos.

⁹⁴ Caron Beaton-Wells e Brent Fisse, 2011, pág. 278, consideram que os indivíduos são os agentes mais importantes numa sociedade, logo devem ser responsabilizados pelas suas ações. Florence Thépot, 2011, pág. 227, refere que no momento em que o envolvimento da empresa no cartel for descoberto, o responsável pela conduta pode já nem se encontrar a exercer funções na mesma, implicando inevitavelmente uma transferência de prejuízo para outros indivíduos, que podem nem estar envolvidos na violação, mas que de momento estejam vinculados à empresa. Peter Whelan, 2014, pág. 46, faz referência aos custos que as empresas e os seus *shareholders* têm de suportar por não serem adotadas ações individuais contra gerentes da empresa. John Connor e Robert Lande, 2006, pág. 1003, consideram que a falta de ações de responsabilidade civil extracontratual por violação ao direito da concorrência é uma das razões pelas quais existem falhas na dissuasão de cartéis na UE.

⁹⁵ Cfr. art. 5º do Regulamento nº 1/2003.

coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respetivo direito nacional.”⁹⁶, mostra que estão a ser também consideradas as ações a pessoas singulares. Nesta senda, percebemos a relevância de ser aceite na UE, como um todo, a aplicação de ações individuais. Wouter P. J. Wils aborda esta questão através do esclarecimento do termo “penalizações criminais”. Refere que o termo “penalização criminal” no seu artigo, que engloba as ações privadas, deverá ser distinguido daquele que é utilizado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹⁷. O autor refere que a utilização de um sistema criminal conduz a um maior uso de penalizações individuais e, pelo contrário, a uma menor aplicação de penalizações a entidades corporativas⁹⁸.

Maarten Schinkel aborda a questão de que, em muitos casos, não é a empresa, como um todo, que pratica comportamentos anti-concorrenciais, mas sim, algumas subdivisões da empresa em determinados mercados. O autor ilustra a afirmação com um exemplo que engloba gestores de um nível hierárquico mais baixo, referindo que estes, por vezes, se envolvem neste tipo de acordos de forma a retirarem benefícios próprios, sem que os gerentes da empresa se apercebam da situação. Compreendemos que as coimas ao não serem aplicadas a divisões da empresa específicas, os autores destes comportamentos acabam por nunca ser penalizados individualmente pelas suas ações⁹⁹.

Foi efetuado um estudo na Austrália, denominado “The Cartel Project”, entre os anos de 2009 a 2011, que visava analisar a perceção pública em relação aos cartéis, às regras da concorrência e às violações à lei da concorrência. O projeto ambicionava contribuir para a eficiência da criminalização na redução de condutas de cartel sérias na indústria Australiana¹⁰⁰. O estudo foi feito através de um inquérito que visava perceber algumas questões, nomeadamente como é que os inquiridos consideravam que a conduta de cartel devia ser legalmente encarada e, se a considerassem ilegal, até que ponto é que a mesma deveria ser tratada como uma ofensa criminal¹⁰¹. O inquérito foi dividido em duas partes, em que para a primeira se reservaram questões relacionadas com o estatuto legal, caracterização e consequências da conduta de cartel e onde foi considerada uma amostra aleatória que era

⁹⁶ Cfr. art. 5º do Regulamento nº 1/2003.

⁹⁷ Cfr. art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950, art. 6º. Na versão portuguesa não existe referência ao termo “criminal”, sendo antes referido: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada (...)”. Enquanto que na versão inglesa, o termo criminal aparece: “in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him everyone is entitled to a fair and public hearing (...)”.

⁹⁸ Cfr. Wouter P. J. Wils, 2005, pág. 118.

⁹⁹ Cfr. Maarten Schinkel, 2007, pág. 546.

¹⁰⁰ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 9.

¹⁰¹ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 16-17. Nestas páginas estão enumerados todos os aspetos que levaram à criação deste inquérito.

representativa do público Australiano. Relativamente às questões que englobavam penalizações e outras variáveis relacionadas com a decisão de envolvimento na atividade de cartel, tratadas na segunda parte, foi considerada uma amostra da população já não aleatória e que envolvia pessoas com perfil de trabalhador¹⁰². É possível então retirar várias conclusões do estudo.

Primeiro, de 1296 respostas, apenas 28,7% tinha conhecimento acerca da realidade dos cartéis e em que consiste a sua conduta, sendo que apenas 15,1% desses tinha consciência da possibilidade de existirem penalizações criminais para estas condutas¹⁰³.

Relativamente às atividades efetuadas pelos cartéis foram consideradas a fixação de preços, as restrições de *output* e a divisão de mercados. No que diz respeito à fixação de preços, uma grande percentagem, 71,9% de 1296 respostas, considerou que essa prática deveria ser punida por lei¹⁰⁴, assim como com as restrições de *output*, 69,2% de 998 respostas¹⁰⁵ e com a divisão de mercados, 68,1% de 1296 respostas¹⁰⁶. A saber agora se cada um dos comportamentos atrás citados deveria corresponder a ofensas criminais, existiu alguma controvérsia. Na fixação de preços, 44,1% de 952 respostas, considerou que sim, enquanto 43,1% considerou que não¹⁰⁷. Na divisão de mercados, houve uma percentagem maior de respostas a discordar, 51,7% de 898 respostas, contra 36,5% de respostas a concordar¹⁰⁸. Nas restrições de *output* também existiram mais respostas a discordar, 47,1% de 920 respostas, contra 42,8% de respostas a concordar¹⁰⁹. Isto demonstra que existe uma compreensão geral relativamente ao facto das condutas de cartéis serem um entrave à livre concorrência no mercado, contudo quanto ao facto de as mesmas deverem ou não ser consideradas ofensas criminais, o mesmo já não pode ser referido.

Abordando agora as penalizações, o estudo dividiu esta parte em duas, sendo que abordava tanto as penalizações para a empresa como as penalizações individuais. Primeiro e, em relação às empresas, na fixação de preços, a maior percentagem foi para o pagamento de coimas, 81,4% de 952 respostas, fazendo sentido também referir que 80,1% considerou ainda eficiente o facto de a adoção da atividade ilícita pela empresa dever ser publicamente

¹⁰² Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 50.

¹⁰³ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 56.

¹⁰⁴ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 77.

¹⁰⁵ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 81.

¹⁰⁶ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 79.

¹⁰⁷ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 84.

¹⁰⁸ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 89.

¹⁰⁹ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 92.

divulgada¹¹⁰. A mesma conclusão é retirada no caso das restrições de *output* e de divisão de mercados¹¹¹. Agora relativamente às penalizações individuais, no caso da fixação de preços, 71% de 122 respostas, consideraram que os indivíduos deverão pagar uma coima, 66,2% julgaram conveniente dever existir uma proibição do indivíduo em causa de executar funções de diretor ou gerente numa empresa e 65,3% considerou ainda que o nome dele deverá ser publicamente divulgado como tendo responsabilidade na violação¹¹². O mesmo é verificado no caso em que são praticadas restrições de *output* e divisão de mercados¹¹³. Como podemos observar a partir das percentagens obtidas, o inquérito mostrou que independentemente de estarmos perante uma prática de fixação de preços, restrição de output ou divisão de mercados, as penalizações deverão ser as mesmas.

Sabemos que este estudo não foi efetuado na UE, o nosso foco de análise, contudo consideramos ser adequável à realidade europeia, já que existem Estados-membros que nas suas leis nacionais utilizam medidas aqui salientadas¹¹⁴.

¹¹⁰ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 109. Esta questão também foi abordada por Wouter P.J. Wils, 2008, pág. 60, tendo o autor referido fazer sentido a publicação de todos os casos, onde de modo bem sucedido as autoridades da concorrência descobriram e penalizaram empresas por se envolverem em atividades de cartel, em particular os casos onde se tenham verificado os montantes de coimas mais altos.

¹¹¹ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 112 e 115.

¹¹² Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 121.

¹¹³ Cfr. Caron Beaton-Wells, Fiona Haines, Christine Parker e Chris Platania-Phung, 2011, pág. 130 e 138.

¹¹⁴ John Connor e Robert Lande, 2006, pág. 1002, referem que pelo menos desde 1976, alguns tribunais nacionais têm já vindo a implementar ações privadas, em parte devido ao facto de existir uma baixa dissuasão de cartéis na UE. Wouter P.J. Wils, 2005, pág. 130, refere que a possibilidade que os art. 101º e 102º do TFUE providenciam relativamente a penalizações criminais, foi já utilizada em vários Estados-membros. O autor fornece exemplos concretos, nomeadamente o facto da Irlanda e da Estónia imporem coimas tanto nas empresas como nos indivíduos, no Reino Unido, para além das coimas às empresas e das coimas individuais, existe também a possibilidade de desqualificação da pessoa responsável pela conduta restritiva da concorrência, do cargo de diretor ou gerente da empresa.

Conclusão

No termo da presente dissertação, revela-se importante recordar o fio condutor da investigação e as conclusões finais a serem retiradas.

Vimos que a teoria económica faz referência a duas estruturas de modelos de mercado, uma determinada pela existência de livre concorrência e a outra caracterizada pela atuação monopolista. Apesar de um monopólio e um cartel corresponderem a duas formas de atuação diferentes, os seus efeitos no mercado são semelhantes. Quando a economia funciona de forma regular e existe concorrência no mercado a quantidade procurada de um bem corresponde à quantidade oferecida desse mesmo bem e o preço da sua produção tende a igualar o seu custo marginal. No entanto, quando as empresas desejam subir de tal modo os seus lucros e se envolvem em atividades de cartel, o preço do bem é aumentado, levando a uma diminuição da procura desse bem e, conseqüentemente, originando uma perda de eficiência económica no mercado.

Os cartéis são proibidos pelo art. 101º do TFUE e aparecem sob a forma de acordos, práticas concertadas ou outro tipo de coordenação de comportamentos entre empresas que visem restringir a concorrência no mercado.

A política de concorrência na UE dedica-se ao seu combate através de penalizações por coimas às empresas participantes. A obtenção de uma prova direta destas condutas afigura-se geralmente difícil dado que, e de acordo com Miguel Moura e Silva (2007), existe um “pacto de silêncio” entre os seus participantes. Nesta senda, torna-se importante aplicar medidas que permitam de uma forma mais eficaz descortinar estas práticas, surgindo neste contexto os programas de clemência. John Connor e Douglas Miller (2013), referem que a probabilidade de descoberta de cartéis antes da utilização dos regimes de clemência rondava os 10%-33%. Estes programas podem fazer com que uma empresa fique isenta do pagamento de uma coima ou, podem ainda, proporcionar reduções no montante a pagar pela violação. A decisão de atribuição destes benefícios às empresas está dependente de um conjunto de medidas, nomeadamente a cooperação total com a Comissão.

O objetivo primordial deste trabalho consistiu na tentativa de esclarecimento das causas que levam a que os instrumentos utilizados pela política de concorrência não consigam promover uma contenção e eliminação total dos cartéis da UE. A questão foi estudada através de uma análise doutrinal e em função da importância da dissuasão na prevenção de cartéis.

É consistente na doutrina que a dissuasão se apresenta como a ferramenta mais importante no combate a condutas anti-concorrenciais. A Comissão utiliza mecanismos que

confirmam essa importância, nomeadamente as *guidelines* de 2006 e os programas de clemência.

Concordamos que a coima é o meio mais eficiente para que seja conseguida a dissuasão, contudo a mesma não se está a revelar eficaz. Alguns autores estudam qual deverá ser a coima ótima. Wouter P.J. Wils (2008), considera que para dissuadir as condutas ilícitas é necessário que a coima esperada pela empresa seja superior aos ganhos que a mesma espera receber com a conduta ilícita, ao passo que Gary Becker (1968) e William Landes (1983) consideram que a coima ótima deverá corresponder ao prejuízo líquido que a conduta causou a terceiros, descontada da probabilidade de o cartel ser descoberto. Na nossa análise, dedicamos um maior estudo à coima ótima defendida por Wouter P.J. Wils. O autor refere, no entanto, que a coima não seria completamente eficaz, pelo facto de estarem em causa valores subjetivos que podem não corresponder inteiramente à realidade. Sabemos que as coimas aplicadas pela Comissão são demasiado baixas para assegurarem uma dissuasão total. Por outro lado, se elas fossem altas o suficiente, poderia verificar-se outro problema, a incapacidade de pagamento por parte de algumas empresas, que iria prejudicar não só os responsáveis pela atividade de cartel, como também todos os *stakeholders* da empresa. Se assumirmos, por outro lado, um cenário em que a coima é suficientemente alta para conseguir penalizar o cartel e aceitável da perspectiva de justiça proporcional, existe na mesma a questão do mesmo poder não ser atempadamente descoberto. Para além disso, percebemos que para o sucesso dos programas de clemência, a coima teria de ser suficientemente alta, caso contrário não existiria incentivos por parte das empresas para cooperarem com a Comissão.

Entendemos desta forma existir uma impossibilidade de eliminação total dos cartéis na UE, contudo analisamos alguma doutrina que refere outras medidas que poderiam permitir uma maior dissuasão na criação dos cartéis. As penalizações individuais de momento não são aplicadas pelas autoridades da concorrência na UE, contudo são fortemente defendidas por vários autores, já que os interesses dentro da organização podem divergir e uma penalização geral pode ser um tanto injusta, se tivermos em consideração que estão a ser afetados indivíduos que podem não estar de nenhuma forma relacionados com a conduta ilícita.

De forma a ter uma visão mais global sobre o tema, analisamos um estudo que foi conduzido na Austrália, denominado “The Cartel Project”, que visava perceber a perceção pública acerca das violações às leis da concorrência, mais concretamente dos cartéis e, de que forma, os participantes consideravam que os infratores deviam ser judicialmente penalizados. O que foi verificado para além das penalizações à empresa, medida já utilizada na UE, foi que uma grande percentagem dos participantes considerou que os indivíduos responsáveis

deveriam ser também eles penalizados com uma coima e até serem impedidos de exercer o cargo de gerente ou diretor de uma empresa, bem como aparecerem publicamente divulgados como responsáveis pela conduta ilícita. Nesta senda, compreendemos ter sido dada relevância a penalizações que afetem e comprometam as ações dos indivíduos de forma individual.

O foco da nossa de análise é a UE e apesar do estudo ter sido realizado na Austrália, consideramos adequável à realidade europeia, já que vários Estados-membros utilizam estas medidas nas suas leis nacionais.

Concluindo, acreditamos que se as penalizações individuais forem implementadas no DEC, o nível de dissuasão de atividades de cartel poderá ser aumentado, já que existirá um maior cuidado na tomada de decisão por parte dos agentes económicos.

Bibliografia

- AKMAN, P. (2012) – *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, Hart Publishing, First Edition.
- ANDRIYCHUK, O. – “Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process”, *European Competition Journal*, Vol. 6, No. 3, (2010).
- BAXTER, W.F. – Review of “*Antitrust Law: An Economic Perspective*”, *The Bell Journal of Economics*, Vol. 8, No. 2, (1977).
- BEATON- WELLS, C. e FISSE, B. – “U.S. policy and practice in pursuing individual accountability for cartel conduct: A preliminary critique”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2, (2011).
- BEATON-WELLS, C., HAINES, F., PARKER, C. e PLATANIA-PHUNG, C. – “The Cartel Project: Report on a Survey of the Australian Public Regarding Anti-Cartel Law and Enforcement”, *Legal Studies Research Paper Series*, No. 519, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1743268>, (2011).
- BECKER, G.S. – “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2, (1968).
- COMISSÃO EUROPEIA – “About the leniency policy”, 11/03/2019 (last update). <https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>, consultado a 4 de janeiro de 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA – Competition: Commission action against cartels – Questions and answers (Memo/05/493), (2005). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_05_493.
- COMISSÃO EUROPEIA – “Plano de Gestão Anual, Diretório Geral da Concorrência”, (2013). https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2013_en.pdf.
- COMISSÃO EUROPEIA – “Plano de Gestão Anual, Diretório Geral da Concorrência”, (2019). https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/management-plan-comp-2019_en.pdf.
- COMPETITION AND MARKET AUTHORITY (CMA) – “The deterrent effect of the competition authorities’ work: Literature review”, (2017).

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrent-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf.

- CONNOR, J.M. (2008) – *Studies in Industrial Organization: Global Price Fixing*, Springer – Verlag Berlin Heidelberg, Second Edition.
- CONNOR, J.M. e LANDE, R.H. – “The size of cartel overcharges: Implications for U.S. and EU fining policies”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, No. 4, (2006).
- CONNOR, J.M. e MILLER, D.J. – “Determinants of EC Antitrust Fines for Members of Global Cartels”, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2229358>, (2013).
- DE BROCA, H. – “The Commission revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases”, *Competition Policy Newsletter*, No. 3, (2006).
- EASTERBROOK, F.H. – “Information and Antitrust”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2000, Iss. 1, No. 2, (2000).
- GAL, M. S. – “Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Through Jurisdictional Reliance”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, No. 57, (2011).
- GAL, M.S. – “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly?”, *The Antitrust Bulletin*, (2004).
- HAWK, B.E. – Review of “*Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 21, Iss. 4, No. 11, (1977).
- HÜSCHEL RATH, K. – “How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, No. 6, (2010).
- JONES, A. e SUFRIN, B. (2016) – *EU Competition Law – Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Sixth Edition.
- KRUGMAN, P. e WELLS, R. (2018) – *Microeconomics*, Worth Publishers, Fifth Edition.
- LANDE, R.H. – “Chicago’s False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust”, *University of Baltimore School of Law*, Vol. 58, (1989).
- LANDE, R.H. – “Proving the Obvious: The Antitrust Laws Were Passed to Protect Consumers (Not Just to Increase Efficiency)”, *University of Baltimore School of Law*, Vol. 50, (1999).

- LANDES, W.M. – “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *University of Chicago Law School*, Vol. 50, (1983).
- MADDALA, G.S. e MILLER, E. (1989) – *Microeconomics: Theory and Applications*, McGraw-Hill Book Co.
- MARQUES, N.C. (2019) – *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência – em particular na criminalização dos cartéis*, Dissertação de doutoramento em Direito. Universidade Católica Editora Porto.
- MONTI, M. – “Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?”, *3rd Nordic Competition Policy Conference – Speech/00/295*, Stockholm, (2000).
- MOURA E SILVA, M. – “Os cartéis e a sua proibição pelo artigo 81º do Tratado de Roma: algumas notas sobre aspetos substantivos e prova”, *sub judice 40*, (2007).
- MOURA E SILVA, M. (2008) – *Direito da Concorrência. Uma introdução jurisprudencial*, Edições Almedina. SA.
- MOURA E SILVA, M. (2018) – *Direito da Concorrência*, AAFDL.
- OCDE – “Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels”, (1998).
<http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.
- OWEN, B.M. – Review of “*Competition Policy for Small Market Economies*”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 21, Iss. 2, No. 5, (2004).
- PAIS, S.O. (2011) – *Entre Inovação e Concorrência – em defesa de um modelo europeu*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Comunitárias. Universidade Católica Editora Lisboa.
- PARRET, L. – “Shouldn’t We Know What We Are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate About the Objectives of EU Competition Law and Policy”, *European Competition Journal*, Vol. 6, No. 2, (2010).
- PITOFISKY, R. (2006) – “Policy Objectives of Competition Law and Enforcement”, in *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon.
- POLINSKY, M. e SHAVELL, S. – “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 38, No. 1, (2000).

- RODGER, B.J. – Review of “*Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*”, *The American Journal of Competition Law*, Vol. 48, No. 2, (2000).
- ROTHBARD, M.N. (2009) – *Man, Economy and State with Power and Market*, Ludwig von Mises Institute, Second Edition.
- SCHINKEL, M. P. – “Effective Cartel Enforcement in Europe”, *Kluwer Law International*, Vol. 30, No. 4, (2007).
- SMITH, A. (1950) – *Riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, Segunda Edição, Vol. 1.
- THÉPOT, F. – “Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel”, *The Competition Law Review*, (2011), Vol. 7, Iss. 2.
- WALRAS, L. (1996) – *Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura*, Editora Nova Cultura Ltda.
- WERDEN, G. J. – “Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime”, *European Competition Journal*, Vol. 5, No. 1, (2009).
- WERDEN, G.J., HAMMOND, S. e BARNETT, B.A. – “Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2, (2011).
- WHELAN, P. (2014) – *The Criminalization of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges*, Oxford Studies in European Law, First Edition.
- WILS, W. P. J. – “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *Kluwer Law International*, Vol. 28, No. 2, (2005).
- WILS, W. P. J. – “The European Commission’s 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, *Kluwer Law International*, Vol. 30, No. 2, (2007).
- WILS, W. P. J. (2008) – “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, in *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing.

Lista de jurisprudência

Tribunal Geral

T – 13/89, Imperial Chemical Industries, plc c. Comissão, acórdão de 10 de março de 1992.

T – 168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Comissão, acórdão de 27 de setembro de 2006.

Tribunal de Justiça

C – 100/80, Musique Diffusion Française c. Comissão, conclusões do advogado-geral de 7 de junho de 1983.

C – 195/91 P, Bayer AG c. Comissão, acórdão de 15 de dezembro de 1994.

C – 40/73, Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA c. Comissão, acórdão de 16 de dezembro de 1975.

C – 41/69, ACF Chemiefarma NV c. Comissão, acórdão de 15 de julho de 1970.

C – 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd c. Comissão, acórdão de 14 de julho de 1972.

C – 49/92 P, Comissão c. Anic Partecipazioni SpA, acórdão de 8 de julho de 1999.

C – 511/06 P, Archer Daniels Midland Co. c. Comissão, acórdão de 9 de julho de 2009.

C – 6/64, Flaminio Costa c. ENEL, acórdão de 15 de julho de 1964.

C – 68/12, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s., acórdão de 7 de fevereiro de 2013.

Comunicações e Regulamentos

- Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11).
- *Guidelines* de 2006 - Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2006/C 210/02).
- Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.