

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS

“Dois é muito, três é demais”: uma análise dos cartéis *hub and spoke* no direito nacional e europeu

Solange Isabela Lopes Brás

Sob orientação do Professor Doutor José António do Carmo da Silva Sá dos Reis

M

2024

Resumo

A figura do *hub and spoke* tem sido alvo de especial atenção pelos tribunais e autoridades nacionais da concorrência devido ao seu surgimento relativamente recente e contornos sofisticados.

O presente trabalho tem como objetivo fundamental analisar o desenvolvimento da prática de *hub and spoke* na UE e, em particular, no ordenamento jurídico português. Foca-se na compreensão dos contornos que esta figura assume, bem como das relações particulares que se estabelecem entre os agentes económicos. Para tal, é observada a jurisprudência dos tribunais britânicos e a densificação do conceito de prática concertada pelo TJUE. Além disso centra-se, também, na análise das decisões condenatórias da AdC pela prática de *hub and spoke* no território nacional, abordando as circunstâncias do seu surgimento e dando especial atenção à análise dos poderes da AdC para combater estes comportamentos anticoncorrenciais.

Palavras-chave: *Hub and spoke*; Autoridade da Concorrência; Cartéis; Ordenamento Jurídico Português; Prática Concertada; União Europeia.

Abstract

Hub and spoke has been the subject of special attention by national competition courts and authorities due to its relatively recent emergence and sophisticated contours.

The main objective of this dissertation is to analyse the development of the hub and spoke practice in the EU, especially in the Portuguese legal system. It focuses on understanding the contours of this practice, as well as the kinds of relationships established between economic agents. To this end, the case law of the British courts and the densification of the concept of concerted practice by the CJEU are analysed. It also focuses on the analysis of the PCA's decisions condemning hub and spoke practices in Portugal, addressing the circumstances of their emergence and paying special attention to the analysis of the PCA's powers to combat these anti-competitive behaviours.

Keywords: Hub and spoke; Portuguese Competition Authority; Cartels; Portuguese Legal System; Concerted Practice; European Union.

*Aos típicos,
Família, Orientador e Amigos,
Por me darem a mão nesta caminhada.*

E aos não tão típicos também,

*À Júlia,
Pela companhia leal.*

Índice

Lista de Abreviaturas	5
Introdução	6
Capítulo I – Conceito e enquadramento da figura <i>hub and spoke</i>	8
1. Conceito de <i>hub and spoke</i> e surgimento da prática	8
2. Relações entre o <i>hub</i> e os <i>spokes</i>	12
3. Especificidades da troca de informação	14
4. Proibição desta prática ao abrigo da legislação nacional e europeia	17
Capítulo II – Análise do esquema <i>hub and spoke</i> à luz dos tribunais britânicos e europeus ...	20
1. Caso <i>Replica Football Kit</i>	20
2. Caso <i>Hasbro, Argos e Littlewoods</i>	22
3. Casos <i>AC-Treuhand I e II</i>	25
4. Caso <i>Eturas</i>	28
5. Caso <i>VM Remonts</i>	30
Capítulo III – A figura <i>hub and spoke</i> no ordenamento jurídico português	32
1. Os poderes sancionatórios da Autoridade da Concorrência	32
2. Surgimento da prática no ordenamento jurídico português	34
i. PRC/2017/7	36
ii. PRC/2017/1	41
iii. Os processos subsequentes	43
a. PRC/2017/13	43
b. PRC/2017/5	44
c. PRC/2017/8	45
d. PRC/2017/4	45
e. PRC/2017/11	46
f. PRC/2017/3	47
g. PRC/2017/6	47
h. PRC/2017/12	48
Capítulo IV – Prática que veio para ficar?	49
1. Reflexão sobre o desenvolvimento desta prática concertada em Portugal	49
2. Breves considerações sobre os poderes da Autoridade da Concorrência para combater a cartelização futura	51
Conclusão	55
Bibliografia	56

Lista de Abreviaturas

AdC – Autoridade da Concorrência

al. – alínea

CAT – *Competition Appeal Tribunal*

CE – Comunidade Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

Cfr. – conferir

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-lei

EEE – Espaço Económico Europeu

i.e. – *id est*

LdC – Lei da Concorrência (lei n.º 19/2012, de 08 de maio)

MFN – *Most Favoured Nation*

MP – Ministério Público

n.º – número

OFT – *Office of Fair Trading*

pág. – página

par. – parágrafo

PVP – Preço de Venda do Público

RGIMOS – Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social

RPM – *Resale Price Maintenance*

TC – Tribunal Constitucional

TCRS – Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UE – União Europeia

Introdução

Ao longo da última década e meia, a figura *hub and spoke* tem sido objeto de uma atenção especial na UE e, em particular, no ordenamento jurídico português. O surgimento progressivo de casos *hub and spoke* ao longo dos últimos anos levaram os tribunais e as autoridades nacionais da concorrência a debruçarem-se sobre esta figura na tentativa de a caracterizar e, posteriormente, sendo necessário, aplicar as disposições legais adequadas.

Desde dezembro de 2020, a Autoridade da Concorrência (AdC) emitiu, até ao momento, dez decisões condenatórias pela prática *hub and spoke* no ordenamento jurídico português. Por ser a primeira vez que esta prática foi detetada em Portugal, e, ainda, por terem sido desmantelados tantos casos, tais decisões despertaram a atenção para necessidade e importância do combate a este tipo de prática restritiva da concorrência.

Esta prática concertada foi detetada pela primeira vez num caso de direito norte-americano, seguindo-se os tribunais britânicos como pioneiros na condenação desta figura na UE¹. Por este motivo, o termo anglo-saxónico foi importado para o ordenamento jurídico português para denominar este tipo de práticas, sendo, atualmente, o termo utilizado pelos tribunais portugueses, pela AdC e pela grande maioria da doutrina.

A especificidade desta figura reside no facto de apresentar, em simultâneo, características dos acordos horizontais e dos acordos verticais, destacando-se como uma forma de conluio arrojada e evoluída. Nesta prática, a colusão horizontal é alcançada, de forma indireta, pela troca de informação concorrencial sensível através de um terceiro intermediário comum, por meio de relações verticais independentes. Por esse motivo, são práticas muito difíceis de detetar, e principalmente de provar, pela sua natureza tendencialmente secreta.

Assim, em primeiro lugar, parece-nos importante procurar enquadrar o surgimento desta prática, como uma forma evoluída dos cartéis tradicionais, procurando definir e delimitar a mesma. Neste sentido, propomo-nos a analisar as especificidades das trocas de informações nesta figura, explorando as relações que se estabelecem. Ademais, pretendemos inferir a proibição desta prática concertada ao abrigo da legislação nacional e europeia.

¹ Na altura, o Reino Unido era Estado-Membro da UE.

Seguidamente, afigura-se revelante enquadrar a figura *hub and spoke* no seio da UE, analisando os contornos da jurisprudência mais importante de tribunais europeus e britânicos, de modo a perceber como densificam e analisam as características desta prática.

Em terceiro lugar, pretendemos apreciar o surgimento desta figura no ordenamento jurídico português, tendo por referência as recentes decisões condenatórias da AdC. Mais concretamente, propomo-nos a averiguar o contexto em que surgiram tais práticas concertadas, a compreender o modo de atuação dos agentes económicos e, talvez, a compreender a sua motivação para participarem nestes esquemas. Afigura-se, também, essencial analisar o modo como a AdC enquadró esta figura e os critérios avançados por esta, bem como perceber as consequências legais para as empresas envolvidas neste tipo de prática.

Por fim, parece-nos essencial concluir com uma reflexão acerca do desenvolvimento desta figura, bem como o consequente aumento de casos em toda a UE, mas, sobretudo, no território nacional. Posto isto, terminaremos com umas breves considerações dos poderes da AdC para o combate à cartelização futura.

Capítulo I – Conceito e enquadramento da figura *hub and spoke*

1. Conceito de *hub and spoke* e surgimento da prática

O Direito da Concorrência, enquanto ramo autónomo do direito na maior parte dos sistemas jurídicos modernos, surge como um mecanismo de salvaguarda de um certo modelo constitucional de organização económica que assenta, fundamentalmente, no funcionamento livre dos mercados e na intervenção, em geral, meramente reguladora dos poderes públicos².

O combate à cartelização destaca-se como uma das principais preocupações do direito da concorrência, sancionando, este, vários tipos de práticas distintas. Assim, as infrações às regras da concorrência manifestam-se através de uma grande variedade de comportamentos e condutas, sendo os acordos entre empresas e as práticas concertadas os que mais facilmente sobressaem como uma prática anticoncorrencial.

Neste sentido, cartel é o nome que se dá a um acordo, direto ou indireto, entre empresas³ concorrentes que atuam em conjunto na tentativa de neutralizar a concorrência e aumentar os seus lucros, i.e., um *“acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas concorrentes que vise coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de condutas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo relativamente a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes(...)”*⁴. Assim, não basta apenas que exista o conluio entre as empresas, sendo necessário que esse acordo *“tenha por objetivo ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”*⁵. Através de uma prática cartelizada as empresas podem fixar preços, limitar a produção, repartir os mercados e os clientes e trocar informação comercialmente sensível.

² Cfr. REIS, JOSÉ SÁ (2023), pág. 10.

³ O conceito de “empresa” no direito da concorrência, de acordo com o estabelecido no número 1 do artigo 3.º da LdC, abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.

⁴ De acordo com a definição prevista no artigo 2.º, al. e) da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho (Lei do *Private Enforcement*).

⁵ Tal como o previsto no artigo 9.º da LdC e no artigo 101.º do TFUE.

A prática *hub and spoke* surge como um caso particular de evolução dos acordos horizontais comuns, reunindo características tanto dos acordos horizontais, como dos acordos verticais⁶. Por este motivo, a classificação desta prática tem sido alvo de muitas discussões na doutrina, sendo atualmente consensual considerar-se que esta prática é uma figura híbrida⁷. Esta classificação será desenvolvida mais à frente.

Assim, um caso *hub and spoke* é uma prática restritiva da concorrência na qual o alinhamento dos preços entre concorrentes se consegue e implementa através de um parceiro comum e não, como nos cartéis, através de contactos bilaterais diretos entre concorrentes. Ocorre, por exemplo, quando uma empresa que se encontra no nível superior da cadeia de distribuição, um fornecedor, através de um conjunto reiterado de comunicações verticais com empresas que se situam no nível inferior da referida cadeia de distribuição, as empresas de distribuição, facilita, promove ou garante a colusão ilícita entre elas, permitindo o alinhamento de estratégias e de preços destas⁸. Este é o exemplo mais usual, contudo, como veremos de seguida, esta prática também pode assumir a configuração invertida.

Para ROBERTO AMORE (2016), “*esta prática resulta de relações triangulares em que a interação entre um fornecedor e os seus distribuidores, ou entre um distribuidor e os seus fornecedores, pode facilitar ou conduzir a uma colusão, reduzindo a concorrência a nível dos preços de retalho ou das quantidades, prejudicando, em última análise, os consumidores*”⁹. JOÃO MIRANDA POÇAS (2019), considera que este conceito “*denomina a relação que se estabelece entre, pelo menos, três empresas, em que uma delas atua como intermediário na partilha de informação concorrencial sensível entre concorrentes*”¹⁰. Segundo PATRICK ACTIS PERINETTO (2019), “*nos acordos "hub-and-spoke", os concorrentes recorrem, a fim de colidirem entre si, a um intermediário, ou seja, um terceiro que opera a um nível diferente da cadeia de distribuição (quer seja a montante ou a jusante, em relação aos concorrentes*

⁶ Cfr. PERINETTO, PATRICK ACTIS (2019), pág. 283.

⁷ A título de exemplo, veja-se SAHUGUET, NICOLAS e ALEXIS WALCKIERS (2014), pág. 711, e JONES, ALISON e BRENDA SUFRIN e NIAMH DUNNE (2023), pág. 198.

⁸ Cfr. AdC (2022) “*Perguntas e Respostas sobre casos de “hub-and-spoke” na Grande Distribuição*”.

⁹ Cfr. AMORE, ROBERTO (2016), pág. 28. Tradução nossa: “*hub-and-spoke (H&S) practices are triangular schemes where the interaction between a supplier/manufacture and its distributors/retailers or between a distributor/retailer and its suppliers/manufacturers may facilitate or lead to collusion, reduce competition on retail prices or quantities and, ultimately, harm consumers*”.

¹⁰ Cfr. JOÃO MIRANDA (2019), págs. 84 e 85.

interessados em colidir através dele) ou que nem sequer está presente no mesmo mercado das partes interessadas em colusão (por exemplo, uma empresa de consultoria)”¹¹.

Esta figura encontra-se, também, frequentemente designada na doutrina por *A-B-C concerted practise*¹² ou por cartéis ABC. Recentemente, na versão portuguesa da Comunicação da Comissão Europeia das novas *Orientações sobre a aplicação do artigo 101º TFUE aos acordos de cooperação horizontal*, datada de julho de 2023, esta prática aparece designada como acordos radiais¹³, sendo a primeira vez que este termo surge no ordenamento jurídico português para designar a prática que, até à data, aparecida habitualmente denominada *hub and spoke*.

O surgimento do termo *hub and spoke* associa-se a um caso de direito penal norte-americano de 1946, designado por *Kotteakos v. United States*¹⁴. Assim, este termo anglo-saxónico foi, pela primeira vez, utilizado neste acórdão, no qual também se mencionou a expressão “*wheel conspiracy*”. Este litígio envolveu o proprietário de uma empresa de construção nos Estados Unidos, que foi acusado de desempenhar o papel de intermediário na obtenção de empréstimos bancários indevidos para vários dos seus clientes. O proprietário obtinha empréstimos bancários para reabilitação dos imóveis em representação dos seus clientes, contudo eram apresentadas declarações falsas para obter esses empréstimos para outros fins que não os permitidos.

Apesar de não haver qualquer contacto entre os seus clientes, uma vez que estes recorriam a si individualmente, o proprietário foi considerado um ponto comum entre eles, dado que atuava em sua representação para obter os empréstimos. Devido à falta de contacto entre os clientes, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América considerou que cada prática consistia num único ilícito criminal (“*single conspiracy*”) entre o ponto comum (“*hub*”) e cada um dos seus clientes (“*spokes*”). Assim considerou que não existia uma “*wheel conspiracy*”, dado que esta exigia que, para além desta conspiração do *hub* com os vários *spokes*, houvesse

¹¹ Cfr. PERINETTO, PATRICK ACTIS (2019), pág. 283. Tradução nossa: “In hub-and-spoke arrangements, competitors avail themselves, in order to collude with each other, of an intermediary, a third-party which is either active on a different level of the supply chain (upstream or downstream with respect to the competitors interested in colluding through it) or is not even present in the same market of the parties interested in colluding (e.g. a consultancy firm)”.

¹² Cfr. CAYSELE, PATRICK J. G. VAN (2014), pág. 164.

¹³ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA (2023) “*Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*” (2023/C 259/01), par. 402.

¹⁴ Cfr. *Case Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946).

um elemento unificador ligando todos os clientes a um único ilícito criminal, i.e., um “*rim of wheel*”¹⁵.

Para além deste caso, importa ainda salientar que entre 1939 e 1966, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América emitiu várias decisões¹⁶ responsáveis pela criação do precedente dos atuais casos de *hub and spoke*, nos quais são inferidas colusões horizontais a partir de uma série de relações verticais¹⁷. Deste modo, apesar de na altura não ser entendido como tal, dada a inexistência do desenvolvimento desta figura, atualmente o caso *Interstate Circuit Inc. v. United States*¹⁸ é considerado o primeiro exemplo da prática *hub and spoke* que se conhece, apesar desta nomenclatura ainda não ser utilizada aquando da decisão em 1939¹⁹.

Este caso consistiu num acordo entre o proprietário de uma cadeia de cinemas e oito distribuidores de filmes. Aquele proprietário enviou uma carta, em simultâneo, para cada um dos distribuidores de filmes, com o intuito de fixar um preço mínimo dos bilhetes para a exibição dos filmes e proibir as “*double features*”, i.e., a compra de dois bilhetes para filmes diferentes pelo preço de um²⁰. O Supremo Tribunal Americano apurou que cada distribuidor sabia que os outros distribuidores também tinham recebido a carta, ou seja, que tinham sido convidados a participar neste acordo; apurou, ainda, que os distribuidores sabiam que a sua colaboração era essencial para atingir o sucesso do acordo²¹. Assim, o Supremo Tribunal considerou que a aceitação desta prática consubstanciou num conluio que implicou um aumento de custos para os seus rivais, sendo proibido pela Secção 1 do *Sherman Act*²².

Contudo, apenas largos anos mais tarde é que o termo *hub and spoke* foi importado pelo Direito da Concorrência²³, sendo, pela primeira vez, reconhecido o conceito como uma figura deste ramo do Direito em 1998, num caso norte-americano, o caso *Toys “R” US*²⁴.

¹⁵ Veja-se ORBACH, BARAK (2016), págs. 4 e 5, e BUMBUK, MARIA (2020), pág. 5.

¹⁶ Nomeadamente, *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939); *United States v. Masonite Corp.*, 316 U.S. 265 (1942); *Klor’s Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959); *United States v. Parke Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960); *United States v. Gen. Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966).

¹⁷ Cfr. ORBACH, BARAK (2016), pág. 6.

¹⁸ Cfr. *Case Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

¹⁹ Cfr. ORBACH, BARAK (2016), pág. 6.

²⁰ Cfr. HARRINGTON, JOSEPH E. (2018), págs. 7 a 10.

²¹ Cfr. PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2021), pág. 174.

²² Cfr. ORBACH, BARAK (2016), págs. 6 e 7.

²³ Cfr. PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2021), págs. 174 e 175.

²⁴ Cfr. *Case Toys “R” US, Inc v. Federal Trade Commission*, 126 F.T.C. 415 (1998). Neste caso, o *Court of Appeals* dos Estados Unidos da América considerou que a *Toys “R” Us* celebrou uma série de acordos ilegais com os seus fornecedores, com o intuito de adquirir exclusividade dos produtos junto dos fabricantes, de modo a limitar e reduzir a oferta dos seus concorrentes. Embora a infração se baseasse em acordos verticais, a colusão deu-se a

Apesar do surgimento da figura *hub and spoke* estar associado ao direito norte-americano, não tardou a desenvolver-se este tipo de cartéis na Europa, tendo sido os Tribunais Britânicos os pioneiros na discussão desta prática. Mais à frente analisaremos a jurisprudência britânica e da UE que se revela mais importante para a análise e desenvolvimento dos casos *hub and spoke*.

Contudo, no contexto da jurisprudência da UE, até à data, nenhum caso do TJUE analisou, diretamente, a figura *hub and spoke*²⁵. A construção deste conceito fez-se ao longo dos anos pelo TJUE, através de outros casos que, embora não estando diretamente relacionados com o conceito, permitiram obter uma maior compreensão da prática.

Todavia, as autoridades nacionais da concorrência dos Estados-Membros têm-se focado nesta figura, havendo cada vez mais condenações por esta prática. As recentes decisões condenatórias da AdC portuguesa são um exemplo disso.

2. Relações entre o *hub* e os *spokes*

Como já tivemos a oportunidade de adiantar, a figura *hub and spoke* reúne características tanto dos acordos verticais como dos acordos horizontais. O coração desta prática centra-se na troca de informação sensível através de um terceiro intermediário²⁶.

Em termos gerais, um acordo horizontal é um acordo celebrado entre empresas concorrentes, i.e., empresas que operam no mesmo nível da cadeia de distribuição ou produção. Por sua vez, um acordo vertical é celebrado entre empresas não concorrentes e situadas em planos diferentes da cadeia de distribuição ou produção. Em ambos os casos, é necessário que os acordos tenham por objeto ou como efeito, impedir, falsear ou restringir a concorrência no respetivo mercado²⁷.

De modo a exemplificar mais claramente o funcionamento desta prática e as relações triangulares que se estabelecem, imagine-se a roda de uma bicicleta em que B representa o eixo central, e A e C os raios²⁸. Neste exemplo, B representa o *hub*, encontrando-se no centro, e A e C representam os *spokes*. Assim, A e C, analogicamente, encontram-se no mesmo nível da

nível horizontal, dado que os fornecedores condicionaram a sua atuação ao acordo dos seus concorrentes nos mesmos termos.

²⁵ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 87.

²⁶ Cfr. CAYSEELE, PATRICK J. G. VAN (2014), pág. 165.

²⁷ De acordo com o previsto no artigo 9.º da LdC e no artigo 101.º do TFUE.

²⁸ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 85.

cadeia de distribuição, enquanto B se encontra num nível diferente, superior ou inferior. Contudo, é necessário que por meio das comunicações estabelecidas entre o *hub* e cada *spoke*, de natureza vertical, se estabeleçam trocas de informação indiretas entre o *spokes*, tendo estas natureza horizontal. Com este exemplo, conseguimos constatar a existência da figura do aro da roda (“*rim of wheel*”) desenvolvida pela jurisprudência, que conecta os vários *spokes*²⁹.

Na sequência deste exemplo, conseguimos entender que as relações triangulares que se estabelecem entre o *hub* e os *spokes* são complexas. De um modo geral podemos dizer que um acordo *hub and spoke* é constituído, primeiramente, por uma fase A-B e, em seguida, por uma fase B-C.

Assim, num primeiro momento, a troca de informações comerciais estratégicas ocorre através de uma relação vertical independente, em que se verifica uma troca direta de informações de A (*spoke*) para B (*hub*). Nesta primeira fase estabelecem-se apenas relações bilaterais. Posteriormente, num segundo momento, este *hub* (B), que recolheu informação comercial estratégica transmitida por um *spoke* (A), divulga-a a um outro *spoke* (C), encontrando-se este numa posição concorrente com A. Assim, neste segundo momento, a troca de informações é realizada de forma indireta, de A para C, a partir de B, atuando este como um terceiro intermediário e permitindo a multilateralidade da troca de informações³⁰.

Deste modo, é necessário a ocorrência de ambas as fases para estarmos perante uma prática colusiva de *hub and spoke*. Não basta apenas a existência de várias trocas de informação bilaterais entre A e B, e entre B e C, é necessário, também, a existência de interdependência entre eles, isto é, os dois acordos necessitam ter partes comuns e ter um objetivo comum. Assim, os dois acordos devem ser de “*natureza complementar*” e “*interagir*” para serem considerados como um único acordo colusivo³¹.

Esta dicotomia das relações existentes faz com que a figura seja considerada uma prática híbrida³². MARIANA ESTEVES BARREIRA (2017) conclui que o “*cartel Hub and Spoke deveria ser classificado como um terceiro género/híbrido que consiste em vários acordos verticais que formam um único acordo global entre todos os intervenientes que produz efeitos*

²⁹ Cfr. ODUDU, OKEOGHENE (2011), pág. 237.

³⁰ Cfr. PERINETTO, PATRICK ACTIS (2019), pág. 283.

³¹ Cfr. ODUDU, OKEOGHENE (2011), pág. 238.

³² Contudo, há autores que consideram que a figura *hub and spoke* deve ser caracterizada como um acordo horizontal. A título de exemplo, veja-se VEREECKEN, BRAM (2015), pág. 28.

horizontais.”³³. No mesmo sentido, NICOLAS SAHUGUET e ALEXIS WALCKIERS (2014) consideram que esta figura constitui “*uma infração que mistura elementos de práticas concertadas verticais e horizontais, uma vez que possui natureza horizontal, mas envolve concorrentes e os seus fornecedores*”³⁴. ALISON JONES e BRENDA SUFRIN (2023) consideram que se trata de acordos com elementos verticais e horizontais³⁵.

Nesta sequência, e para além desta dualidade das relações existentes, uma peculiaridade destes acordos prende-se com o facto de combinarem diferentes teorias do dano, consoante o ângulo de observação. Por um lado, podem ser vistos como um mero efeito de arrastamento de um conjunto de condutas verticais semelhantes; por outro lado, podem ser considerados como uma forma sofisticada de estruturar a cooperação horizontal ou, pelo menos, a troca de informações³⁶.

O exemplo apresentado é um caso típico de operação desta prática, sendo o mais simples de compreender. Contudo, algumas especificidades na troca de informações podem ocorrer, tornando esta uma figura muito diversificada. Analisaremos, de seguida, alguns dos vários tipos de *hub and spoke* que podem ocorrer.

3. Especificidades da troca de informação

A prática *hub and spoke* poderá ocorrer com mais frequência quando pelo menos um dos mercados é bastante concentrado, ou uma das partes possuiu um elevado poder de negociação³⁷. Através desta prática empresas concorrentes entram em conluio sem contactarem diretamente entre si, não correndo os riscos inerentes às relações diretas. Aliás, uma das principais conveniências destes acordos prende-se com o facto de camuflarem as relações indiretas existentes.

Assim, estes acordos permitem que os seus participantes se escondam atrás de uma “*cortina de fumo*”, uma vez que, à primeira vista, são percecionados apenas como contactos comerciais distintos e normais, de natureza vertical, necessários ao funcionamento das empresas,

³³ Cfr. BARREIRA, MARIANA ESTEVES (2017), pág. 23.

³⁴ Cfr. SAHUGUET, NICOLAS e ALEXIS WALCKIERS (2014), pág. 711. Tradução nossa: “*infringements mix elements of vertical and horizontal concerted practices, because they are horizontal in nature, but involve competitors and their suppliers*”.

³⁵ Cfr. JONES, ALISON e BRENDA SUFRIN e NIAMH DUNNE (2023), pág. 198.

³⁶ Cfr. AMORE, ROBERTO (2016), pág. 29.

³⁷ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 85.

especialmente quando o *hub* nem sequer está ativo no mercado relevante. As trocas de informação dão-se num molde que não levanta suspeitas, reduzindo significativamente o risco de deteção pelas autoridades dado que o comportamento anticoncorrencial é ocultado, sendo facilmente confundido com um comportamento lícito. Para além do mais, esta prática eleva a fasquia do ónus da prova para as autoridades responsáveis pela aplicação da lei, dado que têm de descobrir toda a estrutura trilateral e demonstrar a existência de um nexo de causalidade entre todas as comunicações, que aparentemente são distintas e legítimas³⁸.

Por este motivo, é comum considerar-se que a prática *hub and spoke* resulta de uma evolução mais cuidada e arrojada dos típicos cartéis ou acordos horizontais, dada a necessidade que os agentes económicos tiveram de aumentar os seus lucros, camuflando os seus comportamentos anticoncorrenciais, na tentativa de não serem detetados e punidos pelas autoridades.

Aliás, como a realidade é sempre bastante mais dinâmica do que aquilo que inicialmente se prevê, a doutrina³⁹ dividiu as práticas *hub and spoke* em dois tipos, consoante o *hub* seja um distribuidor/retalhista ou um fornecedor/produtor⁴⁰.

O primeiro tipo⁴¹ da figura *hub and spoke* caracteriza-se pela atuação de um fornecedor/produtor como ponto comum, ou seja, *hub*, e pela atuação de vários distribuidores/retalhistas como raios, ou seja, *spokes*. Neste tipo, os distribuidores delegam normalmente num fornecedor comum a tarefa de fixar preços, controlar a adesão e, até, punir os incumpridores⁴². Alguns casos da jurisprudência britânica⁴³ são um bom exemplo desta dinâmica, bem como as recentes condenações da AdC em Portugal, que serão analisadas adiante.

Esta colusão em que o fornecedor atua no centro, ajudando os distribuidores a alcançarem uma colusão horizontal, é normalmente efetuada através de uma série de acordos do tipo *resale price maintenance* (RPM), em que se impõe um preço fixo ou mínimo, com o objetivo de alcançar e manter um conluio ao nível retalhista, assim se assegurando uma concertação entre

³⁸ Cfr. PERINETTO, PATRICK ACTIS (2019), págs. 283 e 284.

³⁹ Cfr. AMORE, ROBERTO (2016), pág. 31.

⁴⁰ Os conceitos distribuidor/retalhista e fornecedor/produtor serão utilizados indistintamente ao longo desta explicação.

⁴¹ Utilizaremos as expressões “primeiro tipo” e “segundo tipo” apenas para os diferenciar, não existindo qualquer hierarquia entre eles.

⁴² Cfr. CAYSEELE, PATRICK J. G. VAN (2014), pág. 164.

⁴³ A título de exemplo, veja-se os casos *Hasbro*, *Argos e Littlewoods* e *Replica Football Kit*.

os distribuidores do preço final de venda ao público (PVP). Contrariamente às situações clássicas de RPM, em que o poder do mercado está do lado do fornecedor, neste tipo de *hub and spoke* verifica-se o inverso⁴⁴, dado que o fornecedor recolhe os pedidos e queixas dos distribuidores, que pretendem obter lucros suplementares, e tenta resolver o problema coordenando um aumento de preços⁴⁵. Contudo, os distribuidores precisam de deter um forte poder de mercado, permitindo um significativo poder de negociação perante os fornecedores, sendo que só aceitam subir os preços de mercado quando o fornecedor lhes garantir que os seus concorrentes farão o mesmo. O intuito final será diminuir a concorrência no retalho e tornar a distribuição de um determinado produto mais proveitosa⁴⁶.

Por sua vez, o segundo tipo da figura *hub and spoke*, caracteriza-se pela atuação de um distribuidor/retalhista como ponto comum, ou seja, *hub*, e pela atuação de vários fornecedores/produtores como raios, ou seja, *spokes*. Alguns casos do direito norte-americano, como o caso *Interstate Circuit Inc. v. United States* e o caso *Toys “R” Us*, são um bom exemplo de atuação desta dinâmica.

Neste tipo, as imposições verticais são implementadas, normalmente, através de cláusulas de distribuição exclusiva, formais ou *de facto*, e/ou de cláusulas *Most Favoured Nation* (MFN)⁴⁷. Assim, nesta forma de colusão, o principal elemento consiste no facto de o fornecedor ser obrigado ou induzido a vender os produtos contratuais apenas, ou principalmente, a um comprador⁴⁸. O objetivo primordial desta dinâmica prende-se com a tentativa de impedir a entrada de novas empresas no mercado ou afastar empresas que praticam preços mais baixos⁴⁹.

Em suma, em ambos os tipos⁵⁰ da prática *hub and spoke*, os *spokes* estabelecem uma colusão horizontal através da relação com o *hub*, com o intuito de neutralizar a concorrência. Todavia, enquanto no primeiro tipo a colusão horizontal é o ponto de partida do esquema, no

⁴⁴ Cfr. SAHUGUET, NICOLAS e ALEXIS WALCKIERS (2014), pág. 715.

⁴⁵ Cfr. AMORE, ROBERTO (2016), pág.31.

⁴⁶ Cfr. BUMBUK, MARIA (2020), pág. 26, e SAHUGUET, NICOLAS e ALEXIS WALCKIERS (2014), pág. 716.

⁴⁷ A cláusula MFN confere a uma parte do contrato o direito a condições e benefícios ao abrigo do contrato que são tão bons ou mais favoráveis do que as condições e benefícios recebidos por qualquer outra pessoa que celebre um contrato semelhante com a outra parte.

⁴⁸ Cfr. AMORE, ROBERTO (2016), pág. 38.

⁴⁹ Cfr. CARDOSO, DANIELA MOTA (2019), pág. 41.

⁵⁰ Podem formar-se relações mais complexas, mas, de uma forma geral, estas são as relações triangulares que importa explicar.

segundo tipo a colusão entre os fornecedores é a consequência da imposição do distribuidor/retalhista⁵¹.

4. Proibição desta prática ao abrigo da legislação nacional e europeia

Sendo o princípio da concorrência um valor fundamental⁵² do ordenamento jurídico português e do Direito da UE, uma vez que visa garantir um funcionamento equilibrado e eficiente do mercado, as práticas colusivas restritivas da concorrência são proibidas pela lei nacional e pelo TFUE.

O artigo 101.º, n.º 1 do TFUE proíbe “*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 (...)*”⁵³. Apesar de os conceitos de “acordo entre empresas”, “decisões de associação de empresas” e “práticas concertadas” não serem definidos no Tratado, foram alvos de intensa densificação pela jurisprudência do TJUE ao longo do tempo.

No plano nacional, a Lei da Concorrência⁵⁴ (LdC) prevê o regime jurídico da concorrência, proibindo, uma vez mais, ao abrigo do seu artigo 9.º, n.º 1, “*os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (...)*”⁵⁵.

⁵¹ Cfr. AMORE, ROBERTO (2016), pág. 41.

⁵² Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), págs. 29 e 200.

⁵³ “(...) designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de 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 abastecimento;
d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

⁵⁴ Lei n.º 19/2012, de 08 de maio.

⁵⁵ “(...) nomeadamente os que consistam em:

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de 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 abastecimento;

Deste modo, as restrições por objeto são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência e, por esse motivo, são sempre proibidas independentemente dos efeitos concretos que vierem a produzir, não sendo necessário examinar os efeitos reais ou potenciais do acordo no mercado a partir do momento em que o objeto anticoncorrencial do mesmo esteja provado. Nas restrições por efeito torna-se necessário demonstrar a existência de efeitos negativos concretos sobre a concorrência para que o acordo seja sancionado, assim, deve atender-se ao seu conteúdo, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere⁵⁶.

Ora, dúvidas não se levantam quanto ao enquadramento da figura *hub and spoke* como uma prática colusiva com efeitos nocivos para a concorrência, tendo em conta a sua dinâmica e forma de atuação, como supra exemplificado. Contudo, quanto ao modo como afeta sensivelmente a concorrência a questão pode ser mais atribulada. Levando em conta a dualidade da troca de informações, torna-se imprescindível, quando se analisa um caso *hub and spoke*, fazer uma “*análise do contexto económico e jurídico em que o mesmo se insere, bem como as suas características, a estrutura do mercado e a realidade do funcionamento do mercado relevante*”⁵⁷.

Deste modo, não se deve fazer uma condenação precipitada da prática *hub and spoke* como uma restrição por objeto sem a consideração dos vários fatores mencionados. Todavia, apesar desta precaução, a troca de informações ao abrigo desta prática tem efeitos verdadeiramente prejudiciais para o processo concorrencial, lesando fortemente os consumidores, e, por esse motivo, é abrangida tanto pelas disposições legais nacionais como pelas disposições legais comunitárias. Das condenações derivadas da proibição desta prática resulta a aplicação de

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;

f) Estabelecer, no âmbito do fornecimento de bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local, que o outro contraente ou qualquer outra entidade não podem oferecer, em plataforma eletrónica ou em estabelecimento em espaço físico, preços ou outras condições de venda do mesmo bem ou serviço que sejam mais vantajosas do que as praticadas por intermediário que atue através de plataforma eletrónica.”

⁵⁶ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA (2023) “Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal” (2023/C 259/01), par.22 a 24.

⁵⁷ Cfr. BUMBUK, MARIA (2020), pág. 69.

sanções pecuniárias de valor bastante elevado, aplicadas pelas autoridades da concorrência nacionais.

Apesar desta proibição, os agentes económicos continuam a participar nas, e a promover as, dinâmicas *hub and spoke*, e apesar de não haver consenso quanto aos motivos que os levam verdadeiramente a participar nestes acordos, de um modo geral, podemos considerar que o aumento dos lucros resultante da combinação de preços será a principal motivação destes agentes económicos. Assim, em princípio, a troca de informações sensíveis tem como objetivo uma das seguintes situações: (i) o controlo de um cartel de combinação de preços; (ii) criação de um acordo de fixação de preço; ou (iii) criação ou estabilização de uma situação de oligopólio⁵⁸.

Para além do mais, por ser uma forma discreta e eficaz de alcançar a colusão, os agentes económicos sentem mais segurança no esquema, dado o reduzido risco de deteção. Por vezes, na prática, pode também ocorrer alguma pressão por parte dos distribuidores para que um determinado fornecedor se junte ao acordo⁵⁹, estabelecendo-se, assim, uma relação triangular. No entanto, as autoridades nacionais da concorrência têm-se empenhado para inverter esta tendência, aplicando multas pesadas com o objetivo de dissuadir os agentes económicos de envolverem-se nestes esquemas triangulares.

⁵⁸ Cfr. WHELAN, PETER (2009), pág. 823.

⁵⁹ Cfr. VEREECKEN, BRAM (2015), pág. 7.

Capítulo II – Análise do esquema *hub and spoke* à luz dos tribunais britânicos e europeus

1. Caso *Replica Football Kit*

Os tribunais britânicos foram os pioneiros da discussão da figura *hub and spoke* na União Europeia⁶⁰, pronunciando-se, pela primeira vez⁶¹, sobre esta prática no caso *Replica Football Kit*⁶². Este caso envolveu vários intervenientes em acordos de fixação de preços relativos a equipamentos de futebol nos anos de 2000 e 2001.

Nessa época, a empresa *Umbro Holdings Limited* era produtora e fornecedora de equipamentos oficiais de futebol, nomeadamente réplicas de camisolas, calções e meias, da seleção inglesa e dos clubes de futebol *Manchester United*, *Chelsea FC*, *Glasgow Celtic* e *Nottingham Forest*. A *Umbro* mantinha relações com vários distribuidores em todo o território, destacando-se a *JJB Sports plc*, a *Allsports Limited* e a *Sports Soccer Ltd*.

Apesar da *Umbro* determinar um preço de revenda recomendado⁶³ para os equipamentos de futebol, os distribuidores praticavam preços competitivos, concorrendo entre si. Neste cenário, a *JJB Sports* e a *Allsports* eram duas das retalhistas que vendiam os equipamentos fornecidos pela *Umbro* a preços mais elevados, enquanto a *Sports Soccer* vendia os respetivos produtos a um preço mais competitivo, ou seja, mais baixo do preço de revenda recomendado.

Importa ressaltar que durante o período em questão aconteceram dois eventos futebolísticos renomados, que impactavam significativamente a venda de equipamentos de futebol: o *Euro 2000* e o lançamento do novo equipamento da equipa do *Manchester United*.

Deste modo, neste período de pico de vendas associado aos eventos futebolísticos, a *JJB Sports* e a *Allsports*, na tentativa de maximizarem os seus lucros, protestaram perante a *Umbro* dos preços praticados pela *Sports Soccer*. A *Umbro*, que na altura não estava financeiramente estável, cedeu à pressão económica destas distribuidoras, com receio de que as suas duas maiores clientes reduzissem drasticamente as encomendas de produtos. Assim, a fornecedora pressionou a *Sports Soccer* a praticar preços mais elevados durante o período de pico de vendas,

⁶⁰ O Reino Unido foi Estado-Membro da União Europeia entre 1973 e 2020.

⁶¹ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 98.

⁶² Cfr. *Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/06/2003 Price-fixing of Replica Football Kit, 1 August 2003*.

⁶³ *Recommended retail price (RRP)*.

sob pena de lhe cortar o fornecimento dos equipamentos de futebol durante aqueles dois eventos.

Nesta sequência, a *Umbro* realizou uma série de comunicações bilaterais com todos os seus distribuidores, indicando-lhes que deveriam praticar os preços por si recomendados, ou preços superiores, e garantindo-lhes, ao mesmo tempo, que os outros distribuidores também o fariam. Assim, tal garantia encorajava os distribuidores a praticarem os preços de revenda sugeridos, dado que não corriam o risco de outro distribuidor praticar preços mais baixo, e consequentemente, concorrer contra si.

Após a investigação desta prática, o *Office of Fair Trading* (OFT)⁶⁴ concluiu que, como resultado do contacto indireto através do fornecedor intermediário, os distribuidores concorrentes tinham conhecimento das intenções uns dos outros quanto ao seu comportamento no mercado relevante⁶⁵, redundando tal conduta em acordos e práticas concertadas tendo em vista a fixação de preços dos equipamentos de futebol produzidos pela *Umbro*. O OFT constatou, ainda, que a fornecedora *Umbro*, apesar de operar num patamar diferente da cadeia de distribuição, sendo um parceiro contratual comum, era a responsável pela partilha da informação entre os distribuidores concorrentes. Assim sendo, a *Umbro* atuava com um *hub*, enquanto os vários distribuidores envolvidos nesta prática seriam os *spokes*⁶⁶.

O OFT acabou por condenar todas as empresas envolvidas por fixação de preços, impondo sanções financeiras a todas as partes, considerando estar em causa uma das infrações mais graves à Lei da Concorrência britânica 1998⁶⁷.

Inconformados com esta condenação, a *JJB Sports* e a *Allsports* recorreram da decisão para o *Competition Appeal Tribunal* (CAT) em outubro de 2003. Em outubro de 2004, o CAT confirmou, no essencial, a decisão do OFT sobre a responsabilidade⁶⁸.

Para apreciar a existência de uma prática concertada, dispôs o CAT “*se o distribuidor A revelar secretamente informação ao fornecedor B sobre as suas intenções em matéria de preços futuros em circunstâncias tais que é razoavelmente previsível que B faça uso dessa informação para influenciar as condições de mercado e B, por sua vez, partilhar essa informação com o*

⁶⁴ O *Office of Fair Trading* (OFT) era responsável pela proteção dos interesses dos consumidores em todo o Reino Unido, sendo extinto em 2014. Atualmente designa-se *Competition and Markets Authority*.

⁶⁵ Cfr. WHELAN, PETER (2009), pág. 836.

⁶⁶ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 98.

⁶⁷ Competition Act 1998.

⁶⁸ Cfr. *Case 1022/1/1/03 JJB Sports plc v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17.

concorrente C, então A, B e C deverão ser considerados como partes de uma prática concertada em relação a esses factos, a qual tem como objeto ou efeito a prevenção, restrição ou distorção da concorrência”⁶⁹.

O CAT considerou, ainda, que se uma empresa A se queixar à empresa B sobre a atividade da empresa C, e se a empresa B atuar de forma a interferir no comportamento normal do mercado, persuadindo a C a limitar a sua atividade concorrencial, por exemplo, então as três empresas atuam de forma concertada⁷⁰.

Em contrapartida, o CAT considerou que não se verificaria uma violação da concorrência quando o retalhista (i) revelasse as suas intenções futuras em matéria de preços ao fornecedor para um fim legítimo não relacionado de forma alguma com a concorrência e (ii) não pudesse razoavelmente prever que essa informação seria utilizada pelo fornecedor para afetar as condições de mercado⁷¹.

Desta decisão foi ainda apresentado recurso para o *Court of Appeal* pela *JJB Sports*. O recurso desta decisão será analisado adiante.

2. Caso Hasbro, Argos e Littlewoods

À semelhança do caso *Replica Football Kit*, o caso *Hasbro, Argos e Littlewoods*⁷² sucedeu no Reino Unido, nos anos de 2000 e 2001, envolvendo três intervenientes em acordos de fixação de preços relativos à venda de brinquedos.

Este conluio teve como intervenientes por um lado a *Hasbro*, uma das maiores fornecedoras de brinquedos e jogos do Reino Unido, e por outro a *Argos Limited* e a *Littlewoods Limited*, grandes empresas retalhistas na venda de brinquedos, cujas vendas decorriam, essencialmente, através de catálogos. Nessa altura a *Argos* era a principal distribuidora dos brinquedos da *Hasbro*, sendo líder de mercado, uma vez que praticava preços mais baixos que os restantes

⁶⁹ *Idem*, par. 659. Tradução nossa: “if one retailer A privately discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where it is reasonably foreseeable that B might make use of that information to influence market conditions, and B then passes that pricing information on to a competing retailer C, then in our view A, B and C are all to be regarded on those facts as parties to a concerted practice having as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition”.

⁷⁰ *Idem*, par. 643.

⁷¹ *Idem*, par. 660 e Cfr. WHELAN, PETER (2009), pág. 836.

⁷² Cfr. *Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/8/2003 Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games, 21 November 2003*.

distribuidores, e, por norma, abaixo dos preços recomendados pela *Hasbro*. Consequentemente, as margens de lucro de venda de brinquedos dos demais distribuidores eram baixas, o que levava ao seu descontentamento.

Com vista a solucionar este impasse, e com o intuito de aproximar os preços praticados dos preços recomendados, a *Hasbro* decidiu intermediar um acordo entre os seus clientes. Num primeiro momento, a *Hasbro* questionou a *Argos* e a *Littlewoods* acerca da razoabilidade dos preços de vendas recomendados por si, e, como efeito, questionou se os pretendiam adotar. Assim, havendo concordância de todas as partes, os preços recomendados seriam efetivamente adotados. Num segundo momento, foi implementado um sistema de monitorização de preços, em que a *Argos* informava a *Hasbro* sempre que tivesse conhecimento que um distribuidor praticava preços inferiores aos acordados. Tomando conhecimento desta situação, a *Hasbro* interpelava este distribuidor, forçando-o a praticar os preços por si recomendados⁷³.

De acordo com a decisão de condenação do OFT, a *Hasbro*, a *Argos* e a *Littlewoods* celebraram um acordo global e/ou uma prática concertada para fixar o preço de certos brinquedos e jogos da *Hasbro*. A *Hasbro* atuou como um intermediário, transmitindo informação comercial estratégica entre a *Argos* e a *Littlewoods*, através de dois acordos bilaterais e/ou práticas concertadas: um entre a *Hasbro* e a *Argos*, e o outro entre a *Hasbro* e a *Littlewoods*, dos quais resultou o acordo global de fixação de preços⁷⁴. A revelação à *Littlewoods*, através da *Hasbro*, das intenções da *Argos* em matéria de preços, tinha como objeto e efeito influenciar a atuação no mercado por parte da *Littlewoods*⁷⁵.

Neste sentido, a *Hasbro* desempenhou o papel de *hub*, enquanto a *Argos* e a *Littlewoods* seriam consideradas os *spokes*, o que resultou na condenação destas três empresas⁷⁶ em coimas pelo OFT. Outros distribuidores mais pequenos teriam tido, também, intervenção neste esquema, contudo escaparam às coimas, uma vez que o OFT considerou que estes não “*tiveram opção*”⁷⁷, tendo sido a sua intervenção forçada.

⁷³ Cfr. HARRINGTON, JOSEPH E. (2018), pág. 22.

⁷⁴ Cfr. *Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/8/2003 Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games, 21 November 2003*, par. 122.

⁷⁵ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 100.

⁷⁶ Devido à sua colaboração com o OFT, a coima da *Hasbro* foi reduzida a zero. Cfr. *Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/8/2003 Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games, 21 November 2003*, par. 411.

⁷⁷ Cfr. THE GUARDIAN (2002), “*Hasbro fined £4.9m for price fixing*”.

Esta decisão de condenação da OFT foi objeto de recurso pela *Argos* e *Littlewoods* para o CAT em abril de 2003, tendo este, em dezembro de 2004, confirmado a decisão da OFT em matéria de responsabilidade⁷⁸.

Insatisfeitas com esta decisão, as distribuidoras, em conjunto com a *JJB Sports*, interveniente no caso *Replica Football Kit*, interpuseram recurso para o *Court of Appeal*⁷⁹.

O *Court of Appeal*, comparativamente à convicção do CAT, formulou uma abordagem mais restrita e conservadora do teste a implementar na verificação da existência de uma prática concertada, tendo em conta, nomeadamente o elemento subjetivo, fazendo da intenção um requisito essencial⁸⁰. Assim, considerou o *Court of Appeal* como critério para determinar a existência de um cartel *hub and spoke*: “se (i) o retalhista A revela ao fornecedor B as suas intenções em matéria de preços futuros, em circunstâncias em que o A considera que o B fará uso da informação para alterar as condições de mercado através da partilha dessa informação com outros retalhistas (sendo o C um deles); (ii) o B partilha essa informação com o C de forma a que o C seja levado a saber as circunstâncias em que o A partilhou informação com o B; e (iii) o C usa, de facto, essa informação para determinar as suas intenções de preço, então A, B e C são todos partes de uma prática concertada com o objetivo de restringir ou distorcer a concorrência. O caso torna-se mais evidente se existir reciprocidade, ou seja, o retalhista C revela informação ao fornecedor B relativamente às suas intenções futuras em matéria de preços em circunstâncias em que o C considera que o B fará uso dessa informação para influenciar as condições de mercado, através da sua revelação ao A (entre outros), sendo que o B assim o fará”⁸¹.

Neste sentido, para além do elemento objetivo da partilha efetiva da informação, o *Court of Appeal* considerou necessária a existência de um conhecimento real de que essa informação seria retransmitida. Assim, para a verificação de uma prática concertada, considerou necessária

⁷⁸ Cfr. *Case 1014 and 1015/1/1/03 Argos Limited/Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading*, [2004] CAT 24.

⁷⁹ Cfr. *Case 2005/1071, 1074 and 1623 Argos Limited/Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v. Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318.

⁸⁰ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 101, e VEREECKEN, BRAM (2015), pág. 10.

⁸¹ Cfr. *Case 2005/1071, 1074 and 1623 Argos Limited/Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v. Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318, par. 141. Tradução nossa: “if (i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions, then A, B and C are all to be regarded as parties to a concerted practice having as its object the restriction or distortion of competition.”.

a existência de uma intenção de utilizar a informação para influenciar o mercado, preenchendo, assim, o elemento subjetivo, não sendo suficiente o requisito de “*previsão razoável*” explorado pelo CAT⁸².

Todavia, o *Court of Appeal* concordou com o CAT relativamente à existência de práticas concertadas indiretas nos mercados relevantes, confirmando assim, em última análise, as decisões do OFT⁸³.

3. Caso *AC-Treuhand I e II*

Apesar dos órgãos judiciais da UE, até à data, não terem analisado diretamente a figura *hub and spoke*, os casos *AC-Treuhand* surgem como um pilar fundamental para a construção deste conceito enquanto prática concertada⁸⁴.

A *AC-Treuhand* era uma consultora suíça que facilitou a execução de um acordo violador das regras de concorrência entre produtores de peróxidos orgânicos. Esta empresa de consultadoria não operava nos mercados em causa ou em mercados relacionados⁸⁵.

O Caso *AC-Treuhand*⁸⁶, como é vulgarmente apelidado, remonta a 2003, quando a Comissão Europeia considerou que três produtores de peróxidos orgânicos tinham implementado um cartel no mercado europeu desses produtos com o intuito de preservar as quotas de mercado dos produtores e coordenar os aumentos de preços⁸⁷. Para além disso, entendeu também a Comissão que a *AC-Treuhand* tinha tido um papel crucial na criação e manutenção do cartel, tendo sido responsável por organizar reuniões entre eles e dissimular provas das infrações, armazenando nas suas instalações documentos confidenciais relativos ao acordo⁸⁸. Por este motivo, a Comissão entendeu que a *AC-Treuhand*, também, teria infringido normas de concorrência, nomeadamente o artigo 81.º do Tratado da CE, que atualmente

⁸² Cfr. BUMBUK, MARIA (2020), pág. 51.

⁸³ Cfr. WHELAN, PETER (2009), pág. 837.

⁸⁴ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 87.

⁸⁵ Cfr. *Idem*, pág. 93.

⁸⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de julho de 2008, processo n.º T-99/04, *AC-Treuhand AG* c. Comissão das Comunidades Europeias, ECLI:EU:T:2008:256.

⁸⁷ Cfr. Decisão da Comissão 2005/349/CE de 10 de dezembro de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-2/37.857 - Peróxidos orgânicos).

⁸⁸ Cfr. PLMJ (2008), pág. 1, e VERECKEN, BRAM (2015), págs. 20 e 21.

corresponde ao artigo 101.º do TFUE, e o artigo 53.º do Acordo EEE, impondo-lhe, contudo, uma coima meramente simbólica⁸⁹.

Não se contentando com esta decisão, a *AC-Treuhand* interpôs recurso para o Tribunal de Primeira Instância⁹⁰. O Tribunal, por sua vez, em julho de 2008, entendeu que a consultora, mesmo não sendo membro do cartel, seria responsável, dada a sua contribuição para a realização da infração. Assim, considerou que o facto de uma empresa não estar ativa no mercado no qual a restrição de concorrência se materializa não afasta a sua responsabilidade pela participação na implementação de um cartel⁹¹. Como resultado, o Tribunal confirmou a decisão de condenação da Comissão.

Todavia, não aprendendo com os seus erros, a *AC-Treuhand* voltou a ver-se envolvida no seio de um cartel. Importa ressaltar que o caso *AC-Treuhand I* e o caso *AC-Treuhand II* não se relacionam factualmente⁹², assemelhando-se apenas o papel da *AC-Treuhand* enquanto facilitadora de acordo.

A *AC-Treuhand*, sendo uma empresa que prestava serviços de consultadoria, oferecia serviços de recolha, tratamento e exploração de dados de mercado, apresentação de estatísticas de mercado e controlo de números que lhe eram comunicados. Em 2009, no caso *AC-Treuhand II*, a Comissão Europeia imputou responsabilidades à consultora, dado que, uma vez mais, esta desempenhou um papel fulcral na organização de dois acordos envolvendo empresas do setor dos estabilizadores de estanho e ésteres⁹³. Estes acordos consistiam na fixação de preços, na repartição de mercados através de quotas de venda, na repartição de clientes e na troca de informações comercialmente sensíveis⁹⁴.

Assim, a *AC-Treuhand* fora responsável por organizar reuniões para os participantes na prática alegada, às quais assistiu e nas quais participou ativamente, recolhendo e fornecendo às empresas envolvidas dados sobre as vendas nos mercados em causa. Para além do mais, a consultora desempenhava o papel de moderadora em caso de conflito entre as empresas,

⁸⁹ No valor de 1000€, sendo meramente simbólica comparada com as coimas no valor de milhões de euros impostas às outras empresas.

⁹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de julho de 2008, processo n.º T-99/04, *AC-Treuhand AG* c. Comissão das Comunidades Europeias, ECLI:EU:T:2008:256.

⁹¹ *Idem*, par. 127.

⁹² Cfr. VERECKEN, BRAM (2015), pág. 22.

⁹³ Cfr. Decisão da Comissão 2010/C307/05 de 11 de novembro de 2009, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/38.589 – Estabilizadores térmicos).

⁹⁴ Cfr. VERECKEN, BRAM (2015), pág. 22.

incentivando-as a cooperar. Como contrapartida da sua participação, a *AC-Treuhand* auferia uma remuneração⁹⁵.

Deste modo, a Comissão conclui que a *AC-Treuhand*, juntamente com as outras empresas participantes, tinha infringido as normas da concorrência vertidas no artigo 101.º, n.º1 do TFUE (na altura artigo 81.º do Tratado da CE) e no artigo 53.º do Acordo EEE. Assim, a consultora foi condenada por participar em dois conjuntos de acordos e práticas concertadas anticoncorrenciais que afetaram o comércio do EEE, referentes ao setor dos estilizadores de estanho e ésteres.

Desta decisão da Comissão, não tardou a chegar recurso ao TJUE⁹⁶, interposto pela *AC-Treuhand*, após o Tribunal Geral ter negado, em 2014, o provimento ao seu recurso em que pedia a anulação da Decisão da Comissão⁹⁷.

Assim, neste Acórdão de outubro de 2015, o TJUE pronunciou-se, pela primeira vez, sobre a possibilidade de uma empresa que não estava presente no mesmo mercado que as restantes empresas ou, sequer, num mercado relacionado, nem exercia qualquer tipo de pressão concorrencial entre elas, ser condenada por infrações às regras da concorrência por ter facilitado a realização de um acordo. Em causa estava a incógnita de saber se o artigo 101.º, n.º 1 do TJUE se podia aplicar aos chamados *cartels facilitors*, ou seja, aos operadores que ajudam a implementar um acordo restritivo da concorrência, não participando diretamente no cartel mas organizando encontros entre os concorrentes e prestando serviços no âmbito deste⁹⁸.

Neste sentido, o TJUE entendeu que, estando em causa um acordo com um objeto anticoncorrencial, incumbiria à Comissão o ónus de provar que “(...) a referida empresa tinha intenção de contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto de participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco”⁹⁹.

⁹⁵ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 94.

⁹⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015, processo n.º C-194/14 P, *AC-Treuhand AG* c. Comissão Europeia, ECLI:EU:C:2015:717.

⁹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Geral de 6 de fevereiro de 2014, processo n.º T-27/10, *AC-Treuhand AG* c. Comissão Europeia, ECLI:EU:T:2014:59.

⁹⁸ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 94.

⁹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015, processo n.º C-194/14 P, *AC-Treuhand AG* c. Comissão Europeia, ECLI:EU:C:2015:717, par. 30.

Determinou, ainda, que “os modos passivos de participação na infração, como a presença de uma empresa em reuniões onde foram concluídos acordos de natureza anticoncorrencial, sem a eles se ter oposto de forma manifesta, se traduzem numa cumplicidade que é suscetível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito do artigo 81.º, n.º1, CE, uma vez que a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente ou sem denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuação da infração e compromete a sua descoberta”¹⁰⁰.

Por fim, quanto à aplicação do artigo 101.º/1 do TFUE, conclui que a letra da lei se refere “(...) em geral, a todos os acordos e a todas as práticas concertadas nas relações quer horizontais quer verticais, que falseiem a concorrência no mercado comum, independentemente do mercado no qual as partes exercem atividade e independentemente do facto de apenas o comportamento de uma delas estar envolvido nos termos dos acordos em causa”¹⁰¹.

4. Caso Eturas

O caso *Eturas* resultou de um pedido de reenvio prejudicial para o TJUE apresentado pelo Supremo Tribunal Administrativo da Lituânia¹⁰².

As partes envolvidas no litígio subjacente eram a *Eturas UAB*, proprietária e administradora de um sistema informático de reserva de viagens em linha, e um conjunto de agências de viagens que utilizavam esse sistema de reserva de viagens. Mediante um contrato, as agências de viagens adquiriam uma licença de exploração do programa informático *E-TURAS* à *Eturas UAB*. Posteriormente, este sistema era integrado no *website* das agências de viagem, permitindo-lhes propor a venda de viagens através desse *website*, sendo a forma de apresentação das reservas uniforme e determinada pela *Eturas UAB*¹⁰³. Para além disso, ao adquirirem esta licença de utilização do sistema as agências de viagem passavam, também, a

¹⁰⁰ *Idem*, par. 31.

¹⁰¹ *Idem*, par. 35.

¹⁰² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016, processo n.º C-74/14, *Eturas UAB* e outros c. *Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42.

¹⁰³ *Idem*, par. 6 e 7.

ter acesso a uma conta de correio eletrónica associada ao programa informático, à qual só podiam aceder através de uma senha pessoal¹⁰⁴.

Assim, através desse centro de mensagens específico do sistema de reservas *E-TURAS*, o diretor da *Eturas UAB* enviara uma mensagem a várias agências de viagens, pedindo que votassem uma redução da taxa de desconto na internet, alterando-a de 4% para uma taxa entre 1% a 3%. Após esta mensagem, foi introduzida uma restrição técnica no sistema *E-TURAS* que limitava a 3% o desconto disponível para as reservas em linha, tendo sido esta imposição comunicada, também, por uma mensagem enviada pelo centro de mensagens interno.

O Conselho da Concorrência Lituano, numa decisão de junho de 2012, conclui que as agências de viagens e a *Eturas UAB* participavam numa prática anticoncorrencial relativamente aos descontos aplicáveis às reservas através do sistema *E-TURAS* procedendo à aplicação de coimas a todos os intervenientes¹⁰⁵.

Posteriormente, após o recurso aos tribunais, a questão chegou ao Supremo Tribunal Administrativo da Lituânia. Este, por sua vez, com dúvidas quanto à interpretação correta do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, apresentou um pedido de decisão prejudicial ao TJUE em 2014. Com este reenvio prejudicial o Tribunal pretendia, essencialmente, saber se a atuação de um terceiro, proprietário do referido sistema informático e que impõe uma restrição à taxa de desconto, é suscetível de configurar uma violação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE¹⁰⁶.

O Tribunal de Justiça acabou por concluir, em janeiro de 2016, que o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE deve ser interpretado no sentido de se presumir que *“a partir do momento em que as agências de viagens tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição, caso não se tenham distanciado publicamente dessa prática, não a tenham denunciado às entidades administrativas ou não tenham apresentado outras provas que permitissem ilidir a presunção”*¹⁰⁷.

Em suma, o Tribunal afirmou que as agências de viagens para as quais foi enviada a mensagem consentiram tacitamente numa prática anticoncorrencial, uma vez que se presume a

¹⁰⁴ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 95.

¹⁰⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016, processo n.º C-74/14, *Eturas UAB* e outros c. *Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42, par. 13.

¹⁰⁶ *Idem*, par. 25.

¹⁰⁷ *Idem*, par. 50.

participação a partir do momento em que tiveram conhecimento do conteúdo da mensagem e não se distanciaram publicamente dessa prática¹⁰⁸. Todavia, não descartou a possibilidade destas empresas ilidirem esta presunção¹⁰⁹.

5. Caso *VM Remonts*

Este caso surge na sequência de um reenvio prejudicial feito pelo Supremo Tribunal da Letónia, após uma alegada concertação de empresas aquando da sua participação num concurso¹¹⁰.

A origem deste caso remonta a um concurso para fornecimentos de géneros alimentícios aos estabelecimentos de ensino, no qual três empresas apresentaram uma proposta, nomeadamente, a *VM Remonts*, a *Ausma grupa* e a *Partikas Kompanija*¹¹¹.

Com o intuito de obter ajuda na redação da sua proposta, a *Partikas* recorreu a uma empresa de prestação de serviços jurídicos, sendo que esta, por sua vez, recorreu a uma subcontratante, a *MMD lietas*. Assim, a *Partikas* enviou um projeto de proposta, por si elaborado de forma independente, à *MMD lietas* para sua análise e apreciação¹¹². No entanto, esta subcontratante comprometeu-se, paralelamente, a elaborar as propostas da *Ausma* e *VM Remonts*, não informando disso a *Partikas*. Na redação das propostas, um funcionário da *MMD lietas* utilizou a proposta elaborada pela *Partikas* como referência para a redação das propostas das outras duas empresas.

O Conselho da Concorrência nacional, numa decisão de outubro de 2011, entendeu que as três empresas tinham violado as normas da concorrência ao elaborarem as suas propostas conjuntamente, com o objetivo de simular uma concorrência efetiva entre as mesmas. Assim, o Conselho da Concorrência considerou que esta prática concertada tinha falseado a concorrência e aplicou coimas a estas empresas¹¹³.

¹⁰⁸ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), págs. 96 e 97.

¹⁰⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016, processo n.º C-74/14, *Eturas UAB* e outros c. *Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42, par. 49.

¹¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de julho de 2016, processo n.º C-542/14, *VM Remonts* e outros c. *Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2016:578.

¹¹¹ *Idem*, par. 4.

¹¹² *Idem*, par. 5.

¹¹³ *Idem*, par. 8.

Após recurso para o Tribunal Administrativo Regional, este litígio acabou por chegar ao Supremo Tribunal da Letónia que decidiu por um reenvio prejudicial para o TJUE¹¹⁴. Tratava-se, essencialmente, de saber se uma empresa poderia ser considerada responsável por uma prática concertada motivada por atos de um prestador de serviços independente que lhe presta serviços, sem nunca se ter associado à prática concertada por ele levada a cabo ou dela ter tido sequer conhecimento, sendo assim suscetível de violar o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE¹¹⁵.

O Tribunal de Justiça, em julho de 2016, veio esclarecer que uma empresa poderia ser considerada responsável por uma prática concertada devido a atos de um prestador de serviços que lhe presta serviços quando este opera sob a direção ou fiscalização da empresa visada, se essa empresa tinha conhecimento dos objetivos anticoncorrenciais prosseguidos pelos seus concorrentes e pelo prestador de serviços e tinha intenção de contribuir para tais objetivos através do seu próprio comportamento¹¹⁶; ou, ainda, se a referida empresa podia prever razoavelmente os atos anticoncorrenciais dos seus concorrentes e dos prestadores de serviços e estava disposta a aceitar esse risco¹¹⁷.

Assim sendo, a intenção não foi considerada um elemento relevante, podendo uma empresa ser considerada responsável por uma prática concertada, sem ter intenção, nem sequer conhecimento efetivo. Contudo, por sua vez, o desconhecimento foi desconsiderado¹¹⁸.

¹¹⁴ *Idem*, par. 9.

¹¹⁵ *Idem*, par. 16 e cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), pág. 97.

¹¹⁶ *Idem*, par. 30.

¹¹⁷ *Idem*, par. 31.

¹¹⁸ Cfr. POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019), págs. 97 e 98, e PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2021), pág. 180.

Capítulo III – A figura *hub-and-spoke* no ordenamento jurídico português

1. Os poderes sancionatórios da Autoridade da Concorrência

A AdC é o órgão público responsável pela promoção e defesa da concorrência em Portugal. Criada pelo DL n.º 10/2003, de 18 de janeiro¹¹⁹, veio substituir a Direção-Geral do Comércio e Concorrência e o Conselho da Concorrência, instituídos pelo DL n.º 422/83 aquando das negociações da adesão de Portugal à CEE¹²⁰. Os Estatutos da AdC encontram-se, atualmente, previstos no DL n.º 125/2014, de 18 de agosto, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto.

Sendo uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, a AdC tem por missão *“assegurar a aplicação das regras e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, respeitando o princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores”*¹²¹. Assim, desde a sua criação em 2003, a AdC foca-se na promoção do bem público que é a Concorrência¹²², inscrito na Constituição da República Portuguesa e no TFUE¹²³.

Para o desempenho das suas atribuições, previstas no artigo 5.º dos Estatutos, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação¹²⁴. No âmbito dos seus poderes sancionatórios, incumbe à AdC investigar práticas e comportamentos suscetíveis de restringir a concorrência e proceder à instrução dos respetivos processos, aplicando coimas e sanções quando necessário¹²⁵. Tais poderes sancionatórios são imprescindíveis à defesa da

¹¹⁹ Este diploma foi revogado pelo DL 125/2014, de 18 de Agosto.

¹²⁰ Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), págs. 121 a 123.

¹²¹ De acordo com o previsto no artigo 1.º dos Estatutos da AdC.

¹²² Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), pág. 29.

¹²³ Cfr. em especial, o artigo 81.º, al. f) da CRP e os artigos 101.º e ss. do TFUE.

¹²⁴ Cf. artigo 6.º dos Estatutos da AdC.

¹²⁵ De acordo com o previsto, em especial, no artigo 6.º, n.º 2: “2 - No exercício dos seus poderes sancionatórios, incumbe à AdC:

a) Identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei;

b) Cobrar as coimas estabelecidas na lei;

c) Adotar medidas cautelares, nos termos do regime jurídico da concorrência e de outras disposições legais aplicáveis;

d) Praticar os demais atos previstos na lei.”.

concorrência, permitindo a descoberta de práticas restritivas e funcionando como um mecanismo dissuasor de tais comportamentos, dadas as sanções aplicadas.

De acordo com a LdC, prevista na lei n.º 19/2012, de 8 de maio, “*a AdC exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e a gravidade da eventual infração à luz dos elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados*”¹²⁶. Após a abertura do processo de contraordenação, a sua tramitação rege-se pelo previsto na LdC¹²⁷ e, subsidiariamente, com as devidas adaptações, pelo Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social¹²⁸.

Assim, em Portugal, o legislador optou por enquadrar as infrações às regras da concorrência como contraordenações, o que, para MIGUEL MOURA E SILVA (2020), “*conduz à incerteza da localização do direito sancionatório relativo a ilícitos concorrenciais entre o direito administrativo sancionatório e o direito penal e processual penal*”. Por sua vez, o regime da defesa da concorrência da UE caracteriza-se por um sistema de direito sancionatório administrativo¹²⁹.

No que concerne à tramitação do processo sancionatório, este inicia-se com a abertura de inquérito¹³⁰, após apreciação preliminar, quando a AdC tem conhecimento de eventuais infrações às regras da concorrência, seja oficiosamente ou na sequência de denúncia¹³¹. Nesta fase de inquérito, a AdC realiza diligências de busca, exame, recolha e apreensão, pedidos de elementos de informação e documentação, bem como procede a inquirições e interrogatórios¹³². Concluído o inquérito, a AdC pode proceder ao arquivamento do processo, se entender que não existem indícios suficientes de infração, ou dar início à fase de instrução do processo, caso conclua que existem indícios suficientes de infração às regras da concorrência¹³³.

A fase de instrução inicia-se com a notificação da nota de ilicitude às empresas arguidas, na qual lhes é comunicado todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão

¹²⁶ De acordo com o artigo 7.º, n.º 2.

¹²⁷ Cfr. artigo 13.º da LdC.

¹²⁸ Previsto no DL n.º 433/82, de 27 de outubro.

¹²⁹ Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), págs. 380 e 381.

¹³⁰ Cfr. artigo 17.º da LdC.

¹³¹ Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), págs. 403 a 410.

¹³² Cfr. artigo 31.º da LdC.

¹³³ Cfr. artigo 24.º da LdC.

final¹³⁴. Após esta comunicação, as arguidas têm a oportunidade de se pronunciarem sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, sobre a prova produzida, a qualificação jurídica da contraordenação que lhes é imputada e a moldura sancionatória aplicável, bem como requer diligências complementares de prova que considerem convenientes¹³⁵. Tanto durante a fase de inquérito, como durante a fase de instrução, a AdC pode adotar medidas cautelares quando a investigação em curso indicie que a prática objeto do processo é suscetível de causar um prejuízo iminente, grave e irreparável ou de difícil reparação para a concorrência ou para os interesses de terceiros¹³⁶. Concluída a instrução, a AdC adota uma decisão final¹³⁷, na qual pode declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência ou ordenar o arquivamento do processo¹³⁸.

Quando, após a instrução do processo, seja confirmada a verificação de uma infração às regras da concorrência, a Autoridade adota uma decisão condenatória, na qual ordena a cessação da mesma. Além disso, a AdC pode aplicar coimas e demais sanções previstas nos artigos 69.º a 71.º da LdC.

Por fim, o regime de recurso dos processos contraordenacionais conduzidos pela AdC rege-se pela Secção I do Capítulo IX da LdC e, subsidiariamente pelo RGIMOS¹³⁹, o qual, por sua vez, remete para o CPP e para o CPC. Os recursos das decisões da AdC são decididos pelo TRCS. As decisões do TRCS, por sua vez, são recorríveis para o TRL (secção criminal), o qual decide em última instância¹⁴⁰.

2. Surgimento da prática no ordenamento jurídico português

Em Dezembro de 2020, a AdC emitiu duas decisões condenatórias em que considerou, pela primeira vez, que um conluio entre empresas consistia numa prática de *hub and spoke*¹⁴¹. Até aquele momento não existia nenhuma condenação por esta prática concertada no ordenamento jurídico português.

¹³⁴ Cfr. artigo 25.º da LdC.

¹³⁵ Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), pág. 425.

¹³⁶ Cfr. artigo 34.º da LdC.

¹³⁷ Cfr. artigo 29.º da LdC.

¹³⁸ Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), pág. 437.

¹³⁹ Remissão pelo artigo 83.º da LdC.

¹⁴⁰ Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), págs. 459 a 464.

¹⁴¹ Cfr. Decisões PRC/2017/7, de 18 de dezembro de 2020 e PRC/2017/1, de 18 de dezembro de 2020.

Após esta primeira decisão condenatória, várias outras surgiram na sequência, também, de acordos *hub and spoke*. No total, e até ao momento, a AdC emitiu 10 decisões condenatórias, aplicando coimas pesadas a várias empresas por participação nesta prática restritiva da concorrência. Todos os casos têm como intervenientes empresas do setor da distribuição e alimentar.

Tais condenações resultaram de uma ampla investigação da AdC após diligências de investigação no âmbito de um processo contraordenacional, que correu termos sob a referência interna PRC/2016/4, e que levou à condenação da empresa *Super Bock Bebidas, S.A.* por fixação de preços mínimos¹⁴². Na sequência das diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas no referido processo, surgiram, para além de indícios relativos ao envolvimento da empresa ali visada em práticas restritivas da concorrência, fortes indícios do envolvimento de outras empresas ativas no mercado da distribuição retalhista de base alimentar e no mercado da produção, fornecimento e comercialização de outros produtos alimentares e não alimentares em práticas anticoncorrenciais distintas.

Assim, isso levou a AdC a realizar diligências de busca adicionais num conjunto de empresas ativas no mercado da distribuição retalhista de base alimentar¹⁴³. Por conta destas últimas diligências foram encontrados e apreendidos documentos que confirmaram o envolvimento dessas empresas de distribuição retalhista, bem como de alguns fornecedores de produtos alimentares e não alimentares, em potenciais práticas restritivas da concorrência de cariz simultaneamente vertical e horizontal¹⁴⁴. Neste sentido, a AdC entendeu que existiam fundamentos suficientes para averiguar práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos sancionatórios autónomos, tendo oficiosamente procedido à abertura de vários inquéritos¹⁴⁵.

Para a abertura dos procedimentos sancionatórios autónomos, a AdC procedeu à extração de certidão de teor de elementos probatórios constantes do PRC/2016/4 para todos os processos. Para além do mais, o conselho de administração da AdC determinou a imposição do segredo de justiça em todos processos, na fase de inquérito, nos termos e para os efeitos do artigo 32.º, n.º 2 da LdC, tendo justificado tal decisão “*na necessidade de proteção dos interesses da investigação, que podiam ser prejudicados pela publicidade do inquérito, atendendo, em*

¹⁴² Cfr. Decisão PRC/2016/4, de 24 de julho de 2019.

¹⁴³ Estas buscas foram realizadas entre os dias 7 de fevereiro e 3 de março de 2017.

¹⁴⁴ Características da prática *hub and spoke*.

¹⁴⁵ Nos termos dos artigos 8.º, n.º 1 e 17.º, n.º 1 da LdC.

particular, à obtenção dos elementos probatórios necessários ao preenchimento do tipo contraordenacional imputados às Visadas”¹⁴⁶.

Por fim, tais processos resultaram em decisões condenatórias, concluindo a AdC que as empresas visadas consubstanciaram uma fixação indireta de preços por via de uma prática concertada através de um fornecedor comum, que “*desempenhava o papel de pivot na comunicação entre elas*”¹⁴⁷, designando essa prática como *hub and spoke*.

Várias empresas foram condenadas mais de uma vez em processos diferentes pela sua participação em esquemas distintos de *hub and spoke*, tendo estado envolvidos em todos os esquemas os três maiores distribuidores retalhistas nacionais.

Desta ampla investigação da AdC em casos *hub and spoke* resultaram coimas que ascenderam a cerca 724 milhões de euros¹⁴⁸, fazendo com que Portugal seja, até á data, o Estado-Membro da UE com maior número de casos de condenações pela prática *hub and spoke*¹⁴⁹.

i. PRC/2017/7

Esta decisão foi a pioneira na condenação da prática *hub and spoke* no ordenamento jurídico português¹⁵⁰.

Este processo teve como entidades intervenientes várias cadeias de supermercados ativas no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, designadamente (pelo nome como são vulgarmente conhecidas junto dos consumidores) *Auchan*¹⁵¹, *E.Leclerc*¹⁵², *Intermarché*¹⁵³, *Lidl*¹⁵⁴, *Continente*¹⁵⁵ e *Pingo Doce*¹⁵⁶, e a fornecedora de bebidas alcoólicas *Primedrinks*¹⁵⁷.

¹⁴⁶ Cfr. por exemplo, Decisão PRC/2017/7, de 18 de dezembro de 2020, pág. 14.

¹⁴⁷ *Idem*, pág. 596.

¹⁴⁸ Mais precisamente €724.059.691,61.

¹⁴⁹ Cfr. PLMJ (2023).

¹⁵⁰ Juntamente com a Decisão PRC/2017/1, de 18 de dezembro de 2020.

¹⁵¹ Auchan Portugal Hipermercados, S.A.

¹⁵² Cooplecnorte - Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços, C.R.L.

¹⁵³ ITMP ALIMENTAR, S.A.

¹⁵⁴ Lidl & Companhia.

¹⁵⁵ Modelo Continente - Hipermercados, S.A.

¹⁵⁶ Pingo Doce - Distribuição Alimentar, S.A.

¹⁵⁷ Primedrinks - Comercialização de Bebidas Alcoólicas e Produtos Alimentares, S.A.

Estando em causa uma possível combinação de preços entre as cadeias de supermercados e a fornecedora de bebidas alcoólicas, a AdC decidiu pela abertura de inquérito a 21 de março de 2017¹⁵⁸. Com base no inquérito realizado, a 21 de março de 2019, o Conselho de Administração da AdC concluiu que “*existia uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória contra as Visadas, decorrente da sua participação numa prática concertada de “hub and spoke” restritiva da concorrência*”¹⁵⁹. Nesse pressuposto, o Conselho de Administração da AdC decidiu encerrar o inquérito e dar início à instrução do processo contraordenacional, através da adoção e notificação de uma Nota de Ilícitude às Visadas. Entre 29 de janeiro de 2020 e 4 de fevereiro de 2020, as Visadas apresentaram, individualmente, as suas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude¹⁶⁰.

A investigação da AdC focou-se, essencialmente, na análise e apreciação de trocas de mensagens de correio eletrónico entre as entidades visadas.

Nesta sequência, a AdC verificou que a *Primedrinks*, aquando da definição do PVP dos seus produtos, enviava às diferentes empresas de distribuição tabelas com indicação expressa dos PVP, ou fórmulas de marcação de preços prefixadas, com menção expressa a um nível de preço fixo ou mínimo¹⁶¹. Assim, acabou por concluir que, na prática, tais tabelas denominadas de “tabelas de preços de referência e/ou recomendados”, correspondiam a verdadeiros PVP obrigatórios ou mínimos, que deveriam ser implementados pelas empresas de distribuição¹⁶².

Para além do mais, quando as empresas de distribuição recebiam as indicações de PVP do fornecedor sabiam que informações idênticas seriam também transmitidas aos seus concorrentes, chegando o fornecedor a informar efetivamente as empresas visadas sobre as intenções de preços das concorrentes, de forma a tranquilizá-las sobre a incerteza do comportamento das outras visadas. Assim, as empresas de distribuição decidiam os preços a praticar alicerçando-se na informação segura relativa à sua concorrência propagada pelo fornecedor¹⁶³.

Para além deste primeiro momento de transmissão de informação concorrencial sensível, num segundo momento, era posto em prática um processo de monitorização.

¹⁵⁸ Cfr. Decisão PRC/2017/7, de 18 de dezembro de 2020.

¹⁵⁹ *Idem*, pág. 26.

¹⁶⁰ *Idem*, pág. 33.

¹⁶¹ *Idem*, pág. 193.

¹⁶² *Idem*, págs. 193 e 198.

¹⁶³ *Idem*, pág. 504.

Assim, sempre que o fornecedor, ou uma empresa de distribuição, verificava a existência de algum desvio do PVP concertado por parte de outra empresa, o fornecedor tentava de imediato retificar esse desvio, exercendo pressão junto dessa empresa no sentido de proceder, com a maior brevidade possível, ao reajustamento do PVP¹⁶⁴. Por vezes as empresas de distribuição exerciam pressão junto do fornecedor através de verdadeiras ações de coação e retaliação, a fim de o induzir a pressionar a concorrência a manter o alinhamento de PVP no mesmo nível que as restantes¹⁶⁵. Este papel assumido pelo fornecedor permitia às empresas visadas evitar o contacto direto entre si.

Este processo de monitorização era posto em prática ininterruptamente, através da partilha regular, por vezes até diária, de informações referentes “*a PVP, preços mínimos, preços de referência/recomendados, condições comerciais, certas tendências de preços, talões comprovativos da implementação de determinado PVP em determinada empresa de distribuição, realização ou previsão de realização de ações promocionais em determinados períodos e com determinadas condições, envio de informação relativa a alterações ou implementações de PVP, etc.*”¹⁶⁶.

Da factualidade considerada provada nesta Decisão, a AdC conclui estar demonstrado que a *Primedrinks* e as empresas de distribuição em causa, consciente e voluntariamente, implementaram uma prática concertada de fixação de preços de venda ao consumidor dos produtos distribuídos e comercializados por aquela no mercado de distribuição retalhista de base alimentar¹⁶⁷. Esta prática de fixação indireta de preços de vários produtos do portfolio da *Primedrinks*, nomeadamente os vinhos do produtor *Esporão* e *Aveleda*, os whiskies *The Famous Grouse* ou *Grant's*, o gin *Hendrick's* e a vodka *Stolichnaya*, durou mais de 10 anos, de forma permanente e ininterrupta, entre os anos de 2007 e 2017¹⁶⁸.

Concluiu, ainda, que tais comportamentos tinham como objetivo comum garantir, ou pelo menos promover, um alinhamento horizontal dos preços no mercado nacional retalhista alimentar, tendo em vista uma subida, gradual e progressiva dos mesmos¹⁶⁹. A especificidade deste caso reside no facto de a AdC ter entendido que esta prática de fixação e alinhamento dos

¹⁶⁴ *Idem*, pág. 505.

¹⁶⁵ *Idem*, pág. 504.

¹⁶⁶ *Idem*, pág. 505.

¹⁶⁷ *Idem*, pág. 447.

¹⁶⁸ *Idem*, pág. 584.

¹⁶⁹ *Idem*, pág. 447.

preços entre empresas concorrentes, por intermédio do fornecedor, tinha natureza híbrida, uma vez que apresentava características simultaneamente verticais e horizontais, materializando-se numa prática concertada de *hub and spoke*¹⁷⁰.

A AdC fundamentou a sua posição na particularidade de as empresas de distribuição visadas se encontrarem num nível diferente da cadeia de distribuição relativamente ao fornecedor, e de não contactarem diretamente entre si, utilizando para esse efeito o referido fornecedor comum. Assim, era a empresa que se encontrava no nível superior da cadeia de distribuição, o fornecedor, que, através de um conjunto alargado e reiterado de feixes de comunicação verticais, facilitava, promovia e garantia a colusão ilícita entre as empresas que se situavam no nível inferior da referida cadeia de distribuição, no caso as empresas de distribuição visadas, redundando no alinhamento horizontal de preços no mercado retalhista¹⁷¹. Neste sentido, o fornecedor comum atuava com um “*hub*”, enquanto as empresas de distribuição seriam os “*spokes*”. Além do mais, destes contactos estabelecidos entre o fornecedor e as empresas de distribuição resultavam trocas de informação relativa à estratégia comercial presente e futura de cada empresa de distribuição, que posteriormente era divulgada pelo fornecedor às empresas de distribuição concorrentes, garantindo-lhes que o mercado se encontrava a praticar o PVP concertado ou que o iria praticar brevemente¹⁷².

Posto isto, a AdC formou a convicção de que os comportamentos investigados se traduziam numa “*verdadeira prática concertada de alinhamento ao mesmo nível de PVP entre as empresas de distribuição visadas, alcançada de forma indireta, através do fornecedor*”¹⁷³. Assim, entendeu que tais comportamentos consubstanciavam “*uma prática restritiva da concorrência, nos termos do disposto n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE*”¹⁷⁴.

Por fim, quanto à culpa¹⁷⁵, considerou incontestável que todas as empresas visadas agiram inteiramente cientes da censurabilidade da conduta que praticavam, e de que a mesma era expressamente proibida por lei, tendo, mesmo assim, prosseguido com a mesma¹⁷⁶.

¹⁷⁰ *Idem*, pág. 486.

¹⁷¹ *Idem*, pág. 486.

¹⁷² *Idem*, págs. 486 e 502.

¹⁷³ *Idem*, pág. 502.

¹⁷⁴ *Idem*, pág. 447.

¹⁷⁵ Nos termos do artigo 9.º, n.º 1 do RGIMOS, aplicável *ex vi* artigo 13.º da LdC, “*age sem culpa quem atua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro sobre a ilicitude lhe não for censurável*”.

¹⁷⁶ Cfr. Decisão PRC/2017/7, de 18 de dezembro de 2020, pág. 561.

Acrescentou, ainda, que “qualquer uma das empresas de distribuição visadas sabe, ou não pode desconhecer, que não deve ter acesso, por exemplo, à estratégia de preços futura de uma empresa de distribuição concorrente ou ao respetivo calendário de movimentação e alteração dos PVP e que não deve condicionar a sua própria estratégia em função de uma coordenação de estratégias concorrentes, por intermédio do fornecedor”¹⁷⁷.

Neste sentido, a AdC terminou punindo os comportamentos descritos, nos termos do artigo 68.º da LdC e do artigo 101.º do TFUE¹⁷⁸. Teve ainda em conta o artigo 69.º, n.º 2 da LdC, segundo o qual a coima aplicável não poderia exceder 10% do volume de negócios realizado por cada empresa visada no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade¹⁷⁹.

Assim, as coimas aplicadas pela AdC somaram o valor total de €162.560.000,00¹⁸⁰. As sanções mais pesadas foram atribuídas ao *Continente* e *Pingo Doce*, no valor de €75.630.000,00 e €45.450.000,00, respetivamente. Seguindo-se o *Intermarché* condenado em €11.070.000,00, o *Auchan* em €10.790.000,00, o *Lidl* em €10.550.000,00 e o *E.Leclerc* em €2.060.000,00. O fornecedor de bebidas *Primedrinks* foi condenado numa coima de €7.010.000,00. Importa ressaltar que aquando desta condenação não existiam antecedentes contraordenacionais por infração às regras da concorrência da maioria das empresas visadas¹⁸¹.

Para além disso, a AdC entendeu que, em simultâneo, se justificava a aplicação da sanção acessória prevista no artigo 71.º, n.º 1, al. a) da LdC, tendo em conta a gravidade da infração imputada e a afetação sensível do comércio entre os Estados-Membros, bem como as exigências de prevenção geral e especial¹⁸². Assim, ordenou que as empresas visadas procedessem à publicação, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da Decisão, de um extrato da mesma, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional¹⁸³.

Esta Decisão Final Condenatória foi adotada em 18 de dezembro de 2020, encontrando-se, atualmente, pendente recurso de impugnação judicial da decisão final.

¹⁷⁷ *Idem*, pág. 562.

¹⁷⁸ *Idem*, pág. 565.

¹⁷⁹ *Idem*, pág. 577.

¹⁸⁰ *Idem*, págs. 602 a 606.

¹⁸¹ *Idem*, pág. 592.

¹⁸² *Idem*, pág. 599.

¹⁸³ *Idem*, pág. 605.

ii. PRC/2017/1

Em paralelo com a decisão supra analisada, no dia 18 de dezembro de 2020, a AdC emitiu outra decisão condenatória pela prática *hub and spoke* no ordenamento jurídico português¹⁸⁴.

Em comum com a decisão anterior, este processo teve como entidades visadas as cadeias de supermercado *Continente*, *Pingo Doce*, *Auchan* e *Intermarché*. Estiveram, ainda, envolvidas a fornecedora de bebidas *Sociedade Central de Cervejas*¹⁸⁵, um administrador desta fornecedora e um diretor da unidade de negócio do *Continente*.

A AdC decidiu pela abertura do inquérito em março de 2017¹⁸⁶, tendo dois anos mais tarde, em março de 2019, adotado as respetivas notas de ilicitude e comunicado as acusações às entidades visadas, dando-lhes a oportunidade de exercer o seu direito de audição e defesa, devidamente apreciado e considerado na decisão final¹⁸⁷. A AdC realizou ainda, na fase de instrução, diligências complementares de prova requeridas pelas empresas visadas, cujos resultados foram igualmente tidos em conta¹⁸⁸.

O modelo e forma de atuação das insígnias visadas foi idêntico ao analisado na decisão supra¹⁸⁹, tendo-se centrado a investigação, uma vez mais, na análise e apreciação de mensagens de correio eletrónico. Da análise da factualidade resultou, essencialmente, que as empresas de distribuição, através do recurso ao fornecedor comum *Sociedade Central de Cervejas*, asseguravam o alinhamento dos seus preços de venda ao público, com o objetivo comum da sua subida gradual e progressiva. Tal era conseguido através de um processo de transmissão indireta de informação concorrencial sensível, mediante sucessivas comunicações bilaterais com o fornecedor, nas quais obtinha a adesão da cada empresa visada relativamente a um determinado posicionamento futuro de PVP a ser implementado numa determinada data, veiculando essa informação por todas as empresas de distribuição visadas. Para além disso, era também implementado um processo de controlo e monitorização, que permitia detetar a existência de desvios ao preço concertado e ordenar de imediato a correção desse mesmo desvio¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Cfr. Decisão PRC/2017/1, de 18 de dezembro de 2020.

¹⁸⁵ Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, S.A.

¹⁸⁶ Cfr. Decisão PRC/2017/1, de 18 de dezembro de 2020, pág. 12.

¹⁸⁷ *Idem*, pág. 21.

¹⁸⁸ *Idem*, pág. 30.

¹⁸⁹ Por uma questão de clareza, de modo a evitar repetições extensivas, remete-se a descrição da factualidade para a decisão PRC/2017/7, uma vez que o modelo de atuação foi idêntico.

¹⁹⁰ Cfr. Decisão PRC/2017/1, de 18 de dezembro de 2020, págs. 352 a 361.

A investigação da AdC determinou que as práticas duraram mais de 9 anos, entre os anos de 2008 e 2017, nos quais os distribuidores e o fornecedor concertaram os preços de vários produtos da *Sociedade Central de Cervejas*, tais como as cervejas *Sagres* e *Heineken*, a sidra *Bandida do Pomar* e a *Água do Luso*, com o objetivo de aumentar gradualmente o preço no mercado retalhista¹⁹¹.

Por fim, considerou que estava em causa uma prática *hub and spoke*, proibida ao abrigo da LdC e do TFUE, que lesou os consumidores ao privá-los do melhor preço¹⁹². O fornecedor funcionava, efetivamente, como um *hub*, ou seja, como um elo de ligação ou intermediário, situado num nível superior da cadeia de distribuição, utilizado pelas empresas de distribuição para assegurar a troca indireta de informações entre si, sendo estas os *spokes*. Neste sentido, a AdC considerou incontestável que todas as empresas visadas agiram inteiramente cientes da censurabilidade da conduta que praticavam, e de que a mesma era expressamente proibida por lei, tendo, mesmo assim, prosseguido com a mesma¹⁹³.

Assim, a AdC acabou por aplicar sanções a todas as intervenientes, tendo as coimas ascendido ao valor global de €172.688.000,00¹⁹⁴. Ao *Continente* e ao *Pingo Doce* foram aplicadas as coimas de maior valor, €61.370.000,00 e €56.890.000,00, respetivamente. Às restantes distribuidoras, *Auchan* e *Intermarché*, foram aplicadas coimas no valor de €14.200.000,00 e €10.710.000,00, respetivamente. A fornecedora *Sociedade Central de Cervejas* foi condenada numa coima de €29.500.000,00 e as pessoas singulares envolvidas condenadas num total de €18.000,00.

Ao mesmo tempo, a AdC aplicou, ainda, uma sanção acessória, em que determinou que as empresas visadas procedessem à publicação, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da Decisão, de um extrato da mesma, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional¹⁹⁵.

Importa ainda referir que às visadas *Continente*, *Pingo Doce*, *Auchan* e *Intermarché*, como foram também condenadas no âmbito do Processo PRC/2017/7, foram aplicadas, em cúmulo

¹⁹¹ *Idem*, pág. 361.

¹⁹² *Idem*, pág. 478.

¹⁹³ *Idem*, pág. 463.

¹⁹⁴ *Idem*, págs. 504 e 505.

¹⁹⁵ *Idem*, pág. 501.

jurídico, coimas únicas de concurso¹⁹⁶. Neste momento, encontra-se pendente recurso de impugnação judicial de decisão final.

iii. Os processos subsequentes

Após as duas decisões anteriores, a AdC emitiu, até ao momento, mais oito decisões condenatórias pela prática *hub and spoke* no mercado retalhista da distribuição alimentar.

Todas as decisões adotadas são idênticas quanto à factualidade e à matéria de direito em causa, inclusive várias empresas de distribuição estão envolvidas em diferentes processos, tendo sido algumas condenadas em todos eles, nomeadamente o *Continente*, o *Pingo Doce* e o *Auchan*. A investigação focou-se, principalmente, na análise de trocas de mensagem de correio eletrónico das empresas de distribuição com diversos fornecedores. Assim, tais condenações resultaram de um *modus operandi* mantido pelas empresas de distribuição ao longo de mais de uma década que se alastrou a uma multiplicidade de categorias de produtos por si vendidos ao consumidor final, resultando num conluio com uma série de fornecedores distintos, o que levou à abertura de processos distintos.

Assim sendo, por motivos de clareza e simplicidade, de modo a evitar repetições exaustivas, faremos apenas uma análise dos elementos diferenciadores das restantes decisões, remetendo as questões relativas ao procedimento, matéria de facto, forma de atuação e as questões de direito em que a AdC se alicerça para a análise supra do processo PRC/2017/7.

a. PRC/2017/13

Este processo teve como intervenientes as empresas de distribuição *Auchan*, *Intermarché*, *Continente* e *Pingo Doce*, e a fornecedora *Super Bock*¹⁹⁷. Foram ainda visados dois diretores do *Continente*, um responsável pela direção da unidade de negócio “*Soft Drinks*” e outro responsável pela direção das áreas de negócio “*Bebidas, Hard Drinks e Wine & Spirits*”¹⁹⁸.

Da investigação da AdC resultou que a prática concertada *hub and spoke*, nas quais as empresas visadas participavam, permitiu promover a fixação horizontal de preços de venda ao público de vários produtos da *Super Bock*, incluindo as cervejas *Super Bock*, *Carlsberg*, *Cristal*

¹⁹⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 24 de fevereiro de 2022, Processo 20/19.1YUSTRH - IDF/2021/2.

¹⁹⁷ Super Bock Bebidas, S.A.

¹⁹⁸ Cfr. Decisão PRC/2017/13, de 2 de novembro de 2021.

e *Cheers*, as águas *Vitalis* e *Água das Pedras*, e ainda a sidra *Somersby*, por um período de doze anos e meio consecutivos, entre 2003 e 2007¹⁹⁹.

A Decisão Final foi adotada em 2 de novembro de 2021, da qual resultou a condenação das visadas *Auchan*, *Intermarché*, *Continente* e *Pingo Doce*, às quais foram aplicadas sanções pecuniárias, respetivamente, no valor de €3.463.000,00, €8.265.000,00, €27.480.000,00 e €20.362.000,00. Aos dois diretores envolvidos foi aplicada uma sanção de €536,00. A coima mais elevada foi aplicada à *Super Bock*, condenada em €33.296.000,00. No total foram aplicadas sanções no valor global de €92.866.536,00, tendo ainda sido ordenado a todas as visadas, a título de sanção acessória, a publicação de um extrato da decisão condenatória no Diário da República e num jornal de expansão nacional, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da Decisão²⁰⁰.

Este processo tem a particularidade de, para além da decisão condenatória adotada, a AdC ter adotado também uma decisão de arquivamento do procedimento contraordenacional quanto a quatro pessoas singulares visadas no inquérito. Assim, considerou não verificados os critérios de responsabilização constantes do artigo 73.º da LdC relativos a dois *managers* da *Super Bock*, e considerou prescrito o procedimento contraordenacional relativo a uma diretora comercial da *SuperBock* e uma diretora Comercial Alimentar do *Continente*, nos termos do disposto no artigo 29.º, n.º 3, al. d) da LdC²⁰¹.

b. PRC/2017/5

Em novembro de 2021, a AdC adotou esta decisão condenatória relativa à combinação de preços entre o *Continente*, o *Pingo Doce* e o *Auchan*, juntamente com o fornecedor *Bimbo Donuts*²⁰², fornecedor de pães e bolos embalados²⁰³.

A investigação da AdC determinou que ao longo de mais de uma década, entre os anos de 2005 e 2016, as empresas visadas alinharam os preços de vários produtos da *Bimbo Donuts*, com o objetivo comum de os fazer subir de forma gradual e progressiva no mercado retalhista²⁰⁴.

¹⁹⁹ *Idem*, págs. 514 e 682.

²⁰⁰ *Idem*, págs. 709 a 714.

²⁰¹ *Idem*, págs. 511 e 716.

²⁰² Bimbo Donuts Portugal, Lda.

²⁰³ Cfr. Decisão PRC/2017/5, 16 de novembro de 2022.

²⁰⁴ *Idem*, pág. 782.

Por fim, a AdC decidiu pela aplicação de coimas a todas as intervenientes, tendo sido condenado o *Auchan* em €2.981.000,00, o *Continente* em €7.161.000,00, e o *Pingo Doce* em €7.196.000,00. À fornecedora *Bimbo Donuts* foi aplicada uma sanção no valor de €7.353.000,00. Para além das sanções pecuniárias no valor total de €24.691.000,00, foi ainda determinado a aplicação de uma sanção acessória que consistiu na publicação de um extrato da decisão condenatória no Diário da República e num jornal de expansão nacional²⁰⁵.

c. PRC/2017/8

Este processo teve como intervenientes a fornecedora *Sogrape*²⁰⁶, empresa que se dedica ao cultivo, produção e exportação de vinho, bem como várias cadeias de supermercados, nomeadamente, *Auchan*, *E.Leclerc*, *Intermarché*, *Continente* e *Pingo Doce*. Foram ainda visadas duas pessoas singulares, um administrador e diretor geral da *Sogrape* e um diretor do *Continente*²⁰⁷.

Como resultado da sua investigação, a AdC provou que a prática concertada de fixação indireta de preços de vários produtos da *Sogrape*, tais como vinhos de marcas portuguesas, *whiskies* e *champanhe*, persistiu entre 2006 e 2017²⁰⁸.

A Decisão Final foi adotada em 16 dezembro de 2021, da qual resultou a condenação das visadas *Auchan*, *E.Leclerc*, *Intermarché*, *Continente* e *Pingo Doce*, e às quais foram aplicadas coimas, respetivamente, nos valores de €1.209.000,00, €140.000,00, €1.211.000,00, €4.316.000,00 e €5.509.000,00. A fornecedora *Sogrape* foi condenada em €4.831.000,00 e aos diretores visados foi aplicada uma coima no valor de €15.000,00. O valor total das sanções aplicadas pela AdC ascendeu a €17.231.000,00. Neste processo as intervenientes também não escaparam à aplicação de uma sanção acessória de publicação de um extrato da decisão condenatória no Diário da República e num jornal de expansão nacional, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da Decisão²⁰⁹.

d. PRC/2017/4

Esta decisão condenatória, adotada em 29 de março de 2022, sancionou o *Auchan*, *Lidl*, *Continente* e *Pingo Doce*, juntamente com uma empresa fornecedora de sumos, néctares e

²⁰⁵ *Idem*, págs. 808 a 812.

²⁰⁶ *Sogrape* – SGPS, S.A.

²⁰⁷ Cfr. Decisão PRC/2017/8, 16 de dezembro de 2021.

²⁰⁸ *Idem*, págs. 157 e 922.

²⁰⁹ *Idem*, págs. 954 a 960.

refrigerantes, a *Sumol+Compal*²¹⁰. Foram ainda sancionados dois responsáveis individuais, ambos diretores da *Sumol+Compal*²¹¹.

O conluio entre estas empresas durou cerca de 14 anos e meio, entre 2002 e 2017, período no qual concertaram o preço de vários produtos da *Sumol+Compal*, prejudicando significativamente a concorrência, afetando os consumidores ao privá-los da opção de melhores preços²¹².

A decisão de sanção resultou numa coima total de €79.928.700,00, repartida pelo *Auchan* em €4.400.000,00, *Lidl* em €5.480.000,00, *Continente* em €24.000.000,00 e *Pingo Doce* em €20.920.000,00. À fornecedora tocou uma coima no valor de €25.100.000,00. Foi ainda aplicada uma sanção de €28.700,00 às pessoas singulares envolvidas. Além das coimas, foi ainda aplicada uma sanção acessória semelhante aos processos anteriores²¹³.

e. PRC/2017/11

Como intervenientes neste processo destacam-se o *Auchan*, *E.Leclerc*, *Continente* e *Pingo Doce*, bem como um fornecedor de produtos alimentares, cuidado de casa e cuidado pessoal, a *Unilever*²¹⁴. Neste caso, a prática concertada de fixação de vários produtos do fornecedor comum, tais como detergentes, desodorizantes, gelados, molhos e chás, durou quase dez anos, entre 2007 e 2017²¹⁵.

A Decisão Final Condenatória foi adotada em 7 de junho de 2022²¹⁶, acabando a AdC por aplicar sanções a todas as empresas visadas, tendo as coimas ascendido ao valor global de €132.060.000,00. Ao *Continente* e ao *Pingo Doce* foram aplicadas as coimas de maior valor, condenados em €50.780.000,00 e €35.650.000,00, respetivamente. Seguindo-se o fornecedor comum, ao qual foi aplicada uma coima de €26.550.000,00, o *Auchan* condenado em €16.190.000,00 e o *E.Leclerc* condenado em €2.890.000,00. Para além das sanções pecuniárias, foi ainda determinado a aplicação de uma sanção acessória que consistiu na publicação de um extrato da decisão condenatória no Diário da República e num jornal de expansão nacional²¹⁷.

²¹⁰ Sumol+Compal - Marcas, S.A.

²¹¹ Cfr. Decisão PRC/2017/4, de 29 de março de 2022.

²¹² *Idem*, pág. 745.

²¹³ *Idem*, págs. 783 a 789.

²¹⁴ Unilever Fima, Lda.

²¹⁵ Cfr. Decisão PRC/2017/11, de 7 de junho de 2022, pág. 661.

²¹⁶ Cfr. Decisão PRC/2017/11, de 7 de junho de 2022.

²¹⁷ *Idem*, págs. 687 a 691.

f. PRC/2017/3

Neste processo a AdC adotou uma decisão condenatória, em 15 de junho de 2022, relativa à fixação de preços entre o *Auchan*, *Continente* e *Pingo Doce*, juntamente com o fornecedor comum *Beiersdorf*²¹⁸. Foi ainda sancionado um responsável pela fiscalização da área de vendas da *Beiersdorf*²¹⁹.

Da investigação resultou que, pelo menos, entre 2011 e 2017, as empresas de distribuição visadas socorreram-se do seu relacionamento vertical com o fornecedor comum, para promoverem o alinhamento horizontal dos PVP de produtos de higiene pessoal e cosmética *Beiersdorf*²²⁰.

Posto isto, o conselho de administração da AdC decidiu aplicar sanções a todas as intervenientes, resultando numa coima total de €19.469.276,80. Às três cadeias de supermercados, *Auchan*, *Continente* e *Pingo Doce*, foram aplicadas coimas no valor de €2.660.000,00, €7.520.000,00 e €4.880.000,00, respetivamente. A fornecedora *Beiersdorf* foi condenada em €4.400.000,00 e ao responsável individual foi-lhe atribuído uma coima no valor de €9.276,80. Para além disso, foi ainda aplicada uma sanção acessória a todas as intervenientes, semelhante aos processos anteriores²²¹.

g. PRC/2017/6

A presente decisão condenatória, data de 13 de setembro de 2022, teve como entidades visadas o fornecedor de bebidas alcoólicas *Active Brands/Gestvinus*²²² e um responsável desta empresa que exercia funções de Diretor *Off-trade*. Estiveram também envolvidas três cadeias de supermercado, o *Auchan*, *Continente* e *Pingo Doce*²²³.

A AdC determinou que a prática concertada perdurou ao longo mais de oito anos, entre 2009 e 2017, e visou vários produtos do fornecedor, tais como vinhos, aguardentes e licores/aperitivos²²⁴.

²¹⁸ Beiersdorf Portuguesa, Lda.

²¹⁹ Cfr. Decisão PRC/2017/3, de 15 de junho de 2022.

²²⁰ *Idem*, pág. 645.

²²¹ *Idem*, págs. 668 a 671.

²²² Active Brands - Distribuição e Comercialização de Marcas, S.A./Gestvinus - Investimentos e Serviços Vitivinícolas e Comerciais, S.A.

²²³ Cfr. Decisão PRC/2017/6, de 13 de setembro de 2022.

²²⁴ *Idem*, pág. 595.

A decisão de sanção resultou numa coima total de €5.665.178,81, repartida pelo *Auchan* condenado em €660.000,00, o *Continente* em €1.410.000,00 e o *Pingo Doce* em €1.200.000,00. O fornecedor comum foi condenado numa coima no valor de €2.390.000,00 e ao responsável individual foi-lhe aplicada uma sanção no valor de €5.178,81. A AdC determinou, ainda, a aplicação de uma sanção acessória que consistiu na publicação de um extrato da decisão condenatória no Diário da República e num jornal de expansão nacional, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da Decisão²²⁵.

h. PRC/2017/12

A mais recente decisão condenatória pela prática *hub and spoke* foi adotada em 21 de abril de 2023²²⁶. Esta decisão teve como entidades visadas, uma vez mais, as cadeias de supermercado *Auchan*, *Continente* e *Pingo Doce*, juntamente com o fornecedor comum *JNTL Consumer Health*²²⁷, que sucedeu à *Johnson&Johnson, Lda*²²⁸.

Da investigação da AdC resultou que os distribuidores e o fornecedor comum concertaram o preço de vários produtos *Johnson&Johnson* durante cerca de 15 anos, entre 2001 e 2016, sendo esta a prática que perdurou mais tempo no mercado²²⁹.

Como não poderia deixar de o ser, a AdC aplicou sanções a todas as intervenientes, tendo sido condenado o fornecedor comum numa coima de €4.440.000,00. As cadeias de supermercado foram condenadas em €1.480.000,00, €7.650.000,00 e €3.330.000,00, atribuídas ao *Auchan*, *Continente* e *Pingo Doce*, respetivamente. No total foram aplicadas sanções no valor total de €16.900.000,00, tendo ainda sido ordenado a todas as visadas, a título de sanção acessória, a publicação de um extrato da decisão condenatória no Diário da República e num jornal de expansão nacional²³⁰.

²²⁵ *Idem*, págs. 840 a 843.

²²⁶ Cfr. Decisão PRC/2017/12, de 21 de abril de 2023.

²²⁷ JNTL Consumer Health (Portugal), Limitada.

²²⁸ Cfr. Decisão PRC/2017/6, de 13 de setembro de 2022, pág. 151.

²²⁹ *Idem*, pág. 914.

²³⁰ *Idem*, págs. 941 a 944.

Capítulo IV – Prática que veio para ficar?

1. Reflexão sobre o desenvolvimento desta prática concertada em Portugal

Como resulta da análise das decisões condenatórias da AdC, a partir de meados dos anos 2000 a prática *hub and spoke* difundiu-se no ordenamento jurídico português. Tanto quanto se apurou até agora, esta prática emergiu sobretudo no seio do mercado da distribuição alimentar pela mão das grandes cadeias de supermercados portuguesas, que ao longo dos anos trouxeram para o conluio uma série de fornecedores de várias áreas, o que resultou em diversos casos de *hub and spoke*.

Ora, destes casos resultaram as primeiras decisões condenatórias da AdC por esta prática concertada, associando-se a estes o surgimento da figura *hub and spoke* em Portugal. Contudo, tal não significa que foi efetivamente no mercado da distribuição alimentar que este esquema foi posto em prática pela primeira vez. Devido à natureza tendencialmente secreta, esta prática é muito difícil de detetar e principalmente de provar, uma vez que o conluio entre os agentes envolvidos é camuflado nos contactos verticais com o fornecedor comum, que são efetuados de modo a não levantar suspeitas. Assim, na verdade, outros esquemas *hub and spoke* podem já ter operado no ordenamento jurídico português em outros mercados e em outros períodos temporais, ou até mesmo estarem em prática no momento.

Os agentes envolvidos nesta prática operam de modo a situarem-se numa área cinzenta intermédia entre os acordos horizontais e os acordos verticais, na tentativa de passarem despercebidos ao escrutínio da AdC. Por este motivo, a AdC tem uma dificuldade acrescida em fazer prova desta concertação sofisticada, uma vez que tem de demonstrar, por um lado, que a empresa distribuidora transmitiu informação comercial sensível a um fornecedor comum, com o intuito, ou pelo menos prevendo razoavelmente, que este a retransmitiria a uma empresa concorrente, e, por outro lado, demonstrar que tais contactos serviram para delinear o seu comportamento futuro no mercado, em particular, atingindo um alinhamento dos preços²³¹.

Nas decisões condenatórias adotadas, quanto à dificuldade de prova, a AdC ressaltou “*o facto deste tipo de prática ser por natureza secreta e extremamente difícil de detetar*”²³², dado o contacto entre os agentes envolvidos, para além de ser efetuado de forma indireta através do

²³¹ Cfr. REIS, JOSÉ SÁ (2023), pág. 90.

²³² Cfr. Decisão PRC/2017/7, de 18 de dezembro de 2020, pág. 355.

fornecedor comum, ser realizado de forma vaga e ambígua. Assim, salientou que “*a análise do conteúdo das mensagens de correio eletrónico (...), revela que as empresas envolvidas recorrem frequentemente a meios de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo e a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada, monossilábica por vezes. Em alguns casos, as empresas Visadas chegam mesmo a eliminar os meios de prova que possam existir ou, pelo menos, alertar os colaboradores das respetivas empresas para o cuidado que devem ter em face da potencial ilegalidade dos comportamentos em causa*”²³³.

Remontando a 2001 o início desta prática concertada²³⁴, a sua não deteção imediata poderá ter gerado nos agentes económicos envolvidos a confiança necessária para continuarem tal prática e, ao mesmo tempo, expandirem-na a uma multiplicidade de categorias de produtos no mercado da distribuição alimentar, envolvendo cada vez mais fornecedores em acordos idênticos. Esta falsa sensação de impunidade criada nas grandes cadeias de distribuição poderá ter veiculado o desenvolvimento de tantos casos de *hub and spoke* no mesmo mercado relevante²³⁵.

Apesar do secretismo associado a este tipo de prática, a AdC não mediu esforços na sua investigação e conseguiu detetar, provar e condenar, até ao momento, dez casos de *hub and spoke* no ordenamento jurídico português, colocando Portugal como o Estado-Membro da UE com maior número de casos de condenações por esta figura até à data²³⁶. Neste momento, encontra-se pendente recurso de impugnação judicial da decisão final das decisões condenatórias da AdC, pelo que, no futuro, teremos a oportunidade de acompanhar a forma como o TCRS analisará esta prática concertada e, ainda, observar se o mesmo procurará a ajuda do TJUE na interpretação da lei nesta área.

Contudo, recentemente, nos acórdãos 91/2023, de 16 de março²³⁷ e 314/2023, de 26 de maio²³⁸, o Tribunal Constitucional veio considerar inconstitucional o entendimento que vinha a ser feito pela AdC dos artigos 18º, n.º 1, al. c) e n.º 2, 20º, n.º 1 e 21º da LdC, segundo o qual a autorização para a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico poderia ser autorizada pelo magistrado do MP e não pelo juiz de instrução criminal. Este entendimento da

²³³ *Idem*, pág 355.

²³⁴ Cfr. Decisão PRC/2017/12, de 21 de abril de 2023.

²³⁵ Destaca-se a persistência na prática pelas cadeias de supermercado *Continente*, *Pingo Doce* e *Auchan*.

²³⁶ Cfr. PLMJ (2023).

²³⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 91/2023, de 16 de março de 2023, Processo n.º 559/2020.

²³⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 314/2023, de 26 de maio de 2023, Processo n.º 145/2021.

AdC resulta da ambiguidade da letra da lei da LdC, que no seu artigo 18.º, n.º 2 apenas refere “*autorização da autoridade judiciária competente*”, expressão essa que constava de todas as leis de concorrência desde 1993, nunca tendo sido colocada em causa a legitimidade do MP perante o TC²³⁹.

Posto isto, o TC considerou nula a prova obtida em resultado de buscas e apreensões de mensagens de correio eletrónico autorizadas apenas pelo magistrado do MP, por força dos artigos 32.º, n.º 4 (reserva de competência do juiz de instrução) e 34º, n.ºs 1 e 4 (inviolabilidade da correspondência) da CRP, entendendo ser necessária a autorização pelo juiz de instrução criminal²⁴⁰. Tal entendimento resultou, para já, de dois processos de fiscalização concreta²⁴¹.

Na verdade, este entendimento recente pode abrir caminho a interferências nas decisões condenatórias da AdC²⁴², que também se baseiam em prova obtida no âmbito de buscas e apreensões autorizadas pelo MP, podendo esta prova, no futuro, ser posta em causa. Porém, por enquanto, estamos em crer que a deteção destes vários casos da prática *hub and spoke*, com a consequente condenação das empresas envolvidas em coimas de valores avultados, deverá reforçar e consolidar junto dos agentes económicos a não admissibilidade de tais práticas restritivas da concorrência, desencorajando-os a operar tais práticas nos mercados.

Por fim, acreditamos que a ampla e árdua investigação da AdC prolongar-se-á ao longo das próximas décadas, centrando-se a prioridade na deteção de cartéis, que se esperam cada vez mais sofisticados e complexos, com a evolução da era digital e o desenvolvimento da inteligência artificial²⁴³.

2. Breves considerações sobre os poderes da Autoridade da Concorrência para combater a cartelização futura

Como já tivemos a oportunidade de explorar, a AdC dispõe de poderes sancionatórios que lhe permitem investigar e condenar práticas e comportamentos que afetam o mercado concorrencial e restringem a concorrência. Através da aplicação de coimas e sanções, a AdC

²³⁹ Cfr. os artigos 17º, nº 2 da Lei nº 18/2003, de 11 de junho, e 23º, nº 2 do DL nº 371/93, de 29 de outubro.

²⁴⁰ Cfr. REIS, JOSÉ SÁ (2023), pág. 35.

²⁴¹ Os efeitos da decisão do TC apenas têm eficácia no caso concreto que se encontra em julgamento no tribunal ordinário.

²⁴² Em último caso poderá, até, levar à absolvição das empresas visadas.

²⁴³ Cfr. AdC (2023c) “*Prioridades de política de concorrência para 2024*”.

tem como objetivo evitar que comportamentos ilícitos sejam repetidos ou imitados. O valor das coimas impostas pela AdC está balizado pela LdC, não podendo estas exceder 10% do volume de negócios das empresas no mercado afetado no ano anterior à data de adoção da decisão²⁴⁴. A aplicação de tais sanções pecuniárias são o meio primordial de combate às práticas anticoncorrenciais, sejam cartéis, decisões de associações de empresa, restrições verticais ou novas formas aperfeiçoadas e arrojadas destas práticas.

Estas sanções pecuniárias aplicadas pela AdC enquadram-se no âmbito do *public enforcement*²⁴⁵. Contudo, o *private enforcement* tem também ele um papel preponderante no combate às práticas anticoncorrenciais, sendo um grande aliado da AdC na dissuasão destes comportamentos²⁴⁶. Ora, na sequência de ações de direito privado interpostas por uma pessoa, seja singular ou coletiva, pública ou privada, as empresas podem ser condenadas a pagar indemnizações por danos sofridos em resultado de práticas restritivas da concorrência²⁴⁷. A imprevisibilidade do valor destas indemnizações, que se podem traduzir em quantias bastante elevadas, são um grande incentivo adicional para as empresas pautarem a sua atuação no mercado pelo respeito às regras da concorrência.

A par destas tradicionais formas de combate às práticas anticoncorrenciais, um outro instrumento importante na luta contra os cartéis é o programa de clemência²⁴⁸. Este mecanismo de colaboração entre a AdC e uma empresa participante num cartel, funciona como um verdadeiro incentivador à deteção de práticas proibidas da concorrência pelas próprias empresas envolvidas, que permite à AdC detetar e dismantelar cartéis que de outra forma não seriam identificados. Assim, nos casos em que estejam em causa acordos entre empresas, as empresas têm a possibilidade de beneficiarem de um regime de clemência, isto é, um regime especial de dispensa ou redução da coima a aplicar²⁴⁹, alcançado através da revelação voluntária da sua participação num cartel e colaboração na investigação com elementos informativos e probatórios²⁵⁰.

²⁴⁴ Cfr. artigo 69.º, n.º 4 da LdC.

²⁴⁵ O *public enforcement* do Direito da Concorrência pode definir-se, de forma genérica, como a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades de concorrência, normalmente de natureza administrativa.

²⁴⁶ A expressão *private enforcement* abrange qualquer situação em que uma pessoa invoca as regras de concorrência em defesa dos seus próprios direitos, ou dos direitos de um conjunto de interessados.

²⁴⁷ Cfr. REIS, JOSÉ SA (2023), págs. 46 e 47.

²⁴⁸ Previsto no Capítulo VIII da LdC.

²⁴⁹ A modalidade a aplicar será determinada de acordo com os requisitos dos artigos 77.º e 78.º da LdC.

²⁵⁰ Cfr. SILVEIRO, FERNANDO XAREPE (2012), PÁG. 253.

Ora, para além deste objetivo repressivo associado ao programa de clemência, que permite à AdC aumentar a deteção de cartéis, este regime abarca, também, um objetivo preventivo, uma vez que tem um forte papel dissuasor nos comportamentos colusivos ao induzir um fator gerador de instabilidade nos cartéis²⁵¹. Criado em 2006, este programa de clemência já demonstrou ser um grande aliado da AdC no combate atual às práticas anticoncorrenciais²⁵².

Com efeito, os poderes sancionatórios da AdC são imprescindíveis na defesa da concorrência e no combate às diferentes formas que as práticas anticoncorrenciais assumem, conjuntamente com o auxílio do *private enforcement* e do programa de clemência. Cumpre, ainda, ressaltar que as infrações às regras da concorrência enquadram-se como contraordenações, apesar de alguma incerteza, por parte de alguma doutrina, associada à sua localização entre o direito administrativo sancionatório e o direito penal e processual penal²⁵³. Todavia, existe uma concorrente que reflete sobre a tutela penal efetiva da concorrência, com a criação de um tipo incriminador de práticas restritivas da concorrência como uma forma mais eficaz de combate a estas práticas²⁵⁴.

A incerteza surge quanto às práticas concertadas futuras, em específico os cartéis, que ao longo dos anos têm-se relevado cada vez mais sofisticados e complexos, prevendo-se que sigam a mesma tendência no futuro. Ademais, a própria atuação dos agentes económicos espera-se, também, cada vez mais perspicaz e dinâmica, o que redundará em novas formas de abordagem comunicacional. Assim, sendo já os cartéis *hub and spoke* uma evolução dos tradicionais acordos horizontais, novas evoluções, bem como o próprio aprimoramento da figura *hub and spoke*, trarão novos desafios no futuro.

Por fim, como também já fomos adiantando, com o crescente desenvolvimento das tecnologias digitais e a era da inteligência artificial que se avizinha, estas poderão ser um bom cúmplice da cartelização futura²⁵⁵. A coordenação com recurso a algoritmos é já o início de um desafio que se espera muito complexo²⁵⁶. Contudo, o desenvolvimento da tecnologia não acarreta só dificuldades, traz também a esperança no desenvolvimento e aprimoramento de

²⁵¹ *Idem*, pág. 254.

²⁵² Cfr. AdC (2023a) “Relatório de Atividades da AdC – Relatório n.º 5/2023, de 13 de julho”.

²⁵³ Cfr. SILVA, MIGUEL MOURA E (2020), pág. 380.

²⁵⁴ Cfr. LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA (2017).

²⁵⁵ Cfr. AdC (2023b) “Concorrência e Inteligência Artificial Generativa”.

²⁵⁶ Cfr. AdC (2019) “Comunicado 11/2019 - AdC alerta que utilização de algoritmos para coordenar os preços no mercado é incompatível com Lei da Concorrência”.

novas e mais avançadas ferramentas e instrumentos que auxiliam num combate mais eficaz às práticas anticoncorrenciais²⁵⁷.

Adicionalmente, diversas áreas têm demonstrado que o reforço positivo é sempre mais eficaz que o reforço negativo na adoção de comportamentos. Assim, estamos em crer que, também na luta contra as práticas anticoncorrenciais, a adoção de mais medidas preventivas e dissuasoras poderá revelar-se um mecanismo bastante eficaz.

²⁵⁷ Cfr. AdC (2023c) “*Prioridades de política de concorrência para 2024*”.

Conclusão

Finda esta análise, incube-nos concluir que uma das principais dificuldades da prática *hub and spoke* relaciona-se com a sua deteção, uma vez que, pela forma tipicamente secreta de atuação dos agentes envolvidos, estes passam facilmente despercebidos à deteção pelas autoridades competentes. O coração desta prática centra-se na troca de informação concorrencial sensível através de um terceiro intermediário comum, que permite alcançar a colusão horizontal. Por esse motivo, parece-nos consensual afirmar que estamos perante uma figura híbrida.

Apesar do TJUE, até à data, não tratar diretamente nenhum caso *hub and spoke*, a jurisprudência em que densifica e amplia o conceito de prática concertada, releva-se essencial para a compreensão desta figura. Por sua vez, a jurisprudência britânica foi fulcral para a construção do conceito e desenvolvimento dos contornos particulares deste esquema. Como tivemos a oportunidade de compreender, sendo esta uma prática relativamente recente, os tribunais e autoridades nacionais da UE têm, também, desenvolvido um papel essencial na dissecação da complexidade da prática.

No que concerne ao desenvolvimento desta prática concertada no ordenamento jurídico português, com a viragem do século, esta difundiu-se vigorosamente no território nacional. No entanto, a AdC revelou-se ágil e eficaz na investigação, prova e condenação destes esquemas. A prática emergiu pela mão do mercado de distribuição alimentar, em específico, por três dos maiores distribuidores retalhistas deste mercado. Os poderes sancionatórios da AdC mostraram-se imprescindíveis para o combate desta prática que afeta e restringe a concorrência, exercendo ao mesmo tempo um forte papel dissuasor. Estamos em crer que num futuro que se espera cada vez mais desafiador, com o desenvolvimento ainda mais sofisticado de tais práticas, estes poderes também se adaptem às novas circunstâncias, continuando a AdC ativamente a detetar e condenar estes esquemas concertados.

Por fim, acreditamos que o surgimento recente do termo em língua portuguesa “acordos radiais”²⁵⁸, utilizado para designar a figura *hub and spoke*, reforça a crescente importância dada a esta figura, revelando que a investigação desta prática continuará a estar na mira da AdC e dos tribunais, destacando-se o seu combate como uma prioridade.

²⁵⁸ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA (2023) “Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, par. 402.

Bibliografia

- AMORE, ROBERTO (2016), “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition”, in *European Competition Journal*, volume 12 (1), junho de 2016, pp. 28-53.
- BARREIRA, MARIANA ESTEVES (2017) *Cartéis Hub and Spoke: Horizontal ou Vertical?*. Disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/24118/1/Tese%20Versão%20Finalíssima.pdf>, consultado a 30 de julho de 2024.
- BUMBUK, MARIA (2020) *Análise jusconcorrencial da figura hub and spoke na perspetiva da troca de informações*. Disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/106603/1/Bumbuk_2020.pdf, consultado a 30 de julho de 2024.
- CARDOSO, DANIELA MOTA (2019) *From Coopetition to Collusion: The Challenge of Hub and Spoke Cartels*. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/90004/1/dissertaçãofinal.pdf>, consultado a 30 de julho de 2024.
- CAYSEEELE, PATRICK J. G. VAN (2014) “Hub-and-spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 5 (3), março de 2014, pp. 164.
- CONFRARIA, JOÃO (2020) *Regulação e Concorrência - Desafios do Século XXI*, 3º ed., Lisboa, Universidade Católica Editora.
- HARRINGTON, JOSEPH E. (2018) *How Do Hub-and-Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies*. Disponível em https://joeharrington5201922.github.io/pdf/Harrington_Hub%20and%20Spoke%20Collusion_18.08.24.pdf, consultado a 30 de julho de 2024.
- JONES, ALISON e BRENDA SUFRIN e NIAMH DUNNE (2023) *EU Competition Law - Text, Cases, and Materials*, 8.ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- LOUREIRO, FLÁVIA NOVERSA (2017) *Direito Penal da Concorrência - A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, Coimbra, Almedina.
- MENDES, PAULO DE SOUSA (2022) *O Sancionamento das Práticas Restritivas da Concorrência*, 1ª ed., Coimbra, Almedina.
- MONIZ, CARLOS BOTELHO (ORG.) (2023) *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra, Almedina.

- ODUDU, OKEOGHENE (2011) “Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion”, in *European Competition Journal*, volume 7 (2), agosto de 2011, pp. 205-242.
- ORBACH, BARAK (2016) *Hub-and-Spoke Conspiracies*. Disponível em https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust-magazine-online/apr16_full_source.pdf, consultado a 30 de julho de 2024.
- PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2021) “Hub-and-Spoke Agreements and Tacit Collusion: Recent National Decisions and the Competition Market Authority Paper on Algorithms, Competition, and Consumer Harm”, in *Market and Competition Law Review*, volume 5 (1), abril de 2021, pp. 169-193.
- PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2021) *Direito da Concorrência - Legislação e Jurisprudência Fundamentais - Volume II*, 1.º ed., Porto, Universidade Católica Editora.
- PERINETTO, PATRICK ACTIS (2019) “Hub-and-Spoke arrangements: future challenges within Article 101 TFUE assessment”, in *European Competition Journal*, volume 15(2-3), setembro de 2019, pp. 281-317.
- POÇAS, JOÃO MIRANDA (2019) “O Enquadramento da Figura Hub-and-Spoke na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos Tribunais Britânicos”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, número 37, janeiro - março de 2019, pp.83-112.
- REIS, JOSÉ SÁ (2023), *Direito da Concorrência*, Porto, FDUP.
- SAHUGUET, NICOLAS e ALEXIS WALCKIERS (2014) “Hub-and-spoke conspiracies: the vertical expression of a horizontal desire?”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, volume 5 (10), dezembro de 2014, pp. 711-718.
- SILVA, MIGUEL MOURA E (2020) *Direito da Concorrência*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL Editora.
- SILVEIRO, FERNANDO XAREPE (2012) “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, número 10, março – junho 2012, pp. 251-281.
- VEREECKEN, BRAM (2015) *Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law*. Disponível em https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/213/684/RUG01-002213684_2015_0001_AC.pdf, consultado a 30 de julho de 2024.

- WHELAN, PETER (2009) “Trading Negotiations between Retailers and Suppliers: A Fertile Ground for Anti-Competitive Horizontal Information Exchange?”, in *European Competition Journal*, volume 5 (3), dezembro de 2009, pp. 823-845.

Fontes Institucionais e outras referências

- ADC (2019) *Comunicado 11/2019 - AdC alerta que utilização de algoritmos para coordenar os preços no mercado é incompatível com Lei da Concorrência*. Disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-alerta-que-utilizacao-de-algoritmos-para-coordenar-os-precos-no-mercado-e-incompativel>, consultado a 30 de julho de 2024.
- ADC (2022) *Perguntas e Respostas sobre casos de “hub-and-spoke” na Grande Distribuição*. Disponível em <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Perguntas%20e%20Respostas%20sobre%20casos%20de%20hub-and-spoke%20na%20Grande%20Distribuição.pdf>, consultado a 30 de julho de 2024.
- ADC (2023a) *Relatório de Atividades da AdC – Relatório n.º 5/2023, de 13 de julho*. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/relatorio/5-2023-215583224>, consultado a 30 de julho de 2024.
- ADC (2023b) *Concorrência e Inteligência Artificial Generativa*. Disponível em https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/Issues%20Paper%20Concorrência%20e%20Inteligência%20Artificial%20Generativa_0.pdf, consultado a 30 de julho de 2024.
- ADC (2023c) *Prioridades de política de concorrência para 2024*. Disponível em <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/documentacao-organizacao-adc/Prioridades%20de%20política%20de%20concorrência%20para%202024.pdf>, consultado a 30 de julho de 2024.
- COMISSÃO EUROPEIA (2023) “Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal” (2023/C 259/01). Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0721(01)), consultado a 30 de julho de 2024.
- OECD (2019) *Hub-and-Spoke Arrangements - Note by the United Kingdom*. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)106/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)106/en/pdf), consultado a 30 de julho de 2024.

- OECD (2019) *Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note by the Secretariat*. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf), consultado a 30 de julho de 2024.
- PLMJ (2008), *Nota Informativa - TPI Indefere Recurso de Consultora Contra Coima Por Assistência a Cartel*. Disponível em https://www.plmj.com/xms/files/v1_antigos_anteriores_a_abr2019/newsletters/2008/Julho/TPI_INDEFERE_RECURSO_DE_CONSULTORA_CONTRA_COIMA_POR_ASSISTENCIA_A_CARTEL.pdf, consultado a 30 de julho de 2024.
- PLMJ (2023), *Nota Informativa - Panorama anual - Aplicação do Direito da Concorrência em Portugal*. Disponível em <https://www.plmj.com/pt/conhecimento/notas-informativas/Panorama-anual-Applicacao-do-Direito-da-Concorrencia-em-Portugal/32519/>, consultado a 30 de julho de 2024.
- THE GUARDIAN (2002), *Hasbro fined £4.9m for price fixing*. Disponível em <https://www.theguardian.com/business/2002/nov/29/money3>, consultado a 30 de julho de 2024.

Jurisprudência e Decisões da Comissão Europeia e de Autoridades Nacionais

- Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 314/2023, de 26 de maio de 2023, Processo n.º 145/2021.
- Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 91/2023, de 16 de março de 2023, Processo n.º 559/2020.
- Acórdão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 24 de fevereiro de 2022, Processo 20/19.1YUSTRH - IDF/2021/2.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016, processo n.º C-74/14, *Eturas UAB e outros c. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de julho de 2016, processo n.º C-542/14, *VM Remonts e outros c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2016:578.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015, processo n.º C-194/14 P, *AC-Treuhand AG c. Comissão Europeia*, ECLI:EU:C:2015:717.
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de julho de 2008, processo n.º T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, ECLI:EU:T:2008:256.

- Acórdão do Tribunal Geral de 6 de fevereiro de 2014, processo n.º T-27/10, *AC-Treuhand AG c. Comissão Europeia*, ECLI:EU:T:2014:59.
- Case 1014 and 1015/1/1/03 *Argos Limited/Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading*, [2004] CAT 24.
- Case 1022/1/1/03 *JJB Sports plc v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17.
- Case 2005/1071, 1074 and 1623 *Argos Limited/Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading and JBB Sports Plc v. Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318.
- Case *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939), U.S. Supreme Court.
- Case *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946), U.S. Supreme Court.
- Case *Toys “R” US, Inc v. Federal Trade Commission*, 126 F.T.C. 415 (1998), U.S. Supreme Court.
- Decisão AdC PRC/2016/4, de 24 de julho de 2019
- Decisão AdC PRC/2017/1, de 18 de dezembro de 2020
- Decisão AdC PRC/2017/11, de 7 de junho de 2022
- Decisão AdC PRC/2017/12, de 21 de abril de 2023
- Decisão AdC PRC/2017/13, de 2 de novembro de 2021
- Decisão AdC PRC/2017/3, de 15 de junho de 2022
- Decisão AdC PRC/2017/4, de 29 de março de 2022
- Decisão AdC PRC/2017/5, 16 de novembro de 2021
- Decisão AdC PRC/2017/6, de 13 de setembro de 2022
- Decisão AdC PRC/2017/7, de 18 de dezembro de 2020
- Decisão AdC PRC/2017/8, 16 de dezembro de 2021
- Decisão da Comissão 2005/349/CE de 10 de dezembro de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-2/37.857 - Peróxidos orgânicos).
- Decisão da Comissão 2010/C307/05 de 11 de novembro de 2009, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/38.589 – Estabilizadores térmicos).
- *Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/06/2003 Price-fixing of Replica Football Kit, 1 August 2003.*
- *Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/8/2003 Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games, 21 November 2003.*