

III Congresso da Concorrência em Portugal

Conferência organizada pela

Comissão da Concorrência da ICC Portugal

Nuno Cunha Rodrigues

27 de novembro de 2024

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Começo por felicitar a Comissão da Concorrência da ICC Portugal por esta iniciativa.

Trata-se de um evento da maior relevância porquanto permite promover o debate sobre a política de concorrência em Portugal.

A Autoridade da Concorrência não pode deixar de saudar eventos como este, que promovem um diálogo aberto e alargado entre todos os que se interessam por estes temas.

Nesta ocasião, gostaria de salientar que a concorrência, e bem entendido a AdC, está ao lado das empresas.

Todos sabemos que a concorrência beneficia as empresas, permitindo-lhes desenvolver a sua atividade num ambiente equitativo, justo e estimulante.

É por isso essencial que a AdC prossiga a sua tarefa de remoção de barreiras artificialmente criadas por comportamentos ilícitos de algumas empresas, e de emitir recomendações que permitam criar um ambiente legislativo e regulatório amigo da concorrência, do investimento e da inovação, em prol do bem-estar dos consumidores.

Na minha intervenção, irei procurar abordar algumas destas questões, bem como explicar de que forma os novos paradigmas e desafios se refletem nos atuais trabalhos e prioridades da AdC.

Resultados da AdC em 2024

Começo por sublinhar o empenho permanente da AdC em prosseguir a sua missão de promoção e defesa da concorrência.

Neste sentido, e especificamente em termos de aplicação da lei da concorrência – o denominado **“public enforcement”** –, há algumas decisões que gostaria de destacar, que resultaram em coimas que totalizam, até ao momento, cerca de 40 milhões de euros.

Entre outras, a AdC sancionou um cartel que envolvia uma associação empresarial e cinco dos principais grupos laboratoriais a atuar em Portugal e que operou no mercado português de prestação de serviços de análises clínicas e testes COVID-19 entre, pelo menos, 2016 e 2022.

A AdC adotou ainda uma decisão de infração por abuso de posição dominante sob a forma de “tying”, no sector dos serviços de pagamento.

Neste caso, o comportamento consistiu em obrigar os emitentes e adquirentes de cartões de pagamento que pretendiam aceder aos sistemas de pagamento do grupo a contratar igualmente os seus serviços de processamento.

Este ano, a AdC adotou outra decisão, no âmbito de um procedimento de transação, relativa a práticas anticoncorrenciais nos mercados de trabalho, nomeadamente no sector da consultoria tecnológica, e emitiu uma nota de ilicitude, também relacionada com acordos de não-angariação, vulgarmente conhecidos como acordos de “no poach”.

As chamadas “restrições verticais” e decisões de associação de empresas também têm estado sob o nosso radar, com a adoção de notas de ilicitude e decisões em variados setores económicos.

Ainda neste contexto, gostaria de salientar a **importância do programa de clemência**.

Trata-se de um instituto com credibilidade firmada a nível nacional e internacional.

Essa credibilidade é visível pela estabilidade do número de requerimentos que recebemos anualmente na AdC e que foi confirmada em 2024.

No âmbito do chamado regime de **controlo das concentrações temos também tido uma atividade intensa**.

Assim, desde o início de 2024, foram adotadas 74 decisões de não oposição, 4 decisões com remédios e 1 decisão de proibição no sector das telecomunicações.

Como é sabido, em julho de 2024, a AdC bloqueou a proposta de aquisição pela Vodafone Portugal do controlo exclusivo da Cabonitel, S.A., que inclui a Nowo Communications.

Estamos também focados na investigação de algumas práticas de “gun-jumping”.

Sei que, a este propósito, alguns têm suscitado dúvidas em torno da certeza e segurança jurídica asseguradas pelo legislador nacional quando falamos em operações de concentração.

Aqui é importante salientar que a AdC disponibiliza às empresas o mecanismo de avaliação prévia, totalmente confidencial, caso existam dúvidas quanto à obrigatoriedade de notificar uma transação.

Com efeito, os conceitos que regem a obrigatoriedade de notificação encontram-se bem estabilizados na doutrina e jurisprudência, a nível nacional e da União Europeia.

Veja-se, por exemplo, o conceito de “ativo”, que é bastante amplo e que pode incluir, nomeadamente “know-how” ou funcionários, de outra empresa, como sucedeu recentemente no caso Microsoft/Inflection.

Por essa razão, encorajamos as empresas a notificarem as suas operações à AdC e, em caso de dúvida, a falarem com a AdC, designadamente ao abrigo da avaliação prévia, para garantirem o cumprimento da obrigatoriedade de notificação prévia.

Olhando já para o que foi o ano de 2024, e tendo em atenção os desenvolvimentos jurisprudenciais, destaco a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) relativamente ao chamado “processo da banca”, no âmbito do qual foi investigada a troca de informações entre 14 bancos ao longo de mais de 10 anos.

Esta decisão, proferida na sequência da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, confirmou a abordagem jurídica da AdC no sentido de considerar a prática em causa como uma infração por objeto.

Outra dimensão importante do trabalho da AdC reside na promoção da concorrência (comummente designada de “advocacy”).

Neste âmbito a AdC continua a desenvolver uma iniciativa de sensibilização a nível nacional denominada “20 Anos, 20 Cidades – A concorrência vai até si!”, com o objetivo de explicar os benefícios da concorrência e os riscos de comportamentos ilegais.

Através destes programas de divulgação, a AdC pretende aprofundar o conhecimento das comunidades empresariais e dos cidadãos em todo o país sobre temas como a concorrência e os mercados laborais, a relação com preocupações de sustentabilidade ambiental ou a

concorrência na contratação pública, pela importância que todos estes temas têm para as empresas.

A propósito da sustentabilidade, gostaria de salientar as nossas iniciativas relativas ao "Guia de Boas Práticas sobre Acordos de Sustentabilidade", bem como o estudo sobre a mobilidade elétrica.

Estamos também a prosseguir o nosso trabalho sobre a interação entre a concorrência e a Inteligência Artificial, com a publicação este ano de um "short paper" dedicado à Concorrência, Inteligência Artificial Generativa e Dados.

Trata-se do primeiro de uma série, que versará sobre vários temas relacionados com Concorrência e Inteligência Artificial em maior detalhe.

Brevemente será publicado um segundo short paper, desta vez dedicado à Inteligência Artificial & Open Source.

Procurei, até aqui, proceder a uma breve panorâmica do que nos tem mantido ocupados na AdC durante este ano em termos de defesa e promoção da concorrência.

Perspetivas para 2025

Mas estamos já a preparar o ano de 2025, seguindo de perto as novas tendências e desafios no domínio da concorrência.

Neste âmbito, os desenvolvimentos europeus têm uma influência determinante.

Assim, continuaremos a acompanhar de perto a elaboração das linhas de orientação da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Esta semana iremos publicar, aliás, o nosso contributo no âmbito da consulta pública realizada, refletindo, nesse documento, a experiência e pensamento da AdC sobre esta matéria.

Também no domínio da análise de operações de concentração há novidades.

Todos sabemos que, a nível europeu, há um sistema articulado, que, por um lado, permite o escrutínio de operações de concentração com base em critérios de notificação de âmbito nacional e que, por outro lado, garante a coexistência dos regimes europeu e nacionais, designadamente através da possibilidade de remessas – previstas no artigo 9.º (a chamada

cláusula Alemã - “German clause”) e no artigo 22.º (a vulgarmente designada “Dutch clause”) do Regulamento n.º 139/2004¹.

Este Regulamento – que celebra este ano 20 anos - e as normas nacionais equivalentes têm-se relevado “*tanto estáveis, como ágeis*”, como teve oportunidade de referir recentemente a Vice-Presidente da Comissão Europeia Margrethe Vestager².

Na verdade, a aplicação do Regulamento à nova economia digital suscita desafios que colocaram em crise alguns dos paradigmas clássicos do Direito da Concorrência.

O sistema jurídico vigente deve ser capaz de garantir que operações de concentração relevantes sejam notificadas, nomeadamente perante situações em que deve ser preservada a concorrência potencial, como sucede nas chamadas “*killer acquisitions*”.

Esta constatação tem, aliás, motivado a previsão de novos critérios de notificação em vários Estados Membros, como no caso da Alemanha e da Áustria com o critério do “valor da transação” ou, no caso da Itália, a consagração legal da possibilidade de análise *ex-post* de operações abaixo dos limiares de notificação, através do exercício dos chamados poderes de “*call in*”.

De forma semelhante, também a Comissão Europeia adotou uma abordagem ajustada de aplicação do artigo 22.º do Regulamento de concentrações, inaugurada na decisão *Illumina/Grail*, que conduziu ao famoso acórdão do Tribunal de Justiça, proferido em setembro deste ano, que anulou essa decisão³.

Temos, por isso, matéria para reflexão, igualmente a nível nacional, sobre a adequação do atual regime de controlo de concentrações, para que possamos garantir que a AdC tem a possibilidade de analisar, de forma eficaz, operações de concentração relevantes, garantindo assim o bom funcionamento e a contestabilidade dos mercados.

Competitividade e concorrência: o que esperar da nova Comissão Europeia?

¹ Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24 de 29.1.2004, p. 1-22). O artigo 22 foi originalmente incluído para que Estados Membros que não dispunham de regime nacional de controlo de concentrações pudessem solicitar à CE para analisar, como era o caso à data dos Países Baixos.

²Keynote speech de Margrethe Vestager em “EU Merger Regulation 139/2004: 20 Years that Made a Difference”.

³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 3 de setembro de 2024, Illumina, Inc. e Grail LLC contra Comissão Europeia, Processos apensos C-611/22 P e C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:677.

Nesta reflexão sobre o futuro, e fazendo a ligação com o tema da 1.ª sessão desta manhã, podemos também inspirarmo-nos nos valiosos contributos dos recentes Relatório Letta e Draghi.

O primeiro, sobre a necessidade de capacitação do mercado único para assegurar um futuro sustentável e próspero, e o segundo - Relatório Draghi - sobre o "Futuro da Competitividade Europeia".

Nestes são identificados alguns desafios que a Europa enfrenta, nomeadamente quanto à necessidade de promoção de crescimento económico, inovação e competitividade a nível europeu; e ao enquadramento da política de concorrência no âmbito de uma nova estratégia industrial para a Europa.

Bem assim, não esquecemos o relevante relatório da Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia intitulado "Proteção da concorrência num mundo em mudança", que contém uma análise sobre a "evolução da concorrência na UE durante os últimos 25 anos".

Neste, a Comissão afirma que o nível de concentração, tanto setorial como de mercado, aumentou, e o poder de mercado e margens de lucro das empresas líderes tornaram-se mais significativos.

O relatório demonstra ainda evidências empíricas para o facto de níveis mais elevados de concentração tenderem a estar associados a preços mais elevados.

A Comissão considera que os fatores desta evolução foram provavelmente estruturais (em particular, a digitalização e o aumento dos investimentos em soluções de IT exclusivas e em patentes) e institucionais (em particular, as barreiras regulamentares à entrada e à expansão), não se tendo verificado um enfraquecimento da aplicação das regras de concorrência.

Assim, a Comissão conclui que as intervenções da UE em matéria de concorrência, tanto na área do controlo das concentrações, como de práticas anticoncorrenciais, ocorreram mais frequentemente em sectores com elevados riscos para a concorrência.

Relatórios Letta e Draghi | Principais ideias

No seguimento deste ponto de partida e conforme fomos recordados pelo Relatório Draghi, o modelo europeu combina uma economia aberta, um elevado grau de concorrência no

mercado, com um quadro jurídico sólido, conjugando políticas sociais de combate à pobreza e de redistribuição da riqueza.

Por sua vez, Letta reafirma a importância do mercado único, enquanto pedra angular e projeto contínuo para a integração europeia e robustecimento dos valores europeus.

Apesar de partirem de perspetivas distintas, cada um destes relatórios foca-se na necessidade de crescimento económico europeu.

O Relatório Letta desenha uma proposta para a consolidação do mercado único.

Por seu turno, o Relatório Draghi propõe uma nova estratégia industrial europeia ("New Industrial Deal") atendendo ao contexto global. É, desta forma, acrescentada a variável referente ao comércio internacional.

Para o efeito, o relatório salienta a necessidade de se verificarem três transformações a nível europeu: (1) ultrapassar o défice de inovação, (2) assegurar um plano conjunto de descarbonização e para a competitividade, (3) aumentar a segurança e reduzir as dependências.

O Relatório Draghi propõe a interação entre políticas industriais, de concorrência e comerciais, no âmbito de uma estratégia global.

Em síntese, os dois relatórios defendem a pertinência de uma estratégia económica europeia clara, sublinhando a importância da concorrência e a necessidade de remoção de barreiras à integração europeia.

Ambos reconhecem que a concorrência é uma condição prévia para o funcionamento dos mercados, para a competitividade e inovação.

Bem assim, sublinham a necessidade de reforço dos meios das autoridades da concorrência.

Exemplo do sector das Telecomunicações

Ao contrário do resto do Relatório, que foi elogiado pela sua pertinência e visão, as recomendações relativas à política de concentrações no sector das telecomunicações causaram grande agitação.

Citando Massimo Motta, Tommaso Valletti, Martin Peitz e Tomaso Duso, no seu breve artigo recentemente publicado, "Draghi tem razão em muitas questões, mas está errado quanto às telecomunicações" ("Draghi is right on many issues, but he is wrong on telecoms").

Os autores assinalam os riscos de alargar artificialmente as fronteiras dos mercados relevantes, apontando para provas empíricas de que o nível de concentração no sector das telecomunicações tem conduzido a preços mais elevados, que não são suscetíveis de impulsionar o investimento.

O mesmo foi salientado no já referido estudo da Comissão Europeia⁴.

Este facto, sugere a necessidade de uma avaliação cuidadosa, caso a caso, de futuras concentrações neste sector.

Recorde-se, a este propósito, a proibição já referida, pela AdC, da operação Vodafone/Nowo.

Esta operação concentraria o novo espetro, entretanto atribuído a um novo entrante, na Vodafone.

A AdC considerou que a Nowo exercia uma pressão concorrencial considerável sobre os outros operadores e que a concentração conduziria a aumentos de preços.

Ora é interessante verificar os acontecimentos subsequentes.

De facto, pouco depois da decisão de proibição (em agosto de 2024), a Digi – como bem sabemos um novo operador nos mercados portugueses de telecomunicações – notificou a AdC da intenção de adquirir a Nowo, tendo a AdC emitido uma decisão de não oposição.

Esta nova realidade veio trazer ao mercado das telecomunicações Português uma maior intensidade concorrencial que está à vista de todos e que demonstra bem a importância e relevância da atuação da AdC.

Desafios da nova Comissão Europeia

Aqui chegados, olhemos novamente para o que alguns designam como um novo paradigma da política de concorrência.

O desenho claro de uma estratégia de política económica europeia será, seguramente, um dos maiores desafios do novo mandato da Comissão Europeia.

A Presidente da Comissão Europeia tem vindo a referir a necessidade de uma nova abordagem à política de concorrência - veja-se as orientações políticas para o presente

⁴ Este registou a existência de uma forte concentração nos mercados das telecomunicações, referindo que está associada a preços mais elevados, mas não a um maior investimento.

mandato, bem como a “carta de missão” para a futura Vice-Presidente Executiva para uma Transição Limpa, Justa e Competitiva, Teresa Ribera.

Na carta de missão a Presidente da Comissão Europeia sublinhou a necessidade de a política de concorrência contribuir para os “objetivos mais amplos [da Comissão] em matéria de competitividade e sustentabilidade, justiça social e segurança”.

Bem assim, a Presidente da Comissão Europeia referiu a necessidade de reforço e aceleração da aplicação das regras de concorrência, atribuindo particular relevância ao controlo de concentrações, tendo igualmente destacado a importância da cooperação entre as autoridades da concorrência.

Esta realidade está, aliás, alinhada com a garantia dada pela futura Vice-Presidente Executiva para uma Transição Limpa, Justa e Competitiva, Teresa Ribera, quando assegurou que se irá focar em três objetivos principais:

- i) Simplificação e aceleração dos processos, incluindo no que respeita à investigação de práticas anticoncorrenciais nos mercados digitais;
- ii) Reforçar a aplicação das regras da concorrência, focando a ação nas práticas comerciais que mais distorcem a concorrência; e
- iii) Alinhar a política de concorrência com as demais prioridades da UE.

A comunidade da concorrência é, por isso, convocada a repensar o papel e a forma de atuar, atendendo a outras políticas, como a política industrial, sustentabilidade ambiental ou proteção de dados, que permitirá criar um círculo virtuoso decisivo para contribuir para o sucesso da política económica europeia.

Direito da Concorrência e mercado laboral

Durante esta manhã será igualmente discutido a relação do Direito da Concorrência com os mercados laborais.

Trata-se de matéria inscrita nas prioridades da AdC para 2024 que, seguramente, irão persistir em 2025.

Todos sabemos que práticas anticoncorrenciais, tais como os acordos de não-angariação (“no poach”) ou de fixação de salários, devem ser impedidas para evitar efeitos negativos nos mercados, diminuindo a mobilidade dos trabalhadores e reduzindo a inovação, por exemplo.

Esta matéria reveste-se de grande importância, uma vez que liga os cidadãos ao direito da concorrência em duas vertentes: enquanto consumidores e enquanto trabalhadores.

Neste contexto, a AdC tem investigado e continuará a investigar os mercados de trabalho, prosseguindo as suas atividades de defesa e de aplicação da lei.

Setor da Saúde e Concorrência

Outro setor fundamental que será abordado nesta Conferência diz respeito à saúde, onde a política de concorrência pode desempenhar um papel positivo no que diz respeito ao acesso, qualidade e preço dos cuidados de saúde.

Esta é uma área em que a AdC atua em estreita cooperação com o regulador setorial e outras instituições relevantes, desenvolvendo uma importante atividade de investigação de práticas anticoncorrenciais.

Mencionei há pouco a decisão quanto ao cartel que operou no mercado português de prestação de serviços de análises clínicas e testes COVID-19.

Temos outras investigações relevantes, como a prestação do serviço de telerradiologia a hospitais.

Desde 2010, a AdC analisou ainda 19 operações de concentração na área hospitalar.

Emitiu igualmente relevantes recomendações, como na área da hemodiálise.

A política e o direito da concorrência constituem aliados fundamentais para todas as específicas dimensões que o setor da saúde representa, quer numa ótica concorrencial quer igualmente numa perspetiva ética, nomeadamente relacionado com o acesso à prestação de cuidados de saúde.

Conclusões

Minhas senhoras e meus senhores, é tempo de concluir.

O balanço de 2024 que realizámos e as pistas de futuro enunciadas constituem manifestações do ambiente concorrencial que aspiramos para o nosso país, e contribuem para a existência de um "*level playing field*" em que as empresas possam concorrer pelo mérito.

Por isso, retomo as minhas palavras do início desta intervenção: a concorrência e a AdC estão ao lado das empresas.

São um aliado do crescimento económico, do investimento e da inovação.

O desafio que lanço à comunidade empresarial é o de serem, cada vez mais, protagonistas de um ambiente mais concorrencial, recorrendo ao programa de clemência, notificando as operações de concentração, mantendo-se informadas e dialogando com a AdC.

Com o contributo de todos para a defesa e promoção da concorrência, estou convicto que estaremos mais próximos de realizar o potencial de crescimento económico de Portugal, em benefício de todos.

Muito obrigado pela vossa atenção.