

ARTIGO 101.º, LAW IN BOOKS, LAW IN ACTION E O MUNDO REAL

*Eduardo Maia Cadete**

Este busquejo configura uma súmula das principais reflexões veiculadas em apresentação efetuada em debate da Conferência comemorativa do 10.º aniversário do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada na Faculdade de Direito de Lisboa a 12 de abril de 2019, subordinada ao subtema *Restrições de jaez horizontal por objeto, em que fase estamos?*

Entre os acordos *clássicos* para-ilícitos (*nota bene* cada caso é um caso), entre concorrentes, por *objeto* arrimam-se as condutas de fixação de preços de venda de produtos a terceiros, de limitação da produção ou das vendas e da repartição de mercados ou clientes.

A redução temporária da abertura das portas para as restrições por *objeto*, deu-se, parece-me, com o acórdão *Cartes bancaires*, C-67/13¹, em que o Tribunal estabelece que o conceito de restrição de concorrência por objeto “*deve ser interpretado de forma restritiva*”, numa tentativa de desinflacionar o poder para-discrionário da DG COMP em almejar condutas por *objeto*.

Ainda assim, e dado que a ciência jurídica não é matemática, e a subjetividade e insegurança jurídica muitas vezes prevalecem em desabono das empresas, o Tribunal, com *tail winds* para a DG COMP, tem vindo a reforçar a validade das restrições por *objeto* a outro tipo de condutas ditas *não clássicas*.

Hoc sensu, no processo C-179/16, *Hoffmann-La Roche Ltd*², o tribunal consagra *ex novo* no dispositivo do aresto que “*constitui uma restrição da concorrência «por objetivo», na aceção dessa disposição, o acordo entre duas empresas que comercializem dois medicamentos concorrentes, que tem por objeto, num contexto*

* Advogado, sócio da Morais Leitão. As reflexões apresentadas refletem apenas a opinião pessoal do autor, enquanto homem livre.

1 C-67/13P *Groupement des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204.

2 C-179/16 F. *Hoffmann-La Roche e o.*, ECLI:EU:C:2018:25.

marcado por uma incerteza científica, a difusão junto da Agência Europeia de Medicamentos, dos profissionais de saúde e do grande público de informações enganosas quanto aos efeitos indesejáveis da utilização de um desses medicamentos para o tratamento de patologias não abrangidas pela autorização de introdução no mercado deste, com o fim de reduzir a pressão concorrencial resultante dessa utilização sobre a utilização do outro medicamento.”

Isto quando, e sempre salvo melhor opinião, estaria em causa, quanto muito, num plano não penal, uma prática de concorrência desleal que não pode ser, sequer, despoletada *ex officio*.

Destarte, a subjetividade e a plasticização do artigo 101.º para aplicação e conformação aos casos sob investigação de uma conduta por *objeto* pode tender a imperar em abono da mediatização dos processos, da torrente de comunicados de imprensa e dos destaques aos decisores das autoridades nacionais e da DG COMP e de futuros *voos para outras paragens*, mas é efetuado em contraciclo com os princípios da tipicidade e da legalidade e, claro está, das empresas: motor económico do desenvolvimento, do emprego e da coesão social, sem as quais a economia e o emprego são, seguramente, um imenso deserto.

Não devemos também olvidar que quando a DG COMP aplica coimas de milhões ou biliões de euros, o pagamento das coimas não é feito pelas empresas com recurso ao *quantitative easing*, carregando num *botão* para gerar euros, ou recorrendo a alguma *árvore das patacas*.

Outrossim a coima aplicada é umbilicalmente, direta ou indiretamente, paga pelos consumidores (com preços mais elevados), pelos colaboradores que trabalham diariamente nas empresas em causa (seja via redução de postos de trabalho ou com ausência de incrementos salariais ou de correlativos benefícios sociais), ou pela redução ou descontinuação do investimento em investigação, desenvolvimento e inovação.

Os recursos das empresas são finitos e quando são afetadas pela aplicação de uma coima de milhões ou biliões de euros, saem ainda mais prejudicados.

Questiona-se: na ótica da prevenção geral e especial não seria mais adequado criminalizar formalmente as condutas e deixar a *mão invisível* do *private enforcement* atuar?

Infelizmente, *data venia*, tal subjetivização e plasticização das normas, não é um exclusivo do do plano europeu, sendo também, ainda que de forma não recorrente, uma realidade em Portugal.

Atente-se no caso em que a Autoridade da Concorrência considerou que duas empresas (bem conhecidas do grande público e consabidamente não

concorrentes) celebraram um acordo horizontal entre concorrentes, reproduzindo-se, para que dúvidas não restem, dois segmentos da respetiva decisão adotada “*as referidas empresas participaram na celebração e implementação de um pacto de não-concorrência nos setores da comercialização de energia elétrica e de gás natural e da distribuição retalhista de bens alimentares, em Portugal continental, pelo período de dois anos, que consubstancia, à luz da Lei da Concorrência, um acordo ilícito de repartição de mercados*” e “*a Autoridade conclui que o Pacto de não-concorrência implementado pelas Visadas tem uma natureza intrinsecamente anticoncorrencial, consubstanciando uma restrição por objeto*”.

Isto quando a segunda empresa estava *de jure et de facto* somente ativa no setor do retalho alimentar e a primeira no setor da comercialização de energia elétrica.

Destarte, a busca de mediatização e de visibilidade no espaço público pelas autoridades de concorrência, em particular com alavanca no nome e reputação de empresas conhecidas do grande público, deve ser descontinuada.

Os alçapões atualmente existentes, sem aviso prévio, para as empresas com base no complexo jargão jurídico, incompreensível para o cidadão comum e para as empresas, e com sedimentação também na descoordenação entre os planos europeu e nacional na aplicação, que deve ser uniforme, do Direito Europeu aparenta também tender a dilatar-se.

Por exemplo no acórdão *Expedia Inc*, proc. C-226/11³, o tribunal estatui, em segmento que se passa a reproduzir, que “*O artigo 101.º, n.º 1, TFUE [e o Regulamento 1/2003] ... devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que uma autoridade nacional em matéria de concorrência aplique o artigo 101.º, n.º 1, TFUE a um acordo entre empresas que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, mas que não atinja os limiares fixados pela Comissão Europeia na sua Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º [CE] (de minimis), desde que esse acordo constitua uma restrição sensível da concorrência no sentido dessa disposição.*”

Dito por outras palavras, o tribunal estabelece materialmente que caso o acordo seja sujeito ao crivo da DG COMP, as empresas em causa beneficiam do *safe harbour*, dado que o acordo não restringe sensivelmente a concorrência para efeitos do artigo 101.º ao abrigo da Comunicação *de minimis*, à qual a DG COMP está auto-vinculada. Não obstante, e o tribunal passa um *cheque em branco* nesta matéria, se esse mesmo acordo for objeto de escrutínio

3 C-226/11 Expedia, ECLI:EU:C:2012:795.

por parte de uma autoridade da concorrência nacional, em sede de aplicação precisamente da mesma norma (artigo 101.º), o acordo pode não beneficiar desse mesmo *safe harbour* ao abrigo da Comunicação *de minimis*.

Questiona-se, onde fica a justiça material, o princípio da igualdade, da certeza e segurança jurídicas e da uniformização na aplicação do Direito Europeu originário na União?

O avançado pelo tribunal pode ter potencial aplicação no *Olimpo*, mas não se coaduna com a realidade terrena do mundo real em que a empresa tem a todo o tempo de saber com aquilo que conta, em que termos, e o que pode implementar sem estar sujeita à aplicação de coima de milhões ou de biliões de euros.

A tudo isto acresce que as restrições por *objeto*, com um menor peso na recolha de elementos factuais e de parca valoração das circunstâncias concretas associados à conduta, favorecem uma atuação *rubber-stamping*, acrítica e pouco sofisticada pelas autoridades da concorrência: se as empresas acordaram preços, se repartiram mercados então é porque é ilícito. Mas será sempre assim?

Espero sinceramente que não caminhemos a passos largos para uma *gig economy* do Direito da Concorrência, de cujo caso ilustrativo é a decisão de proibição adotada pelo *Bundeskartellamt* na Alemanha contra o *Facebook* em tema concreto e específico de dados pessoais e de privacidade com pseudo âncora nas normas de Direito da Concorrência.

Em tese, pode ser *chique* e *populista* demonizar e ir atrás das empresas para se ter tempo de antena, notoriedade e visibilidade nos *media*, e tentar alcançar por essa via outros patamares, mas isso não é seguramente Direito, muito menos da Concorrência.

Uma última reflexão. Vejo com preocupação que o anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ para a Lei da Concorrência foi cometido à Autoridade da Concorrência que atuará *ex post* também como órgão de polícia criminal aquando da sua aplicação, em disfunção, para dizer o menos, com o princípio da separação de poderes e do exclusivo do poder legislativo do Governo e do Parlamento, eleitos democraticamente por sufrágio direto e universal.