

## INOVAÇÃO E CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES – BREVES NOTAS SOBRE A SUA PRÁTICA EM PORTUGAL\*

*Joaquim Caimoto Duarte*

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer o convite endereçado pelo Presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, Dr. Carlos Pinto Correia. É para mim um prazer enorme poder participar, com todos os meus colegas presentes, nesta conferência que marca a primeira década do Círculo, sobretudo fazendo-o na Faculdade de Direito de Lisboa, onde me formei.

De igual modo, cumprimento o Dr. Carlos Botelho Moniz, moderador deste debate, distinto advogado de Direito da Concorrência, cumprimentando também os restantes ilustres colegas de painel, a Senhora Professora Sofia Oliveira Pais, o meu estimado colega e amigo Ricardo Oliveira, bem como o Nuno Alvim, distinto Economista e companheiro para a parte económica em muitas das lides em que intervêm nestes últimos anos.

Cumprimo-me falar neste debate, tentando contribuir o máximo possível com a minha experiência de advogado, sobre o papel da Inovação no controlo de concentrações em Portugal, nomeadamente sobre as ferramentas de que a Autoridade da Concorrência (“AdC” ou “Autoridade”) dispõe nesse domínio e a sua atividade até à data.

O *track record* da Autoridade ainda não será bem o da Comissão Europeia, tal qual já versado anteriormente neste debate. Encontramos ainda poucos casos onde esta matéria foi objeto de análise específica, mas curiosamente um

---

\* Texto correspondente à apresentação efetuada na Conferência dos 10 anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada no dia 12 de abril de 2019. Qualquer opinião expressa refletirá unicamente a visão pessoal do autor, nunca podendo representar qualquer opinião da Uría Menéndez – Proença de Carvalho, ou de qualquer empresa alguma vez representada por esta sociedade de advogados ou pelo advogado em questão.

pouco ao longo da vida da Autoridade a questão da inovação foi valorizada, ou pelo menos equacionada, na análise jus-concorrencial.

Nesta breve exposição, irei em primeiro sublinhar as ferramentas legais nacionais de que a Autoridade dispõe, para de seguida tecer algumas considerações de como entendo poder ser a abordagem da AdC nesta temática da inovação, referindo-me também, por fim, a alguns casos onde isso foi efetuado.

Começando pela vertente legal, importa em primeiro lugar frisar que as normas aplicáveis ao controlo de concentrações em Portugal (tal qual na União Europeia) têm por objetivo primordial assegurar que os consumidores beneficiam das vantagens associadas à concorrência efetiva no mercado. Incluindo aqui, não somente os preços baixos, como também a inovação nos produtos e serviços oferecidos<sup>1</sup>.

Considerando essa segunda perspetiva, é frisado no Artigo 41.º da Lei da Concorrência<sup>2</sup>, na al. *k*) do seu n.º 2, que na apreciação (na avaliação) das operações de concentração será tida em conta também “*a evolução do progresso técnico e económico*”, desde que “*não constitua um obstáculo à concorrência*” e que da operação de concentração se retirem ganhos de eficiência beneficiando os consumidores.

Encontramos depois, no próprio Formulário de notificação da AdC<sup>3</sup>, uma referência mais precisa à Inovação, ao requerer a Autoridade, na secção relativa aos Mercados Relevantes, informação das partes na concentração sobre a eventual importância da Investigação & Desenvolvimento nos mercados relevantes, devendo-se descrever inclusive o ciclo de inovação e a posição ocupada pelas empresas.

Mas é sobretudo ao nível da denominada *soft law* da AdC, nas suas linhas de orientação sobre a avaliação das concentrações horizontais<sup>4</sup>, que se acautela o fator da Inovação expressamente e de modo naturalmente mais detido.

---

1 Para esta temática, em particular quanto à componente da União Europeia, vide Faria, Tânia Luísa, “Inovação e Controlo de Concentrações no Plano da União Europeia: o Princípio da Incerteza?”, in *Revista Jurídica Lusó-Brasileira*, Ano 4 (2018), n.º 5.

2 Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, tal qual alterada.

3 Regulamento n.º 60/2013 da Autoridade da Concorrência, in D.R., 2.ª série, n.º 32, 14 de fevereiro de 2013.

4 *Linhas de Orientação para a Análise Económica de Operações de Concentração* da Autoridade da Concorrência, disponível em: [http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Linhas%20de%20Orientação%20para%20a%20Análise%20Económica%20de%20Operações%20de%20Concentração%20Horizontais.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Linhas%20de%20Orientação%20para%20a%20Análise%20Económica%20de%20Operações%20de%20Concentração%20Horizontais.pdf)

Em primeiro lugar, a AdC dedica nas referidas linhas de orientação, especial atenção aos mercados com Inovação ou de rápida evolução tecnológica.

Em particular frisando, que a característica da constante mutação nos mercados com Inovação pode colocar desafios à análise jus-concorrencial das operações, tornando mais complexa a delimitação dos mercados relevantes, delimitação essa que se pode tornar rapidamente desajustada (em resultado da criação de novos mercados, ou mesmo da convergência de mercados anteriormente separados).

Em segundo lugar, afirma a AdC, na parte específica sobre efeitos unilaterais, que em certas operações o investimento em Inovação pode assumir-se como o principal aspeto a analisar, devendo aí ser avaliado necessariamente o impacto esperado nos mercados em causa.

Chamando ainda a atenção, nas mencionadas linhas de orientação, de que as partes não têm necessariamente de ser concorrentes efetivos para que a operação possa levar a uma redução significativa sobre o incentivo de inovar. Pense-se em operações envolvendo a aquisição de *players* desenvolvendo atividades de investigação com vista à entrada no próprio mercado de atuação da adquirente.

De igual modo, o ritmo da Inovação pode também ter implicações para a avaliação jusconcorrencial. Pense-se aqui sobretudo em mercados de rápida evolução tecnológica, onde a elevada volatilidade das quotas pode atenuar um eventual poder de mercado das empresas. Nestes casos, a quota das partes na operação, aferida aqui com dados (sublinhamos) sempre “históricos”, não constituirá certamente um bom indicador da sua futura dimensão.

Feita esta resenha inicial sobre as ferramentas legais nacionais (sem prejuízo, claro está, de se poder sempre utilizar o património e experiência da Comissão Europeia, nomeadamente quanto às referências que as suas *guidelines* sobre operações não-horizontais<sup>5</sup> fazem em relação à Inovação), desejaria somente enfatizar, numa perspetiva mais prática, de que a questão da Inovação em sede de controlo de concentrações se poderá analisar a dois grandes níveis:

A um primeiro nível, dentro de uma perspetiva mais tradicional da análise dos temas da Inovação em concentrações, se a operação em causa (em sectores em que a Inovação é o parâmetro-chave de concorrência) reforça (ou

---

<sup>5</sup> *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*, da Comissão Europeia (2008/C 265/07).

não) a capacidade, ou o incentivo, à Inovação por parte das empresas parte da concentração. Dentro de uma lógica de eficiência dinâmica.

A pergunta será, então, se a operação reforça os incentivos à Inovação, ou se, pelo contrário, acentua a parte negativa desta perspectiva, como ocorre por exemplo nas denominadas *killer acquisitions*.

Pense-se no caso da indústria farmacêutica, onde determinada *target* poderá deter produtos no seu *pipeline* de inovação que após a aquisição não chegam a ser desenvolvidos.

Ou então, a questão da Inovação em sede de controlo de concentrações pode ser avaliada noutro nível, na perspectiva da concorrência potencial ou das barreiras à entrada.

Como veremos, dos casos portugueses que mencionarei de seguida, esta última perspectiva é aquela onde aparentemente, na minha opinião, tais casos se inserem até à data.

Entrando agora nos casos da AdC em que a questão da Inovação foi valorizada na análise jus-concorrencial, é notório destacar que, aparentemente, o número desses casos é todavia muito reduzido.

Destacamos duas operações, curiosamente logo em 2005, onde esta questão foi um tema central (sem prejuízo, claro está, de outras que com certeza poderão também versar esta temática).

Em primeiro lugar, referimos o caso *Adobe / Macromedia*<sup>6</sup> (o único citado nas linhas orientadoras da AdC) relativo ao mercado da criação e comercialização de *software* para aplicações standard. Na referida operação a Adobe ficaria a maior empresa nos mercados relevantes, incluindo uma quota entre 70 a 80% num determinado mercado de software, o que poderia dar origem a preocupações de natureza horizontal. Não obstante, a AdC aprovou a operação logo em primeira fase, tendo em conta a elevada importância da propriedade intelectual nos mercados (como patentes e licenciamentos) e um forte ritmo de inovação que os caracterizava, em que a concorrência se efetuava ao nível precisamente da Inovação, mais do que ao nível do preço, acarretando assim um elevado dinamismo e uma acentuada relativização das quotas das empresas concorrentes, afastando assim qualquer eventual poder de mercado.

Em segundo lugar, destacamos também um outro caso, apesar de não citado nas *guidelines* horizontais da AdC, mas que sabemos ser tido em conta pelos serviços da Autoridade nestas temáticas. Caso esse, com ligação ao sector agrícola, habituado à relevância da Inovação.

---

6 Caso Ccent. 51/2005 – *Adobe / Macromedia*.

Referimo-nos ao caso *Florimond / Advanta*<sup>7</sup>, relacionado precisamente com a produção de sementes (no caso concreto, sementes de beterraba sacarina). Encontramos nesse caso, também como no da *Adobe*, o fator Inovação como central na análise jus-concorrencial. O mercado relevante nessa operação era também fortemente caracterizado pela Inovação, tendo a análise da AdC tido especificamente em conta que os mercados das sementes são consideravelmente dinâmicos, devido à necessidade constante de desenvolvimento de novas variedades, operando precisamente a concorrência ao nível desses desenvolvimentos. Mais concluindo, que esses mercados são, normalmente, caracterizados por uma forte volatilidade das quotas de mercado das empresas (no caso concreto, inclusive, com exemplos de oscilação entre 20 a 80% em 3 anos).

Por último, quis também destacar um outro par de casos, mais recentes, onde apesar da Inovação não ter sido o ponto absolutamente central ou determinante da análise jus-concorrencial (como as duas operações citadas anteriormente), este fator foi esgrimido entre as partes e a AdC na sua discussão.

Em primeiro lugar destacaria o recente caso *SIBS / Unicre*<sup>8</sup>, relacionado com a tentativa de aquisição pelo principal processador de meios de pagamento, a SIBS, do principal *acquirer* de cartões de débito e crédito em Portugal, a Unicre (uma operação vertical relevante, que terminou com a retirada da notificação pela SIBS antes da emissão da decisão final).

A questão da Inovação terá sido colocada concretamente ao nível da concorrência potencial e barreiras à entrada. Em particular, e nas teses da AdC, até que ponto os pretensos efeitos verticais de encerramento nos mercados a jusante, de *acquiring* de cartões de pagamento, também poderiam afetar os próprios projetos de Inovação dos concorrentes da Unicre.

E em segundo lugar destacarei um outro caso, também recente, também vertical e de igual modo retirado no fim da segunda fase pela notificante, o caso *Altice / Media Capital*<sup>9</sup> (relacionado com a tentativa de integração vertical entre a entidade proprietária do operador de telecomunicações e *pay TV*, a MEO, e o grupo económico detentor dos canais TVI).

Uma das discussões em sede de avaliação jus-concorrencial passou pela questão de a concentração ser uma tentativa de resposta aos novos modelos de negócio de visualização de conteúdos, como o *streaming* (v.g., a Netflix e

<sup>7</sup> Caso Ccent. 27/2005 – *Florimond Desprez / Advanta Lambda*.

<sup>8</sup> Caso Ccent. 37/2016 – *SIBS / Ativos Unicre*.

<sup>9</sup> Caso Ccent. 35/2017 – *Altice / Media Capital*.

outros operadores), naturalmente muito arreigados ao conceito de Inovação. Nomeadamente, até que ponto representavam uma concorrência efetiva ou (pelo menos) potencial ao negócio alvo. A discussão envolvia uma dupla vertente. Em primeiro lugar, sobre o crescimento no mercado nacional dessas novas realidades, que relativizaria o alegado poder de mercado da empresa pós-concentração. E em segundo lugar, e nas teses da AdC, sobre o alegado encerramento de mercado que poderia ocorrer sobre essas novas realidades, por parte da entidade concentrada. Se por um lado se tratavam de operadores oriundos de mercados de rápida evolução tecnológica, seria necessário apurar (também nas teses da AdC) o momento exato da efetivação relevante da concorrência, em que esta seria bastante para anular o poder de mercado das partes.

Também de curioso nesta última operação, foi o facto de a mesma ter corrido em paralelo com o caso norte-americano *AT&T/Time Warner*, uma operação algo semelhante à da *Altice/Media Capital*, inclusive como enfatizado por alguns dos contrainteressados no processo português. Muito desse ênfase, em virtude da oposição inicial da autoridade de concorrência norte-americana (o Departamento de Justiça, o “DOJ”) a essa transação da AT&T, semelhante, digamos, à da Altice. Poderá ter passado um pouco despercebido nos *media* nacionais, na minha opinião, mas no passado dia 26 de fevereiro de 2019, um acórdão do *US Court of Appeals* (o tribunal de recurso norte-americano) autorizou finalmente a aquisição da Time Warner pela AT&T, pondo fim a uma longa batalha legal iniciada em novembro de 2017, aquando da mencionada oposição inicial pelo DOJ<sup>10</sup>.

Recorde-se que a histórica AT&T é uma das principais empresas de telecomunicações e de *pay TV* dos Estados Unidos, sendo a Time Warner um dos maiores grupos de media a nível mundial, detentor de canais e conteúdos emblemáticos, como a HBO e a CNN (canais esses claramente *premium*).

A operação, também de cariz vertical, visava, de igual modo, criar uma nova entidade capaz de enfrentar a recente vaga de inovação e consolidação no plano das indústrias de media e telecomunicações.

No seguimento da mencionada oposição inicial do DOJ norte-americano, conforme referido a operação em causa foi então permitida em sede de recurso, tendo os tribunais federais norte-americanos (incluindo o de

---

10 *United States v. AT&T, Inc.*, n.º 18-5214 (D.C. Cir. 2019). *UNITED STATES OF AMERICA, APPELLANT v. AT&T, INC., ET AL., APPELLEES*, appeal from the United States District Court for the District of Columbia (n.º 1:17-cv-02511), argued December 6, 2018, decided February 26, 2019. Vide em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/18-5214/18-5214-2019-02-26.html>

primeira instância) concordado com o argumento esgrimido pelas partes, na minha leitura, do dinamismo que as indústrias de media e *telecom* adquiriram nos últimos anos, nomeadamente com o surgimento de novas realidades, como as plataformas de *streaming* Netflix, Hulu e Amazon Prime.

Creio que a mensagem que se extrai deste importante caso norte-americano é a de que as autoridades de concorrência devem necessariamente ter em conta na sua análise, de modo mais acentuado hoje em dia, o dinamismo dos mercados, como sucede por exemplo, de modo muito relevante, ao nível da evolução dos media e *telecom*, desde logo por causa do óbvio interface com as novas realidades digitais.

Mais ainda, em transações de natureza vertical, com menos potencial restritivo e onde se presumem à partida benefícios para os consumidores.

Em jeito de conclusão, vimos que a AdC tem as ferramentas legais adequadas, semelhantes às da Comissão Europeia, para valorizar a inovação em sede de controlo de concentrações. Mas devendo haver também aí, junto da Comissão, e em particular no seio da ECN (que necessariamente engloba a AdC), um esforço de coerência da prática futura, a bem da segurança jurídica.

Vimos também que a AdC já teve casos onde o fator da Inovação foi devidamente tido em conta, como tema central na análise jus-concorrencial, em termos de concorrência potencial, dinamismo dos mercados e consequente relativização do poder de mercado das partes na concentração.

Em termos de desafios para o futuro, será naturalmente esperada alguma tendência de intensificação de análises deste tipo, à medida que a consolidação dos mercados se vai acentuando em determinados setores, com destaque para os referidos setores agrícola, farmacêutico e IT, mais propensos à Investigação & Desenvolvimento, incluindo a “*economia digital*” e *start-ups* com acento na evolução tecnológica.

Este impacto não escapará certamente a Portugal, tendo em conta o critério de notificabilidade das operações por quota de mercado, que apanhará assim, mais facilmente, transações de negócios nascentes e com baixo volume de negócios (pelo menos na gênese das atividades em causa).

A AdC terá então de estar preparada para essas análises, em particular quanto ao horizonte temporal a ter em conta na avaliação do impacto da Inovação nas concentrações, nomeadamente quanto à relevância da concorrência potencial em mercados em que as rápidas Inovação e evolução tecnológica desempenham um papel-chave.