

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO II • NÚMERO 6
ABRIL – JUNHO 2011

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direcção

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA • LUÍS SILVA MORAIS

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MANUEL SEBASTIÃO

presidência do conselho de redacção

PAULO DE SOUSA MENDES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL

NA
ALMEDINA



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano II • Número 6

Abril – Junho 2011

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade

1649-014 LISBOA

NIF: 506764877

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-78-80

3000-164 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA

G.C. – GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.

Palheira – Assafarge

3001-453 Coimbra, Portugal

producao@graficadecoimbra.pt

Preço avulso desta Revista € 25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) € 90 (desconto de 10%)

SETEMBRO 2011

DEPÓSITO LEGAL

304538/10

TIRAGEM

500 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 23 DOCTRINA
- 25 **Doutrina Geral**
- 27 Damien Neven/Hans Zenger – *Some Remarks on Pricing Abuses and Exclusionary Conduct*
- 39 Donald I. Baker/Edward A. Jesson – *Adam Smith, Modern Networks and the Growing Need for Antitrust Rationality on Competitor Cooperation*
- 61 José Engrácia Antunes – *Controlo de concentração de empresas e grupos de sociedades*
- 87 Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo – *O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*
- 117 Jorge André Carita Simão – *A responsabilidade civil das autoridades reguladoras*
- 167 João Ilhão Moreira – *Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico*
- 205 Deolinda de Sousa – *O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo*
- 221 **Dossier Temático**
Infracções ao artigo 4.º da Lei da Concorrência ou ao artigo 101.º do TFUE
- 223 Luís D. S. Morais – *The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements*
- 273 Fernando Pereira Ricardo – *As infracções pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia*
- 297 Cristina Camacho/Jorge Rodrigues – *Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study*
- 315 João Pateira Ferreira – *A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa*
- 355 **LEGISLAÇÃO**
- 357 Legislação nacional de regulação – Abril a Junho de 2011

363 JURISPRUDÊNCIA

365 Comentário de Jurisprudência da União Europeia

365 Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 – *Tele2Poljska*
– Carla Farinhas

381 Jurisprudência Geral

381 Jurisprudência nacional de concorrência – Abril a Junho de 2011

383 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – Abril a Junho de 2011

387 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – Abril a Junho de 2011

393 BIBLIOGRAFIA

395 Recensão

395 Joanna Goyder, *EUDistribution Law*, 5.^a ed., Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011 – Ricardo Bayão Horta

399 **Novidades Bibliográficas** – Abril a Junho de 2011

403 ACTUALIDADES

411 NOTAS CURRICULARES

421 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

423 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

O N.º 6 da C&R que agora se publica segue o nosso já habitual padrão de alternância entre dossiers temáticos especiais, cobrindo ora matérias fundamentais de direito e política da concorrência ora de regulação económica. Assim, na sequência do número anterior com um dossier temático incidindo sobre *regulação ambiental*, o presente número da Revista inclui um *dossier temático especial sobre práticas restritivas da concorrência de cooperação entre empresas*, proibidas pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei de Defesa da Concorrência, doravante ‘LDC’) e pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante ‘TFUE’). Tal corresponde

No 6 of C&R that we now publish follows our usual pattern of alternating in special thematic files the coverage of either key topics of competition law and policy or of economic regulation. Therefore, following the previous No with a thematic file on environmental regulation, it includes a special thematic file on anticompetitive practices of cooperation between undertakings, prohibited under article 4 of Law No 18/2003 (Portuguese Competition Act, hereinafter ‘CA’) and under article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter

a uma área fundamental do direito da concorrência, cuja aplicação parece, por vezes, ser de algum modo negligenciada num contexto em que todo o enfoque, em termos de *enforcement*, aparenta ser colocado nos cartéis. É certo que os cartéis representam inquestionavelmente uma importantíssima fonte de ineficiência económica, envolvendo, a esse título, graves prejuízos para os consumidores. Todavia, outras formas de cooperação entre empresas – para além dos cartéis – podem também pôr em causa o processo de concorrência em diversos sectores económicos. Como realçámos em números precedentes da C&R, o contexto alargado de crise económica internacional não deve oferecer qualquer pretexto para que seja negligenciada a aplicação das regras de concorrência relevantes nesse domínio (artigo 4.º da LDC, em Portugal, e artigo 101.º do TFUE, em sede de direito europeu). O ponto consiste aqui em encontrar um balanço adequado na ponderação de elementos anticoncorrenciais, que não devem ser subestimados, e de potenciais elementos de eficiência ou de vantagens económicas que, em termos globais, podem resultar de múltiplas e cada vez mais diversificadas formas de cooperação entre empresas. Em sede de direito da concorrência da União Europeia (doravante ‘UE’) – e de normas nacionais

‘TFEU’). *This corresponds to a decisive area in terms of competition law that seems sometimes neglected in terms of enforcement at a time in which all the attention appears to be focused in cartels. Cartels represent undeniably a fundamental source of economic inefficiency, carrying with it serious losses to consumers. However, other forms of cooperation between undertakings – other than cartels – may also endanger the competition process in various economic sectors. As we have emphasized in preceding Nos of C&R, the context of international economic crisis should not provide any pretext for neglecting the enforcement of the relevant competition rules in this domain (article 4 of the CA, in Portugal, and article 101 TFEU, in terms of European law). The issue here is to find the right balance in the assessment of anticompetitive elements that should not be overlooked and potential elements of efficiency and economic advantages which, on the whole, may arise from multiple and ever varying forms of cooperation between undertakings. In terms of EU competition law – and of national competition law of several member States, including Portugal, that*

de concorrência de vários Estados-membros, incluindo Portugal, que seguem de perto o modelo da UE – está ainda por encontrar um balanço global adequado entre os padrões de aplicação da regra geral de proibição, por um lado, e, por outro lado, o regime de isenção. Nesse contexto, o novo enquadramento da cooperação horizontal entre empresas aprovado ao nível da UE no final de 2010¹ pode representar um passo na direcção certa (ainda que revestindo-se de limitações várias e suscitando múltiplas questões controvertidas, que devem merecer discussão crítica adequada).

No dossier temático especial incluído no N.º 6 da C&R é ainda analisada a prática proibida pelo artigo 4.º da LDC e pelo artigo 101.º do TFUE correspondente às decisões de associações de empresas. Para além disso, através deste dossier temático damos também continuidade à nossa cobertura da reforma

follow closely the EU paradigm – we are still struggling to find the proper balance between the patterns of enforcement of, on the one hand, the prohibition rule and, on the other hand, the exemption rule, and – in that context – the new framework of horizontal cooperation approved at the EU level by the end of 2010¹ may represent a step on the right direction (albeit with some limitations and raising several issues that should be critically discussed).

Within the special thematic file included in this No 6 of C&R we also analyse the practices prohibited under articles 4 CA and 101 TFUE of decisions by associations of undertakings. Besides that, through such thematic file we follow up with our coverage of the comprehensive review developed in the course of 2010 at EU level of the framework of the so called vertical and

¹ Referimo-nos aqui às “Orientações sobre a aplicabilidade do Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, aprovadas em Dezembro 2010, e publicado no JO 14/1/2011, C 11/1. Referimo-nos também à reforma do regulamento do bloco de isenções para os acordos no domínio da investigação e desenvolvimento e ao regulamento do bloco de isenções para acordos de especialização [respectivamente, Regulamento da Comissão UE N.º 1217/2010, de 14 de Dezembro de 2010 (JO L 335/36 de 18.12.2010) e Regulamento da Comissão UE N.º 1218/2010, de 14 de Dezembro de 2010 (JO L 335/43 de 18.12.2010)].

¹ We refer here to the 2010 “Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the functioning of the European Union to the horizontal co-operation agreements”, approved in December 2010, and published in the OJ 14/1/2011, C 11/1. We also refer to the reform of Block Exemption Regulation for research and development agreements and of Block Exemption regulation for specialisation agreements [respectively, Commission Regulation EU No 1217/2010, of 14 December 2010 (OJ L 335/36 of 18.12.2010) and Commission Regulation EU No 1218/2010, of 14 December 2010 (OJ L 335/43 of 18.12.2010)].

global, empreendida em 2010 a nível europeu, do enquadramento das chamadas *restrições verticais e horizontais*. O enfoque nos cartéis, sem prejuízo de ser economicamente justificado, tem-se mostrado de facto, até certo ponto, excessivo e a *importância de outras formas de cooperação anticoncorrencial entre empresas, v.g. combinadas com o exercício de direitos de propriedade intelectual, estruturados de modo crescentemente complexo e diversificado ou em conexão com novos tipos de organização empresarial assentes na utilização de inputs de diferentes fontes, parece estar a ser progressivamente redescoberta* (e não deve, como tal, ser subalternizada).

Essa renovada atenção a outras formas de cooperação ou de interacção anticoncorrencial entre empresas, particularmente em casos situados na intersecção dos regimes de cooperação restritiva da concorrência (artigo 101.º TFUE) e de controlo de concentrações, é, por exemplo, visível a propósito da redescoberta da discussão sobre o escrutínio jusconcorrencial da aquisição e detenção de participações minoritárias em empresas concorrentes (na sequência da recente jurisprudência “Ryanair” do Tribunal Geral, de Julho de 2010²).

horizontal restraints. The focus in cartels, however economically justified, has in fact proven to a certain extent excessive and the relevance of other forms of anticompetitive cooperation between undertakings, e.g. combined with the exercise of intellectual property rights structured in forms of growing complexity and variety or in connection with new types of entrepreneurial organisation relying on inputs of various sources, seems to be gradually rediscovered (and should not be forgotten).

This renewed attention on other forms of cooperation or anticompetitive interplay between undertakings, particularly in cases intersecting the regimes of anticompetitive cooperation (article 101 TFEU) and of merger control, is, for instance, visible as regards the rekindled debate on the competition law scrutiny of the acquisition and holding of minority shareholdings in competitor undertakings (following the recent “Ryanair” ruling of the General Court of July 2010²). In fact, in some industries and economic sectors these

² Referimo-nos aqui à jurisprudência “Aer Lingus v. Commission” do Tribunal Geral (também referenciada como caso “Ryanair”), proc. T-411/07, Acórdão de 6 de Julho de 2010.

² We refer here to the “Aer Lingus v. Commission” ruling of the General Court (also referred as “Ryanair” case), case T-411/07, of 6 July 2010.

Com efeito, em alguns sectores económicos essas situações, combinadas com a presença nos órgãos de gestão de empresas concorrentes em que se detenham participações minoritárias (com carácter cruzado), tendem a ser potencialmente anticoncorrenciais, e, caso as mesmas não sejam objecto de escrutínio *ex ante* através dos processos de controlo de concentrações, poderá mostrar-se sustentável a aplicação *ex post* neste plano do artigo 101.º TFUE (e até, eventualmente, em algumas situações ou em determinados contextos do artigo 102.º TFUE).

De modo sintomático, numa área que parecia de certa forma esquecida após o precedente fundamental do acórdão “*Philip Morris*”³ e a adopção do primeiro Regulamento europeu de controlo de concentrações (em 1989), a Comissão Europeia iniciou, em Julho de 2011, um procedimento com vista à produção de “*Estudos sobre a importância da detenção de participações minoritárias na UE*”, o que parece indicar, no mínimo, uma renovada percepção dos potenciais problemas nesse domínio.

No que respeita aos cartéis, que se encontram também cobertos no

situations, combined with interlocking boards of directors, may be potentially anticompetitive, and, in case they are not dealt with ‘ex ante’ through merger control, there may be grounds to consider here the possible application ‘ex post’ of article 101 TFEU (and even of article 102 TFEU in certain situations or contexts).

Interestingly, in a field that seemed somehow overlooked after the landmark “Philip Morris” ruling³ and the adoption of the first European Merger Control Regulation (in 1989), the Commission has, in July 2011, initiated the proceedings towards the production of “Studies on the importance of minority shareholdings in the EU” which seems to indicate, at least, a renewed awareness of the potential problems in this field.

As regards cartels, which are also covered in our thematic file of the current No of C&R (through an article focused on the fundamental issue of the use of economic evidence in cartel

³ Referimo-nos aqui ao fundamental acórdão “*Philip Morris*” do Tribunal de Justiça, de 1987 – Caso “*British American Tobacco Company limited and R J Reynolds Industries Inc v European Commission*” (Proc. Apensos 142/85 e 156/84).

³ We refer here to the landmark “*Philip Morris*” ruling of the Court of Justice, of 1987 – Case “*British American Tobacco Company limited and R J Reynolds Industries Inc v European Commission*” (Cases 142/85 and 156/84).

dossier temático especial do presente número da C&R (através de um artigo centrado na questão fundamental da base económica de prova de existência de cartéis), desenvolvimentos jurisprudenciais muito recentes vieram ilustrar a necessidade de critérios particularmente exigentes quanto aos elementos de prova utilizados para determinar a participação de determinadas empresas nos referidos cartéis. Reportamo-nos aqui à jurisprudência do Tribunal Geral, de 15 de Setembro de 2011, no caso “Grolsch”⁴, anulando uma multa de valor apreciável fixada pela Comissão Europeia em relação à empresa à qual era imputada participação num cartel entre produtores holandeses de cerveja.

Essa jurisprudência ilustra os padrões de prova ou demonstração de existência de cartéis especialmente exigentes que se podem esperar em termos de controlo jurisdicional a nível europeu (e, poderemos acrescentar também, ao nível dos Estados-membros). Para além disso, foi também analisada através da mesma jurisprudência a questão importante e sensível, abordada em números anteriores da C&R, respeitante à potencial responsabilidade jusconcorrencial de uma empresa-mãe por hipotéticas

cases), extremely recent jurisprudential developments illustrate the need of particularly demanding requirements as regards the evidence used to establish the participation of certain undertakings in such cartels. We refer here to the 15 September 2011 ruling of the General Court in the “Grolsch” case⁴, which annulled a significant fine imposed by the European Commission on a particular undertaking for its alleged participation in a cartel between Dutch beer producers.

This ruling not only illustrates the high standards of proof that should be expected in terms of judicial review at EU level (and we may also add at Member State level; furthermore, this ruling also touches on the important and sensitive issue covered in previous Nos of C&R of the potential antitrust liability of a parent company for hypothetical competition law infringements committed by a subsidiary (with the General Court corroborating the understanding that parent companies should actually have the possibility of

4 Cfr. Acórdão do Tribunal Geral de 15 de Setembro de 2011, no caso “Koninklijke Grolsch NV v. European Commission” (proc. T-234/07).

4 See General Court ruling of 15 September 2011 on the “Koninklijke Grolsch NV v. European Commission” case (case T-234/07).

infracções ao direito da concorrência cometidas por uma filial (com o Tribunal Geral a confirmar o entendimento segundo o qual as empresas-mães deverão ter a possibilidade efectiva de inverter a presunção quanto à sua responsabilidade por comportamentos anticoncorrenciais das suas filiais).

A nível geral, e considerando os desenvolvimentos ocorridos no decurso de 2011, num contexto desfavorável no qual se tornou evidente que a crise económica e financeira ainda não foi ultrapassada e tomou uma nova feição por força da crise das dívidas públicas soberanas, com todos os efeitos de alastramento a manifestarem-se já através do abrandamento económico registado na UE, tem aqui pleno cabimento citar Alexander Italianer (Director da DG Concorrência da Comissão Europeia, do qual, refira-se desde já, será publicado um artigo no próximo número de C&R), quando este referia, num seminário realizado em Março de 2011, que: *“a rede europeia de concorrência, que reúne a Comissão e todas as Autoridades da Concorrência dos Estados-membros resistiu aos apelos em prol de maior relaxamento ou flexibilização na aplicação das regras da concorrência durante a crise”*. Italianer também enfatizou, a esse propósito, o elevado alcance de uma Resolução subscrita em Bruxelas, em Novembro de 2010, pelos Presidentes de todas

reversing the presumption that they are liable for anticompetitive conduct of their subsidiaries).

At a general level, and considering developments in the course of 2011 in an unfavourable context which renders evident that the economic and financial crisis has not been overcome and has taken a new shape with the sovereign debt crisis and its spill over effects already showing in terms of economic slowdown in the EU, it may be appropriate to quote Alexander Italianer (the Director of DG Competition of the European Commission, who, coincidentally, will publish an article in the next No of C&R), when he referred in a Seminar held in March 2011, that “the European Competition Network, that brings together the Commission and all the Competition Authorities from the Member States has withstood the calls to relax competition rules during the crisis”. Italianer also duly emphasized the significance of a Resolution signed in Brussels in November 2010 by the Heads of all the European Competition Authorities “calling for [such Authorities] to be endowed

as autoridades da concorrência europeias “*apelando a que [essas autoridades] sejam dotadas das infra-estruturas apropriadas e dos peritos necessários para combater as infrações ao direito da concorrência*”.⁵ Esse apelo assume a maior relevância em todo o espaço da UE e, pela nossa parte, destacamos a sua importância no contexto português de ajustamento e de reestruturação da economia nacional (uma parcela importante do qual envolverá, para além da necessária correcção dos desequilíbrios das finanças públicas, um renovado compromisso com um *enforcement* activo ou efectivo do direito da concorrência, que tende a estar associado, *inter alia*, com a reforma do Regime Jurídico da Concorrência, a ocorrer a breve trecho, e com a efectiva criação ou estabelecimento do novo Tribunal especializado da Concorrência e da Regulação Económica, desenvolvimentos aliás já mencionados em anteriores editoriais da C&R). Regressando ao plano da UE, especial atenção deve também merecer a reforma do conjunto de regras relativas às ajudas de Estado aplicadas no quadro da compensação pela prestação de serviços de interesse económico geral (doravante ‘SIEG’), tendo presente

with the appropriate infrastructure and the required experts to fight competition law infringements”.⁵ *That call is most relevant in all the EU space and we underline its importance in the Portuguese context of economic adjustment and restructuring (an important part of which will involve, beside the necessary redress of the imbalances of public finance, a renewed commitment with an active competition law enforcement that may be associated, ‘inter alia’, with the reform of the CA, that is to be expected soon, and with the actual establishment of the new specialised Court of Competition and Economic Regulation, both of which have already been mentioned in previous Editorials of C&R).*

Returning to the EU level, especial attention should also be paid to the review of the framework of state aid rules applied to compensation granted for the provision of services of general economic interest (SGEI), with a Draft Communication that the Commission has put forward to public consultation.

⁵ Cfr. Alexander Italianer, *EU Priorities and Competition Enforcement* – Speech delivered at the Institute for European and International Affairs, 25 March 2011, Dublin.

⁵ See Alexander Italianer, *EU Priorities and Competition Enforcement* – Speech delivered at the Institute for European and International Affairs, 25 March 2011, Dublin.

um Projecto de Comunicação neste domínio que a Comissão submeteu a consulta pública. Num contexto em que cada intervenção do Estado está a ser repensada em quase toda a UE, e em que programas acelerados de privatização, determinados por dificuldades financeiras experimentadas em diversos Estados-membros, podem, em última análise, vir a conduzir a um nível crescente de prestação de SIEG por parte de entidades privadas, os modelos utilizados para assegurar uma compensação apropriada e equilibrada nesses casos tendem a assumir uma importância acrescida.

Outro desenvolvimento importante é o que respeita ao Projecto de Orientações sobre a quantificação de prejuízos em acções tendentes a compensação por infracções aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (submetido a discussão pública pela Comissão em Junho de 2011). Será de esperar que em conjugação com desenvolvimentos prévios neste domínio e após anos de extensa, e, por vezes, excessivamente diferida discussão, tal conduza, finalmente, a uma iniciativa concreta da UE no plano da aplicação na esfera privada do direito da concorrência (o denominado *private enforcement*), seja através de propostas de *soft law*, seja de uma qualquer combinação de propostas legislativas com instrumentos de *soft law*.

Concentrando agora a nossa aten-

In a context in which State intervention is being reviewed almost everywhere in the EU and in which accelerated privatization programs, due to financial constraints in several Member States, may lead to a growing provision of SGEI by private entities, the models used to ensure proper and balanced compensation in these cases tend to have an accrued importance.

Another important development has to do with the Draft Guidance Paper on the quantifying of harm in actions for damages based on breaches of articles 101 and 102 of the TFEU (launched for public discussion by the Commission in June 2011). It is to be expected that, together with previous developments and after years of extensive and sometimes protracted discussion, this will finally lead to a specific EU initiative in the field of private enforcement of competition law (either in the form of soft law proposals or in a combination of legislative proposals with soft law instruments).

Turning now very briefly our attention to the articles included in our Section of General Doctrine, we pursue in it our general editorial line of

ção nos artigos incluídos na Secção de Doutrina Geral do presente número da C&R, justifica-se referir que prosseguimos também a nossa linha editorial global de promoção de um *debate internacional*, que atravesse o Atlântico e suscite questões relevantes, quer na perspectiva do direito *antitrust* norte-americano, quer na perspectiva do direito da concorrência da UE. Desta vez esse debate resulta em especial dos artigos de Damien Neven/Hans Zenger e de Donald Baker/Edward Jesson, incluídos nessa Secção, no presente número da C&R.

No primeiro caso, Damien Neven (até recente data Economista-Chefe da DG Concorrência da Comissão) e Hans Zenger analisam, do ponto de vista económico, as teorias mais importantes em relação a efeitos económicos adversos resultantes de práticas abusivas de preços indutoras de exclusividade (matéria da maior relevância na sequência da ainda recente adopção pela Comissão de Orientações sobre comportamentos abusivos tendentes à exclusão de empresas concorrentes). O problema das práticas abusivas de preços tendentes à exclusão de concorrentes é, de resto, também tratado neste número da C&R – no que respeita a preços predatórios – através de um artigo de João Ilhão Moreira.

stimulating an international debate, crossing the Atlantic and putting forward issues relevant either from a US antitrust law or from an EU competition law perspective. This time such debate arises from the articles of Damien Neven/Hans Zenger and of Donald Baker/Edward Jesson, included in such Section of the current No of C&R.

In the first case, Damien Neven (who until recently was Chief Competition Economist at the DG Competition of the Commission) and Hans Zenger analyse from an economic perspective the most prominent theories of harm for exclusivity-inducing pricing abuses (a matter of the greatest relevance following the still recent adoption of the Commission Guidelines on exclusionary conduct). The problem of exclusionary prices is, coincidentally, also dealt with – as regards predatory pricing – in an article by João Ilhão Moreira.

In the second case, Donald Baker (former Head of the US Antitrust Division and distinguished this year with a career award by the Global Competition Review) and E. Jesson, in a most intellectually challenging

No segundo caso, Donald Baker (anterior Director da *Antitrust Division* do Departamento de Justiça norte-americano e distinguido este ano com o prémio de carreira no domínio do direito da concorrência pela *Global Competition Review*) e E. Jesson, numa abordagem crítica estimulante, discutem os complexos e sensíveis equilíbrios que é necessário encontrar em sede de aplicação do direito da concorrência num quadro geral de ligação em rede dos operadores em vários sectores económicos, tendente a gerar cada vez mais incentivos para os concorrentes se envolverem em múltiplas formas de cooperação, assim originando frequentemente pressões contraditórias nos sistemas *antitrust* dos Estados Unidos da América e da UE (e em termos globais), por forma a que se possam destrinçar formas inadmissíveis de “conspiração” anticoncorrencial e formas modernas, bem como geradoras de eficiência, de cooperação e interdependência entre empresas.

A secção de Doutrina Geral inclui ainda artigos de José Engrácia Antunes, Jorge André Carita Simão, Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo e Deolinda de Sousa.

No seu artigo, José Engrácia Antunes, autor internacionalmente reconhecido no domínio do direito societário, desenvolve uma abordagem baseada na tendência moderna

approach, discuss the difficult and sensitive balances that competition law enforcement has to find in a world of global networking that creates more incentives for competitors to engage in multiple forms of cooperation, thus generating often contradictory pressures on the antitrust systems of the US and the EU (and worldwide), in order to distinguish between inadmissible forms of anticompetitive “conspiracies” and modern and efficiency generating forms of cooperation and interdependence between undertakings.

The General Doctrine Section also includes articles by José Engrácia Antunes, Jorge André Carita Simão, Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo and Deolinda de Sousa.

In his article, José Engrácia Antunes, an internationally renowned author in the field of company law, develops an approach based on the modern trend to organize single undertakings on a multi-company base – generally described in that field of Law as groups of companies –, using control mechanisms (that raises a fundamental problem of legal paradigm in terms of organization of undertakings). In

de organizar empresas numa base plurissocietária – através da realidade conhecida nessa área do direito como grupos de sociedades – mediante a utilização de determinados mecanismos de controlo societário (suscitando um problema fundamental de paradigma jurídico de organização empresarial). Na realidade, o tradicional direito das sociedades comerciais lida com um modelo de regulação de sociedades que tendem a representar, cada uma, empresas independentes. A tendência no sentido de agregar várias sociedades numa única empresa representa assim um desafio aos institutos do tradicional direito das sociedades, baseados no modelo da sociedade comercial independente, como que incorporando no seu seio elementos autodestrutivos dos seus pressupostos. Na realidade, uma sociedade que detenha uma participação noutra (sociedade-mãe e filial, respectivamente) será tentada, no seio da organização da sua filial, a exercer os seus direitos sociais, especialmente o direito de voto, na prossecução do seu próprio interesse, independentemente do que constitua o melhor interesse dessa filial. O problema tem sido resolvido, em vários ordenamentos (*v.g.* Alemanha, Brasil, Portugal, Itália e, recentemente, Espanha), com a adopção de regimes especiais de direito societário com vista à

fact, traditional Company Law deals with a regulation model of a company which, in its singularity, represents an independent undertaking. The trend to aggregate several companies in a unique undertaking is thus, somehow, a 'threat' to the company law regulatory mechanisms based on the independent company model, accepting in its interior self-destructive mechanisms. In fact, a company that owns shares in another one (parent and daughter companies, respectively) is tempted, inside the organization of the daughter-company to use its corporate rights, especially the right to vote, to fulfil its own interest, regardless of what the best corporate interests of the latter one may be. The problem was dealt, in several countries (e.g., Germany, Brazil, Portugal, Italy, and recently, Spain) with the enactment of special company law regimes aimed at identifying and controlling distortions introduced by the group-problem, although several European jurisdictions, such as the French one, tend to show some scepticism as regards the efficiency of such special law regimes. In this context, Engrácia Antunes analyses the Portuguese competition law

identificação e enquadramento desse tipo de distorções introduzidas pelo *problema do grupo societário*, apesar de diversos ordenamentos nacionais da UE, como o francês, evidenciarem algum cepticismo ou reserva quanto à eficácia desses regimes jurídicos especiais. Tendo presente esse contexto, Engrácia Antunes analisa o regime jusconcorrencial de controlo de concentrações de empresas e os principais conceitos juridicamente relevantes de empresa – à luz de considerações assentes no direito da UE e de outros Estados-membros – para determinar a importância das regras de controlo de concentrações na formação e funcionamento de grupos de sociedades.

O artigo de Jorge André Carita Simão analisa os possíveis limites da responsabilidade civil de autoridades independentes de regulação, quer no que respeita a actuações irregulares causadoras de danos, quer no que respeita à omissão de certos deveres de actuação. A análise em causa é desenvolvida a partir de algumas notas introdutórias sobre os objectivos gerais da regulação económica e de um breve historial da regulação independente, passando então a considerar o conjunto de poderes que normalmente se encontram associados à criação destas autoridades de regulação. Daí passa-se a abordar as características clássicas da responsa-

regime on merger control and the main legally relevant concepts of undertaking – with several considerations derived from EU law and the law of other EU Member States – to determine the relevance of merger control rules on the formation and organization of groups of companies.

The article by Jorge André Carita Simão discusses the boundaries of civil liability of the independent regulatory agencies, both as regards illegal action that causes damages or as regards the omission of certain duties. The author starts his approach with some introductory notes on the general goals of economic regulation and a brief history of independent regulation, considering then the set of powers which normally accompanies the establishment of regulators. He then turns his attention to the classical features of civil liability, which constitutes the basis for a critical analysis of the possible extent of liability of independent regulators, aiming to establish the criteria that correctly deal with the relevant interests that should be protect ed protected by law.

The article by Sara Rodrigues and Dorothee Serzedelo critically

bilidade civil, como base para uma análise crítica da extensão possível da responsabilidade dos reguladores independentes, visando estabelecer os critérios que devidamente enquadrem os interesses relevantes a salvaguardar e que se mostrem merecedores de tutela jurídica em cada domínio de regulação.

O artigo de Sara Rodrigues e Dorothee Serzedelo analisa criticamente a compatibilidade entre as normas nacionais em matéria de buscas no quadro de procedimentos de direito da concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, conferindo às empresas o direito de contestar quer a legalidade de certas buscas, quer o modo como tenham sido conduzidas, e atribuindo-lhes o direito de obter uma decisão a esse respeito em período razoável, especialmente à luz da recente jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem nos casos “*Canal Plus*” e “*Primagaz*”, nos quais a França foi condenada em virtude de violação da supra referida regra da Convenção.

Deolinda de Sousa trata da matéria do alinhamento de preços nas vendas com prejuízo, no contexto do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, analisando criticamente a jurisprudência, que a Autora considera não revelar uma tendência uniforme, nem ser consistente com a

analyses the compatibility between the Portuguese rules on dawn raids on the basis of the CA and article 6 (1) of the European Convention on Human Rights, granting undertakings the right to challenge both the legality of a dawn raid and the way it was conducted, and granting them the possibility of obtaining a decision within a reasonable time, especially in light of the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights on the cases Canal Plus and Primagaz, in which France was convicted for the violation of the above mentioned rule of the Convention.

The article by Deolinda de Sousa deals with issues of price alignment in the context of sales below cost, for the purposes of enforcement of Decree-Law No 370/93, of 29 October (within Portuguese competition law). It develops a critical analysis of the jurisprudence in this field, considering it is not stable, nor consistent with the rationale of the legal provisions on sales below cost.

The remaining part of 2011 and the beginning of 2012 will be challenging times as regards competition policy and enforcement and economic regulation,

ratio da justificação das vendas com prejuízo.

A parte final de 2011 e o início do ano de 2012 corresponderão a momentos exigentes no que respeita à política de concorrência e à sua concretização, bem como em relação à regulação económica, quer em termos globais, quer no plano da UE, quer ainda em Portugal. No quadro da C&R propomo-nos seguir de perto esses desafios ora em perspectiva. Considerando em primeiro lugar a situação de Portugal, a reforma da LDC e também as reformas incidindo sobre os regimes de regulação económica independente ou autónoma, que se devem esperar a curto prazo no contexto do programa de ajustamento económico de Portugal, serão devidamente seguidas e discutidas nos próximos números da Revista. No que respeita a grandes tendências internacionais, e em particular ao apreciável desenvolvimento do direito da concorrência e dos sistemas de regulação económica em novos blocos económicos emergentes, propomo-nos concentrar a nossa atenção no Brasil (tendo em conta não só o facto de o Brasil representar crescentemente uma potência económica global e um pólo indutor do crescimento económico mundial, como também a importância dos laços económicos, sociais e culturais entre o Brasil e Portugal, de crescente

worldwide, at EU level and in Portugal.

At C&R we purport to closely follow those challenges ahead of us. Starting with Portugal, competition law reform and also independent economic regulation reforms to be expected in the context of the economic adjustment program will be duly followed and discussed in the incoming Nos of C&R. As regards worldwide trends, and in particular the significant development of competition law and regulatory systems in the new and emergent economic blocks, we intend to focus our attention in Brazil (bearing in mind not only the fact that Brazil tends nowadays to represent a global economic powerhouse but also the importance of the economic, social and cultural ties between Brazil and Portugal, of growing strategic importance in a context of European crisis).

Accordingly, we shall publish a Double No of C&R (comprehending Nos 7 and 8 and thus closing its second year of publication), that will comprehend an extensive special thematic file covering the development of competition and regulatory policies in Brazil. Such thematic file will

importância estratégica no contexto da crise europeia).

Nessa conformidade, publicaremos, um número duplo da Revista de Concorrência e Regulação (integrando os números 7 e 8 e assim concluindo o seu segundo ano integral de publicação), integrando um *dossier temático alargado sobre o desenvolvimento das políticas de concorrência e de regulação económica no Brasil*. Esse dossier temático compreenderá diversos artigos de alguns dos principais especialistas brasileiros neste domínio, assim como contribuições de Autores da UE que, passo a passo, têm vindo a deslocar também a sua atenção para um espaço que pode vir a afirmar-se como uma das superpotências económicas decisivas do século XXI e que, como tal, necessitará de *uma infra-estrutura adequada de defesa da concorrência e de regulação económica sectorial* (a qual poderá quer beneficiar do *know how* desenvolvido em sistemas jurídicos de concorrência mais maduros, quer ainda vir a delinear contribuições ou soluções originais para enquadrar problemas específicos experimentados em processos de transição económica com reflexos futuros na evolução dos sistemas mais maduros).

include multiple articles from leading Brazilian specialists in this field as well as contributions from EU authors that, by and by, have been shifting their attention to the emergence of what may come to represent one of the decisive economic superpowers of the twenty first century and one that is requiring, as such, a proper competition and regulatory infra-structure (which will, on the one hand, benefit from the know-how developed in more mature competition law systems, but that may also, on the other hand, address, with original contributions or solutions, particular problems experimented in a process of economic transition, with possible future repercussions in the evolution of the more mature systems).

C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral

Dossier Temático

Infracções ao artigo 4.º da Lei da Concorrência ou ao artigo 101.º do TFUE

DOCTRINA GERAL

SOME REMARKS ON PRICING ABUSES AND EXCLUSIONARY CONDUCT

Damien Neven/Hans Zenger¹

ABSTRACT: This article presents the approach of the Guidance paper on the Commission's priorities with respect to the enforcement of Art 102, with respect to pricing abuses. We relate this approach to the economic literature. We also discuss the evidence that can be used to validate possible theories of harm, and illustrate with recent cases like Intel.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The guidance paper on exclusionary conduct. 3. Some theories of exclusion. a. Naked exclusion. b. Multiproduct pricing, price discrimination, and leverage. c. Downstream competition. 4. Conclusion.

1. INTRODUCTION

Sophisticated forms of pricing conduct can sometimes lead to anticompetitive exclusion of efficient competitors. In particular, dominant firms may structure rebate schemes in such a way as to restrict the market access for smaller competitors, thereby leading to customer foreclosure. Such foreclosure can occur if the dominant firm's pricing schedule implicitly ties the "contestable" and "non-contestable" parts of consumers' demands to induce (quasi-) exclusivity.²

¹ The authors are, respectively, Professor of Economics at the Graduate Institute (Geneva) and Member of the Chief Economist Team at the Directorate-General for Competition of the European Commission. This article is based on a presentation the first author has given at the 2010 Lisbon Conference on Competition Law and Economics, at the time at which he was Chief Competition Economist at the Directorate-General for Competition of the European Commission. The views expressed in this paper are those of the authors and do not necessarily reflect the views of DG Competition or the European Commission.

² The "contestable" part of demand denotes those products or quantities for which a dominant firm faces competition from other suppliers, whereas the "non-contestable" part of demand denotes those products

This article discusses some of the economic forces underlying such potentially anticompetitive conduct.³ In Section 2, we describe the approach toward pricing abuses with exclusivity-inducing nature that is outlined in the Commission's Guidance Paper on exclusionary conduct.⁴ In Section 3 we relate this approach to recent theories of anticompetitive exclusion in the economic literature. Section 4, finally, links some of the key elements of these theories to the Commission's recent Intel decision⁵ and concludes.

2. THE GUIDANCE PAPER ON EXCLUSIONARY CONDUCT

The *Guidance Paper* generally takes the position that antitrust law should safeguard the competitive process rather than protect competitors.⁶ Obvious as it may seem, this is a significant policy shift against part of the case law which was mostly concerned with protecting less successful rivals. Unfortunately, such a focus tends to create rather than remove obstacles for pro-competitive conduct, because beating competitors on the market is exposed to the risk of antitrust prosecution.⁷

The *Guidance Paper* recognizes that unilateral conduct, such as low prices, loyalty rebates, rewards for exclusivity, bundling and others are often pro-competitive in nature, even if they lead to foreclosure of competitors. Indeed, the relevant question for analysing a particular type of conduct is not whether it makes life difficult for competitors, but whether consumers are harmed by it. Competition policy should ensure that dominant firms do not impair

or quantities which are essentially uncontested by competing suppliers (a reflection of the market power of the dominant firm).

3 While this article focuses on anticompetitive effects, it should be kept in mind that loyalty rebates and exclusivity agreements often (indeed, typically) have pro-competitive motivations in real world markets. This is evidenced by the fact that these practices are widespread in highly competitive markets, where anticompetitive exclusion cannot be a plausible motivation. If a competition authority has established harmful effects by verifying a particular theory of harm, a proper account of countervailing efficiencies should therefore be the next step in the investigation. *See, for instance* Klein & Lerner, 2007: 473 and Klein & Murphy, 2008: 433 (discussing efficiency motivations for exclusive dealing and related practices).

4 European Commission, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* [hereinafter *Guidance Paper*].

5 Case COMP/37.990 Intel [2009].

6 "[T]he Commission is mindful that what really matters is protecting an effective competitive process and not simply protecting competitors. This may well mean that competitors who deliver less to consumers in terms of price, choice, quality and innovation will leave the market." *Guidance Paper*, par. 6.

7 For instance, the rigid case law on loyalty rebates is almost certain to have impaired healthy rebate competition in the European Union.

effective competition by foreclosing rivals *in an anticompetitive way*, thereby having an adverse impact on consumer welfare. The relevant test for finding anticompetitive unilateral conduct is therefore (i) to show that the conduct is very likely to foreclose competitors (foreclosure) and (ii) that such foreclosure is likely to reduce consumer welfare relative to the counterfactual (consumer harm).

The *Guidance Paper* emphasizes that vigorous price competition is generally beneficial for consumers. To distinguish whether some pricing conduct harms competitors because the dominant firm engages in foreclosure or whether the dominant firm is simply competing more efficiently, the *Guidance Paper* proposes applying the as-efficient-competitor-test (AECT). This test determines the effective price paid by customers for the part of their demand that is subject to competition (the “contestable share” of demand - as opposed to the “non-contestable share” of demand, which has to be sourced from the dominant firm due to its superior position in the market).⁸ This effective price of the contestable part of demand is then compared with the *dominant firms’* costs of supplying those units, to determine whether a hypothetical competitor that is equally efficient as the dominant firm would be in a position to match the effective price that prevails in the market.⁹

Failing the AECT does not imply an automatic presumption of harm: “if the data suggest that the price charged by the dominant undertaking has the potential to foreclose equally efficient competitors, then the Commission will integrate this in the general assessment of anti-competitive foreclosure (see Section B above), taking into account other relevant quantitative and/or qualitative evidence.”¹⁰ Since effective prices can be below cost for a variety of pro-competitive reasons, it is important for a competition authority to establish and validate a concrete theory of harm even if the AECT was

8 To illustrate, consider the case of bundled discounts, where the dominant firm “ties” some competitively supplied product A with a monopoly product B through multiproduct rebates. The effective price of A can then be determined by calculating the incremental cost of purchasing A from the dominant undertaking given that product B has already been obtained. For instance, suppose the list prices of A and B are $P_A = €10$ and $P_B = €20$, and a 10% discount on all sales is granted if A and B are purchased together. Assume purchasers want to buy one unit of A and one unit of B each. The effective price of A is then €7 (the list price of €10 minus rebate savings of 10% · (€10 + €20) = €3 for buying A and B together).

9 See *Guidance Paper*, par. 26, for a discussion of the appropriate cost benchmark.

10 *Id.*, par. 27.

not passed.¹¹ However, failure of the AECT can be an important piece of evidence in proving a particular theory of harm. We will therefore now turn to a number of theories of harm regarding exclusivity-inducing pricing conduct that are discussed in the economic literature.

3. SOME THEORIES OF EXCLUSION

There are basically two sets of theories of harm regarding exclusivity-inducing pricing conduct: (i) theories involving a *profit sacrifice* (where the dominant firm wilfully forgoes current profits in order to harm competitors, with later recoupment), and (ii) theories involving *no profit sacrifice* (where the anticompetitive conduct is self-sustainable).

U.S. antitrust enforcement in the area of unilateral conduct has recently tended to focus on exclusionary conduct of the first type. Anticompetitive effects can then be shown by demonstrating that the dominant firm's behaviour could not have been profitable but for its tendency to exclude competitors.¹² The profit sacrifice test was embraced by the Supreme Court in *Aspen Skiing*, suggested by the Supreme Court in *Trinko*, and used by the agencies in many important enforcement actions, including *Dentsply* and *Microsoft*.¹³

A profit sacrifice occurs under predatory exclusion, where the predator wilfully sacrifices current profits to earn future monopoly rents by inducing purchasers to source an inefficiently large proportion of their requirements from the dominant firm through discounts, exclusive dealing clauses or

11 To provide an example of conduct which is pro-competitive although effective prices are below cost, consider a dominant producer A of mountain equipment. Suppose A provides large retroactive rebates in return for full exclusivity to a selected number of distributors (covering, say, 20% of the retail market). Suppose that these exclusivity-inducing contracts are offered to those retailers where A has installed expensive climbing installations, so consumers can try out A's products in-store. In such a scenario, A's pricing to 20% of the retailers is likely to fail the AECT (e.g., because A's products are a must-stock item). But since only a small number of distributors is affected, effective access of A's competitors to the market is not hampered. Indeed, consumers who prefer competing products can freely purchase them at most other retailers. To the contrary, the contractual arrangements in question are likely to benefit consumers by allowing the installation of beneficial trial equipment, on which competitors would free-ride absent the protection provided by the contractual arrangements.

12 The so called "but for" test or "no economic sense" test requires that exclusion is the only explanation for making the observed behavior profitable in the long term. A milder requirement can be imposed, namely that the observed behavior is not profit maximising in the short term. This alternative requirement is adopted as part of the predation standard put forward by the guidance paper. On the "but for" test, See Melamed, 2006: 375 and Werden, 2006: 413 (providing references to U.S. case law and a discussion).

13 Melamed, 2006: 390.

other unilateral conduct. However, as noted above, harm to consumers and competition is generally not restricted to situations where the dominant firm must incur a profit sacrifice.¹⁴ There are several forms of exclusionary conduct that do not involve an (immediate) loss of profits and nonetheless lead to the harmful exclusion of efficient competitors.¹⁵ In what follows, we discuss a number of those theories of harm.

A. Naked Exclusion

Even though it was not the first theory of exclusion that overcame the Chicago critique in the economics literature, the theory of “naked exclusion” by Eric B. Rasmusen, J. Mark Ramseyer, and John S. Wiley, Jr. has attracted a particularly high level of attention among economists and spawned a large follow-on literature.¹⁶

Central to Rasmusen *et al.*'s argument are the existence of economies of scale in the market where exclusion takes place, and the exploitation of externalities between purchasers by the dominant firm. In their model, entry of a more efficient competitor can be deterred by an incumbent if he signs exclusive contracts with a sufficiently large number of buyers. Indeed, due to the existence of economies of scale, an entrant would need access to a sufficiently large proportion of potential purchasers to be able to operate efficiently. If too many buyers are locked-in through long-term contracts, welfare-enhancing entry is foreclosed.

While purchasers *overall* would always benefit from such entry (and hence should not sign exclusivity clauses with the less efficient incumbent), *individual* purchasers are subject to a divide-and-conquer strategy by the incumbent. If the incumbent manages to “bribe” a sufficient number of purchasers into long-term contracts (e.g. through a well-designed loyalty rebate), he can charge monopoly prices to the remaining purchasers after entry is foreclosed. Anticipating this course of events, any individual purchaser would like to be among the group of buyers that receive a bribe for signing an exclusive contract. The incumbent effectively plays purchasers off against each other,

¹⁴ See Salop, 2006: 311 and Jacobsen & Sher, 2006: 779. Note, however, that more sophisticated variants of the profit sacrifice test do not limit antitrust liability to predatory conduct, as discussed by Melamed: 2006 and Werden: 2006.

¹⁵ See *generally* Krattenmaker & Salop, 1986: 209.

¹⁶ Rasmusen, 1991; Ramseyer & Wiley, 1991: 1137.

with the result that individual exclusive contracts are signed even though it is not in the collective interest of purchasers that entry is foreclosed.

If there are sufficiently many buyers that can be played off against each other, the actual “bribe” that has to be paid to purchasers for exclusivity may be fairly small. But irrespective of the level of the discount granted, no profit sacrifice has to be undertaken by the incumbent to foreclose entry.¹⁷ In fact, as Ilya Segal and Michael D. Whinston have shown, the incumbent can secure almost the entire monopoly profit through the use of exclusive contracts, if there are sufficiently many buyers that can be played off against each other.¹⁸

Rasmusen *et al.*'s theory applies depending on a number of assumptions that may or may not hold in a given market. In particular, the efficient competitor is a potential entrant in the model and hence cannot negotiate around the inefficiency by making better offers to purchasers. If an efficient competitor is already in the market, it is more difficult to foreclose him without predatory profit sacrifice, because the competitor can then make counteroffers to undermine the divide-and-conquer strategy of the incumbent.¹⁹ Moreover, in the case of entry deterrence, it is also clear that exclusionary contracts have to be quite long to deter efficient entry. If an entrant is genuinely more efficient, exclusive contracts in the order of a couple of months are certainly not capable of deterring such entry, because the prospect of future profits will endow the entrant with some patience.²⁰

While application of the “naked exclusion” theory of harm should therefore be applied with attention to detail as regards the market realities in a particular industry, it generally provides important insights into the mechanisms of anticompetitive exclusion. In particular, it emphasizes the key roles of economies of scale (foreclosing part of the market so competitors

17 There is, of course, a profit sacrifice relative to the monopoly price (the “bribe” paid to those purchasers that accept exclusivity). However, there is no profit sacrifice relative to the absence of the conduct in question (exclusive dealing), because the monopoly price minus a small bribe is still larger than marginal cost (the price the incumbent would be forced to set if exclusive dealing were prohibited and entry could not be foreclosed).

18 Segal & Whinston, 2000: 304.

19 Innes & Sexton, 1994: 566. But *see also* Farrell, 2005: 465.

20 Note that in the case of the exclusion of existing competitors, the length of the contract is often less of an issue. If a credible theory of harm can be built that proves the anticompetitive nature of the conduct, then a perpetuated short-term contract that implements this theory of harm often has the same effect as an otherwise identical long-term contract. For instance, predatory pricing can in principle be effective both with long-term contracts and with short term contracts.

cannot operate on an efficient scale) and of exploiting externalities between purchasers (playing off buyers against each other to allow exclusion without profit sacrifice).

B. Multiproduct pricing, price discrimination, and leverage

A second set of papers has emphasized the importance of market power of the dominant firm for exclusionary conduct. This strand of the literature has argued that antitrust market power may sometimes give rise to monopoly leverage from a customer's non-contestable share of demand to his contestable share of demand.

While strong market power of the incumbent is also a prerequisite in the "naked exclusion" theories, it is only implicit there. Later papers have outlined in a more detailed fashion the central role that market power plays for exclusion. Patrick Greenlee and David Reitman, for instance, show how leverage from a monopolized product A to a competitive product B can occur.²¹ If the A monopolist prices its A and B products independently to maximize profits, he earns monopoly profits in A and a competitive return in B. Starting from this counterfactual, the dominant firm can increase its profits by introducing a bundled rebate that links the purchases of A and B from the perspective of consumers. Indeed, it is profitable to tie the two products through a suitable rebate scheme, decrease the price of the A product and increase the price of the B product correspondingly.

As pre-tying prices were profit-maximizing, the decrease in price of the A product has only a very small negative effect on the dominant firm's profits (a so-called "second order effect"). This is because at the profit-maximizing price of product A, the benefit of slightly reducing the price (higher demand) and the costs of slightly reducing the price (lower per unit margins) exactly offset each other by construction.²² The foregone profit from a small reduction of the price of A below the monopoly level is therefore small. The corresponding increase in price of the B product in the bundle, however, has an appreciable positive effect on the dominant firm's profits (a so-called "first order effect"), because prices can be increased above the competitive

²¹ Greenlee & Reitman: 2006.

²² If the costs and benefits of reducing the price did not offset each other, then the price would not have been chosen optimally: If costs were above (below) benefits, profits could have been increased by increasing (decreasing) the price.

level without reducing demand (purchasers have to pay more for B, but they receive A at a correspondingly lower price).

The incumbent firm can thus increase the stand alone price for product A (beyond the monopoly price), offer a large rebate in case bundled sales and increase the price of product B much above the competitive level. In principle (assuming that he can commit to the stand alone price) the incumbent firm can leverage the entire rent that the consumers obtain at the monopoly price of product A.

It should be emphasized, however, that this profit-enhancing effect is usefully described as anticompetitive only in limited circumstances, even if the rebate scheme leads to foreclosure. Importantly, the tying of A and B does not occur for exclusionary purposes here, but to find a profit maximizing pricing balance between A and B that trades off lower prices in A for higher prices in B. That is, the practice is undertaken to *price discriminate* via multi-product pricing.²³ That is not to say that the presence of a competitor does not affect the design of the pricing scheme and bundled discount will be more attractive, the stronger is competition in product B, but the primary purpose of the pricing scheme is not to exclude competitors but rather to discriminate.

Such price discrimination is often beneficial for consumers.²⁴ Even if the dominant firm has monopoly power, price discrimination generally has ambiguous static welfare properties and increases dynamic incentives to invest. Moreover, in the presence of some competitors, price discrimination often intensifies competition.²⁵ Unless the tying of different products or of different portions of demand leads to a degree of foreclosure that is so pronounced that the competitive viability of rivals on the open B market is put at risk, one should be reluctant to outlaw such conduct. Having said this, if tying to price discriminate leads to a degree of foreclosure that significantly impairs the viability of as efficient competitors and that causes monopolization as a – possibly even unintended – by-product, then this would seem to be a source

²³ For similar forms of price discrimination in the single product context of exclusive dealing, see for instance Mathewson & Winter, 1987: 1057 and Zenger, 2010: 205.

²⁴ See, for instance, Mathewson & Winter, 1997: 566.

²⁵ See, for instance, Corts, 1998: 306 (discussing the case of third-degree price discrimination), Marvel & Yang, 2008: 1090 (discussing the case of quantity rebates), Thisse & Vives, 1988: 122 (discussing spatial price discrimination), Klein & Wiley, 2003: 599 (discussing tying to price discriminate).

of consumer harm even if such outcome was not primarily intended by the dominant firm.

C. Downstream competition

Finally, we want to turn to a theory of harm advanced in a more recent set of papers that emphasizes the importance of downstream competition of purchasers.²⁶ This is a useful focus, because antitrust investigations of exclusionary conduct rarely relate to final good (retail) markets. Typically, foreclosure rather occurs at some intermediate level of the production chain, where quantity discounts, exclusive dealing provisions and other contractual restraints can be more immediately applied. For instance, in *Intel*, the dominant company applied loyalty rebates to OEMs (computer manufacturers) who competed with each other on the downstream PC market, using Intel- or AMD-based hardware.²⁷

What the papers focussing on downstream competition show is that the competition between purchasers may be favourable for an upstream dominant undertaking. First, strong competition will imply that the upstream firm does not suffer from double marginalisation and hence, can appropriate much rent that he can possibly share with downstream buyers to induce them to accept exclusive contracts. Second, strong competition downstream will also ensure that whatever advantage the entrant can offer will be dissipated and hence the entrant is not in favourable position. In addition, a dominant upstream undertaking can play-off purchasers in a particular effective way. Since downstream firms need cheap inputs to succeed in the downstream competition, they are dependent on the goodwill of the dominant firm not to disadvantage them. The threat of being disadvantaged relative to their competitors if they reject exclusivity offers from the dominant firm upstream can then lead purchasers to succumb to exclusivity with the dominant firm, to the detriment of efficient upstream entrants, who are foreclosed from the market.²⁸

²⁶ See, for instance, Simpson & Wickelgren, 2007: 1305 and Abito & Wright, 2008: 227.

²⁷ Case COMP/37.990 Intel [2009].

²⁸ Note, however, that if the downstream market is very competitive and if the dominant firm's product is not an essential input for a number of downstream firms, then downstream competition may actually help an upstream entrant to avoid foreclosure by a dominant incumbent. Under these circumstances, having access to a few downstream distributors may be sufficient for an entrant to place its products

4. CONCLUSION

In this paper we have sketched a number of prominent theories of harm for exclusivity-inducing pricing abuses. These theories emphasize the importance of concrete factual evidence for finding exclusionary unilateral conduct to be abusive. First, as emphasized by the literature on “naked exclusion,” exclusive dealing and related practices tend to be more harmful in situations where economies of scale play an important role. With scale economies, foreclosure can hamper smaller competitors by increasing their costs of distribution and stopping them from developing into the competitive force they would otherwise have become.²⁹

Second, as emphasized by the literature on leverage, exclusionary practices tend to be more harmful in situations where the dominant firm’s primary product (or non-contestable share of demand) is truly indispensable for purchasers.

Finally, as emphasized by the literature on downstream competition, the ability of the dominant firm to play purchasers off against each other (and thereby exploit contracting externalities) may be particularly pronounced if competition between purchasers can be used by the dominant firm to achieve its divisive goals.

All three components appear to have played a role in the computer chip markets investigated in the Commission’s recent *Intel* decision. In particular, Intel had strong market power vis-à-vis its purchasers (original equipment manufacturers such as HP or Dell). Economies of scale in production and R&D are undoubtedly substantial. And finally, downstream competition between OEMs implied that the commercial success of each OEM to a significant degree depended on Intel’s goodwill not to disadvantage the OEM with respect to its competitors.

on the market. Anticompetitive foreclosure can then not be effective even if a large part of the market is covered by exclusivity agreements. See Fumagalli & Motta, 2006: 785.

²⁹ While this article has focussed on exclusive dealing and related rebates practices, scale economies are also important in tying cases. See, *in particular*, Whinston, 1990: 837 and Carlton & Waldman, 2002: 194.

REFERENCES

- ABITO, Jose Miguel & WRIGHT, Julian
 2008 “Exclusive Dealing With Imperfect Downstream Competition”, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, p. 227 ss.
- CARLTON, Dennis W. & WALDMAN, Michael
 2002 “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, in *RAND Journal of Economics*, vol. 33, p. 194 ss.
- CORTS, Kenneth S.
 1998 “Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly: All-Out Competition and Strategic Commitment”, in *RAND Journal of Economics*, vol. 29, p. 306 ss.
- FARRELL, Joseph
 2005 “Deconstructing Chicago on Exclusive Dealing”, in *Antitrust Bulletin*, vol. 50, p. 465 ss.
- FUMAGALLI, Chiara & MOTTA, Massimo
 2006 “Exclusive Dealing and Entry, When Buyers Compete”, in *American Economic Review*, vol. 96, p. 785 ss.
- GREENLEE, Patrick & REITMAN, David
 2006 *Competing With Loyalty Discounts*, U.S. Department of Justice Working Paper.
- INNES, Robert & SEXTON, Richard J.
 1994 “Strategic Buyers and Exclusionary Contracts”, in *American Economic Review*, vol. 84, p. 566 ss.
- JACOBSEN, Jonathan M. & SHER, Scott A.
 2006 “‘No Economic Sense’ Makes No Sense For Exclusive Dealing”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 73, p. 779 ss.
- KLEIN, Benjamin & LERNER, Andres
 2007 “The Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 74, p. 473 ss.
- KLEIN, Benjamin & MURPHY, Kevin
 2008 “Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution”, in *Antitrust Law Journal*, 75, p. 433 ss.
- KLEIN, Benjamin & WILEY, John Shepard Jr.
 2003 “Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Refusals to Deal”, in *Antitrust Law Journal*, vol 70, p. 599 ss.

- KRATTENMAKER, Thomas G. & SALOP, Steven
1986 “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power Over Price”, in *Yale Law Journal*, vol. 96, p. 209 ss.
- MARVEL, Howard P. & YANG, Huanxing
2008 “Group Purchasing, Nonlinear Tariffs, and Oligopoly”, in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, p. 1090 ss.
- MATHEWSON, G. Frank & WINTER, Ralph A.
1987 “The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment”, in *American Economic Review*, vol. 77, p. 1057 ss.
1997 “Tying as a Response to Demand Uncertainty”, in *RAND Journal of Economics*, vol. 28, p. 566 ss.
- MELAMED, A. Douglas
2006 “Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are There Unifying Principles?”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 73, p. 375 ss.
- RASMUSEN, Eric B., RAMSEYER, J. Mark & WILEY, John S. Jr.
1991 “Naked Exclusion”, in *American Economic Review*, vol. 81, p. 1137 ss.
- SALOP, Steven C.
2006 “Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 73, p. 311 ss.
- SEGAL, Ilya R. & WHINSTON, Michael D.
2000 “Naked Exclusion: Comment”, in *American Economic Review*, vol. 90, p. 296 ss.
- SIMPSON, John & WICKELGREN, Abraham L.
2007 “Naked Exclusion, Efficient Breach, and Downstream Competition”, in *American Economic Review*, vol. 97, p. 1305 ss.
- THISSE, Jacques-Francois & VIVES, Xavier
1988 “On the Strategic Choice of Spatial Price Policy”, in *American Economic Review*, vol. 78, p. 122 ss.
- WERDEN, Gregory J.
2006 “Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The ‘No Economic Sense’ Test”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 73, p. 413 ss.
- WHINSTON, Michael D.
1990 “Tying, Foreclosure, and Exclusion”, in *American Economic Review*, vol. 80, p. 837 ss.
- ZENGER, Hans
2010 “When Does Exclusive Dealing Intensify Competition for Distribution? Comment on Klein and Murphy”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 77, p. 205.

ADAM SMITH, MODERN NETWORKS AND THE GROWING NEED FOR ANTITRUST RATIONALITY ON COMPETITOR COOPERATION¹

Donald I. Baker²/Edward A. Jesson³

ABSTRACT: As the business world has become more global in scope and more interdependent in operations, it has generated competing pressures on the antitrust system in the United States and elsewhere—pressures to distinguish more clearly between old fashioned “conspiracies” and modern forms of “de facto partnership”. First, competing businesses must increasingly cooperate in setting standards, providing network interconnections and pooling patents. Secondly, global networking creates more incentives and opportunities for competitors to engage in larger (and potentially more effective) cartels to fix prices and divide markets around the world. This article seeks to explain how antitrust law must be clear, strong, and penal if it is to effectively curb and deter the great modern cartel threat, while at the same time becoming clearer and less penal if it is to avoid becoming a significant deterrent to effective cooperation that can promote both efficiency and consumer welfare in a modern economy. We outline some potential steps that could be taken by enforcers, judges and legislators to provide greater clarity and reassurance to legitimately cooperating competitors.

SUMMARY: I. An Ambiguous Historical Legacy Concerning Competitors. II. The Modern Pressure for Cooperation among Those Who Could Compete. III. Self-Regulation and Self-Service. IV. Antitrust Law as a Recurring Check on Modern Guild Restraints. V. An Anti-Adam Smith Theme Complicates the Picture. VI. Some Antitrust Barriers to Rational Cooperation. VII. Justice Brandeis’ Unfortunate Legacy: Chicago Board of Trade. VIII. Conclusion: Seeking to Mitigate the Practical Consequences of Legal Uncertainty, while Trying to make Rule of Reason Antitrust Cases More Manageable.

1 Copyright: Baker & Miller PLLC.

2 Senior Partner, Baker & Miller PLLC, Washington, DC.

3 JD Candidate, University of Miami School of Law.

I. AN AMBIGUOUS HISTORICAL LEGACY CONCERNING COMPETITORS

In 1776, Adam Smith, then the most famous economic thinker in the English speaking world, published his economic treatise *The Wealth of Nations*—which included a memorable, oft-repeated warning about the prevalence of cartels: “People of the same trade seldom meet, even for merriment or diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices.”⁴ One hundred and fourteen years later, the US Congress passed, virtually unanimously, a statute that could have been more appropriately dedicated to Adam Smith, rather than John Sherman. With sweeping simplicity, the law declared that any “contract, combination, or conspiracy . . . in restraint of trade” was a crime that could also be enjoined and subjected to private suits for treble damages.

Today the legacies of Adam Smith and John Sherman live on, as sources of inspiration and confusion, in an economic world that is totally different from anything that they could have even imagined. In our modern service-oriented economies, competitors frequently find themselves interconnected and interdependent in ways that could not have been imagined over a century ago, let alone two centuries ago.

Thus, the challenge for today is to remember that Adam Smith’s memorable warning remains highly relevant in age of large global cartels—while allowing competing enterprises to cooperate with each other in setting technical standards, pooling blocking patents, or starting new networks, without their antitrust fears being unnecessarily magnified by Dr. Smith’s rhetoric or Senator Sherman’s vagueness.

Thus, without losing sight of the serious danger that genuine cartels pose for the world economy, we will try here to review some ways that antitrust uncertainties to productive competitor cooperation might be reduced. Enforcers, judges, and legislators could all play constructive roles in such efforts.

II. THE MODERN PRESSURE FOR COOPERATION AMONG THOSE WHO COULD COMPETE

There are many instances in today’s modern economy where the need for cooperation among competitors is clear. Contrary to what some prior

4 Cited in: *United States v. Realty Multi-List, Inc.*, 629 F.2d 1351, 1370 (5th Cir. 1980).

antitrust rulings might suggest, cooperation among competitors is not always suspect. To the contrary, various forms of competitor cooperation can foster innovation, technological advances, and greater market efficiencies. Although we do not present this as an exhaustive list, the following are some of the clearer instances where cooperation among competitors can be advantageous not only for them but for the consuming public:

- *When standardization is needed to facilitate technical interoperability.* Industry standards are a familiar, and ever more important, aspect of the modern world. They may run the range from simple standards for fundamental interchangeability requirements (like railway gauges or electric outlets) to highly technical interfaces on specialized computer networks.
- *When competitors can effectively cooperate and assist each other with research, innovation, and/or complementary development efforts.* Modern research and development can involve very large efforts requiring numerous individuals and/or enterprises working together to try to create a new state-of-the-art product.⁵ The Manhattan Project to develop the atomic bomb during World War II was the quintessential, involving at least three major chemical companies pursuing alternative innovation routes. But just developing a large new aircraft or jet engine can require a lot of cooperation among sometimes-competing partners.
- *Patent pools, including those involving blocking or complimentary intellectual property rights.* The problem of blocking patents generated by competitive innovations will often require a patent pool as a way of creating and granting clean licenses which are more useful to licensees and more profitable to the IP owners is just one example.⁶ A package of complementary IP rights (such as musical copyrights) may be a lot more efficient than having creators and users engage in a large number of bilateral licenses.
- *Consortia for sharing very large risks.* Examples can be traced back as far as the voyages of discovery in the 16th Century, but the risk-sharing reality has flourished across a broad range of industries in modern economies.

⁵ The U.S. has enacted a special antitrust statute to encourage such efforts. National Cooperative Research and Production Act, 15 U.S.C. §§ 4301-06 (1984).

⁶ The competitive situation and the antitrust concerns can be quite different when a pool includes *competitive* patents, because then pooling can deprive potential licensees of competitive alternatives.

Insurance consortia are extremely common, as are joint lending and underwriting consortia among banks on very large loans and securities offerings.

- *Very large capital projects.* These can require multiple bidders/contractors just to assure that the project can be completed in a timely fashion. For a contractor, this multiple participants approach can help avoid the “all our eggs in one basket” problem that might otherwise exist.
- *Sports Leagues.* These usually involve independently owned teams cooperating in establishing a league to provide rules, schedules and referees for the contests among the teams. This cooperation is absolutely essential. However, in modern times, the sports league has frequently tried to go further and serve as a joint bargaining agent for the teams in licensing broadcast rights and trademarks—which is less essential and can sometimes raise significant antitrust problems where the league has a lot of market power⁷.
- *Creating a new user-owned branded network.* In the modern service centered economies, branding can be important as a way of identifying and promoting a service or product to consumers.⁸ When competing market participants perceive the opportunity to create a new network-based product or service, a joint venture often offers an effective way for participants to reassure each other that there will be sufficient network traffic to achieve efficient scale and scope. The Visa and MasterCard partners were such joint pioneers when they successfully created the now-ubiquitous credit cards in the early 1970s: they agreed to accept each others’ cards, establish trademarks and necessary technical standards, and actively promote the joint product. When such a joint endeavor becomes so successful that it can achieve substantial market power, then the ongoing collective action can raise significant horizontal antitrust issues (as Visa’s and MasterCard’s experience clearly shows).⁹

⁷ See *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984), and *American Needle v. NFL*, 560 U.S., 130 S. Ct. 2201 (2010).

⁸ This is what franchise systems (McDonald’s, etc), routinely do, but most such cases the relationship between the creator of the brand (i.e., franchisor) and the franchisees is *vertical* and hence much less likely to generate antitrust concerns.

⁹ See *United States v. Visa, USA*, 344 F.3d 229 (2nd Cir. 1999). The practical solution that both Visa and MasterCard have adopted is to convert from user owned joint ventures to publicly traded corporations—a conversion that provided the original partners with handsome rewards for their efforts, while largely eliminating their Sherman Act Section 1 risks going forward.

- *Traffic Interchange Arrangement among Competitors.* These generally involve pre-existing agreements about how the parties will treat each other and/or each others' customers. Roaming agreements among wireless networks are a familiar example. Railroads have agreements on how they will deal with through traffic and how they will compensate each for use of roaming freight cars.

III. SELF-REGULATION AND SELF-SERVICE

The historic guilds that flourished in England and medieval Europe had essentially two roles – *first*, to regulate and supervise the performance of their members in order to protect the collective good will of the group for quality and fair dealing; and *secondly* to protect their members from outside competition in the area where the guild operated. Sometimes a guild was able to enlist the state, the local government, or a powerful baron to help it create legal barriers against outside competition. The result of a successful guild was that quality and reputation were generally preserved, but at the price of a lessening competition in ways that a modern antitrust enforcer might question.

Today, the tradition of the medieval guilds lives on. Local bar associations and real estate brokers' associations that have generally tried to protect their members from "cutthroat competition" within the group, while trying to assure their members' efforts are not undercut by troublesome outsiders. Indeed, Judge Posner has once argued that the legal profession, much like other medieval guilds, was built on selfish, anticompetitive restrictions to entry of the market, conduct, and pricing of the work, justified on a "quality-protection rationale (or rationalization)" performance.¹⁰ National organizations (like the New York Stock Exchange, the National Association of Professional Engineers, and the sports leagues have done the same thing. In virtually every case, the modern guild, like its historic predecessors, has had a broad view of that its legitimate "regulatory" role should justify it in limiting competition among its members and/or erecting barriers against

¹⁰ Richard A. Posner, *The Material Basis of Jurisprudence*, 69 *Ind. L.J.* 911, esp. 917-924 (1996) ("The Medieval Cartel as a Model of the Modern Legal Profession").

outsiders.¹¹ It is this recurring reality that has generated the antitrust issues and cases which we will turn to next.

IV. ANTITRUST LAW AS A RECURRING CHECK ON MODERN GUILD RESTRAINTS

Modern US antitrust law still has to deal regularly with situations that echo the medieval guilds. It is still common to see groups of like minded businesses coming together in various types of collective efforts designed to enhance efficiency and/or order (including joint ventures, ad hoc consortia, trade associations, standards setting organizations, etc). Sometimes these groups have self-regulatory functions in which they are dictating rules of competitive conduct to their members and would-be members, thus echoing traditional guilds. Sometimes they enlist the government to help them regulate entry, pricing or performance. From time to time, these collective undertakings will act in a manner that is anticompetitive, by limiting competition among their members or excluding outsiders. As a result, the Sherman Act has often been invoked by both government enforcers and private parties to try to curb the actions that these collective undertakings are willing to take to foster the interests of some or all of their members.

The result is an often picturesque, but far from coherent body of law. The courts have sometimes showed these “modern day guilds” some of the deference that traditional guilds expected to receive in medieval times before the age of antitrust, but at other times antitrust courts have been very stringent in applying antitrust law.¹² Since the late 1970s at least, any collective integration with some at least plausible “efficiency” or “integration” has not been subject to a rule of per se illegality but has been examined under the far more lenient rule of reason standard that has evolved from the landmark *Standard Oil*¹³ case in 1911. The resulting cases can be loosely placed in categories based on what activity the collective undertaking was restraining.

¹¹ See, William F. Baxter, *NYSE Fixed Commission Rates: A Private Cartel Goes Public*, 22 STAN L. REV. 675 (1970) (providing that the NYSE enlisted the SEC to help maintain its monopoly).

¹² *United States v. Sealey Inc.*, 338 U.S. 350 (1967) and *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972) are two obvious examples of the courts applying an overly stringent per se rule to brand-creating cooperation among actual or potential competitors.

¹³ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

1. Pricing

Agreements involving the setting of prices charged by horizontal competitors are clearly the most sensitive area of modern antitrust law.¹⁴ In the last 40 years, we have seen the courts gradually shift to rule of reason treatment where there was a plausible efficiency or regulatory reason for the joint pricing arrangement.

Broadcast Music v. CBS,¹⁵ is a landmark case because the Supreme Court accepted rule of reason treatment for joint licensing of copyrighted music produced by competitors. *Broadcast Music* was a landmark case because the Supreme Court finally recognized that some horizontal price fixing agreements do have considerable value and should be subjected to a more stringent test (as opposed to being automatically found per se illegal). Stating that “easy labels do not always supply ready answers,”¹⁶ the Court went on to announce that it would sometimes be necessary to undertake a lengthier preliminary examination of the issue at bar to determine whether or not there are any redeeming features to the questioned conduct.

*Goldfarb v. Virginia State Bar*¹⁷ is a clear example of the Supreme Court’s willingness to accept rule of reason treatment (rather than per se treatment or outright exemption) because of a state regulatory interest. This was a private suit brought by consumers against the Virginia State Bar (a state sponsored guild) for having established a minimum fee schedule for real estate transactions (specifically title searches). The Supreme Court, in holding that the Virginia State Bar was not immune from antitrust liability provided that:

- 1) The price schedule was price fixing as “[t]he fee schedule was enforced through the prospective professional discipline from the State Bar, and the desire of attorneys to comply with announced professional norms, . . . the motivation to conform was reinforced by the assurance that other lawyers would not compete by underbidding.”¹⁸

¹⁴ See *United States v. Socony-Vacuum Oil Co*, 310 U.S. 150 (1940).

¹⁵ *Broadcast Music v. CBS*, 441 U.S. 1 (1977).

¹⁶ *Id.* at 8.

¹⁷ *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975).

¹⁸ *Id.* at 781-782.

- 2) That the “learned professions” were not exempt from antitrust laws, and
- 3) The Virginia State Bar was not a state actor for “state action” doctrine purposes because of the way it operated on behalf of lawyers in Virginia. Even though the Virginia State Bar was not immune from antitrust laws and had indeed fixed prices, the Court, in a vague opinion, seemed to suggest that the action of the State Bar’s minimum fee setting would be treated as a rule of *reason case on remand*.

2. Potential Competition among Members

An important instance in which the Sherman Act has been used to limit the action of cooperating competitors was in *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*.¹⁹ In this case, the National Collegiate Athletics Association (“NCAA”), which regulates intercollegiate sports among its members, adopted a plan for the televising of college football games that required all NCAA members to assign their television rights to the NCAA. The plan’s stated intent was to reduce the adverse effect of live television upon football game attendance, by limiting the total amount of televised college football coverage. No NCAA member team was permitted to independently negotiate their own television rights, a restriction that was successfully challenged in a private antitrust case brought by two major football schools, the Universities of Oklahoma and Georgia. The Supreme Court held that, while the actions of the NCAA in marketing the collective TV rights did constitute horizontal price fixing, it would be inappropriate to apply the *per se* rule because the NCAA is an industry organization where horizontal restraints on competition are essential if the product is to be available at all. Instead the Court created a new “quick look” doctrine under which a provision subject to the rule of reason could be prohibited after a very limited inquiry. Because the NCAA football program involved such a plain restriction on price and output of college football telecasts, the Court held that it could be struck down on the basis of such a limited inquiry.

Having approved this quick-look approach, first in *NCAA* and then in *FTC v. Indiana Federation of Dentists*,²⁰ the Supreme Court then squarely rejected application of the quick look test in *California Dental Association v.*

¹⁹ *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

²⁰ *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

FTC.²¹ The California Dental Association had rules limiting advertisements of price, particularly discounts, and of quality. The Court provided that quick look analysis is warranted only when it will be easy to ascertain whether the questioned conduct will have an anticompetitive effect on the market. Because, the Court decided, there were plausible pro-competitive and anti-competitive explanations for the rules that the association implemented it was suggested that a longer look, but shorter than “the fullest market analysis,”²² be used in order to review the challenged restraint of trade. In effect the Court was moving to a much more flexible (and therefore unpredictable) standard for examining antitrust cases.

3. Access for Non-Members

*Silver v. New York Stock Exchange*²³ is another example (like *Goldfarb*) where the Supreme Court held that conduct which might have otherwise been subject to a per se boycott prohibition should be treated under the rule of reason for “regulatory” reasons. The case involved a decision by a guild-like, self-regulatory organization the New York Stock Exchange (“NYSE”) to order some of its members to remove their private direct lines that had been in operation between their offices and the those of the nonmember plaintiff. The Court made clear that “removal of the wires by collective action of the Exchange and its members would, had it occurred in a context free from other federal regulation, constitute a per se violation of s 1 of the Sherman Act.”²⁴ Having then decided Securities Exchange Act of 1934 (“the Act”) does not grant NYSE members implied antitrust immunity from the Sherman Act the Court ruled that because this denial of network access should be judged by the rule of reason instead of condemning NYSE’s action as a per se violation.

4. Membership Eligibility

The Fifth Circuit decision in *United States v. Realty Multi-List, Inc.*²⁵ involved certain membership restrictions in a local real estate multiple listing service

21 *California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999).

22 *Id.* at 729.

23 *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963).

24 *Id.* at 347.

25 *United States v. Realty Multi-List, Inc.*, 629 F.2d 1351 (5th Cir. 1980).

(“RML”) that had been established the local realty group in an area. These restrictions on potential members went well beyond those which the state of Georgia required for one to obtain a real estate license.²⁶ Those excluded included part time brokers who did not operate from traditional brick-and-mortar offices during regular business hours; and the Government was able to show that those who were excluded suffered real competitive damage as a result. The Court stated in its opinion that “[g]roup boycotts are among the categories of business which the courts have declared to be per se violations of Section 1.”²⁷ Despite that, the Court held that RML’s membership criteria did not warrant per se treatment, but went on to invalidate them under a rule of reason standard, after a lengthy discussion of the pros and cons of RML’s membership system.²⁸

5. Intellectual Property Licensing

A number of familiar joint ventures have developed important property rights (as with the “Visa” and MasterCard” trademarks). A particularly active area of private antitrust litigation has involved sports leagues, which tend to be quite active in pooling their members’ rights vis-à-vis in dealing with outsiders. One hugely important example involves licensing of TV broadcasting rights, where Congress has enacted an antitrust exemption to permit this activity to go forward.²⁹ Other lesser, non-exempt licensing activities have been held subject to the rule of reason. Thus, for example, the National Football League (“NFL”) holds the rights to all its teams’ logos and licenses them on what are no doubt monopolistic terms. In the very recent case of *American Needle, Inc. v. National Football League*,³⁰ the Supreme Court rejected the NFL effort to narrow even this exposure by arguing the NFL is a “single entity” (only subject Sherman Act Section 2) when it engaged in this activity. Rather, the Court found that “NFL’s licensing activities constitute concerted action that

26 RML requires its members to hold a Georgia Real estate broker’s license, to agree to abide by RML’s bylaws, to receive the favorable recommendation of RML’s membership committee after it investigated his or her application, to receive an 85% affirmative vote from RML’s active members, and to purchase a share of RML stock at a price, and subject to other conditions, set by RML’s Board of Directors.

27 *Realty Multi-List* at 1365.

28 *Realty Multi-List* at 1370.

29 Sports Broadcasting Act of 1961, 15 U.S.C. § 1291 (1988).

30 *American Needle, Inc. v. National Football League*, 560 U.S. ___, 130 S. Ct. 2201 (2010).

is not categorically beyond the coverage of §1. The legality of that concerted action must be judged under the Rule of Reason.”³¹

As we hope we have made clear, the history of antitrust law as it pertains to joint ventures is somewhat uncertain and confused, even though the cases are now decided under the Rule of Reason. Judging all cases under the rule of reason creates a difficulty when counseling clients as to the ramifications of their joint venture dealings.

V. AN ANTI-ADAM SMITH THEME COMPLICATES THE PICTURE

For a wide variety of political reasons, the U.S. has chosen to temper its strong antitrust mandate with ad hoc exceptions that tend to foster the interests of particular producers and/or regulators at the expense of consumers. Sometimes this has been by Congress in response to lobbying by important constituencies, and sometimes it has been done by the Supreme Court or lower courts in deciding the cases before them.³²

Federalism concerns seem to have become a significant part of the picture and thus distinguish the U.S. antitrust situation from other leading jurisdictions. Thus, the “anti-Smith” element in modern U.S. antitrust law is especially clear in *Parker v. Brown*³³ and its progeny creating the so-called “state action” doctrine exempting cartels authorized or just tenuously blessed by state and local governments. *Parker v. Brown*, involved a state-sponsored cartel arrangement in a product where California was the dominant source of the relevant product for the whole country. The plaintiff was a dissenting California producer and packer of raisins bringing suit against (i) the State Director of Agriculture and (ii) Raisin Proration Zone No.1 (“Zone 1”), among others. The findings in the District Court showed that almost one half of the raisins consumed worldwide were, at the time, produced in Zone 1. The challenged action in this case involved the California Agricultural Prorate Act³⁴ which authorized the establishment of state regulated, agricultural marketing programs, instigated on the basis of a vote of the

³¹ *Id.*

³² A particularly egregious example concerns major league baseball, where the Court found that it was not “commerce” and hence exempt, *Federal Baseball Club v. National League*, 259 U.S. 200 (1922), and has since refused to reverse this position, although it is clearly wrong in modern terms. *Flood v. Kuhns*, 407 U.S. 258 (1972).

³³ *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341.

³⁴ *Id.* at 346.

relevant producers (in this case the Zone 1 members); the result of such a program was to restrict competition among the growers and maintain prices in the distribution of their commodities to packers. The Court concluded that, “[t]he state in adopting and enforcing the prorated program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish a monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit.”³⁵

In the subsequent history of the state action doctrine the Supreme Court has been uneven at best. In *California Retail Liquor Dealers Ass’n v. Midcal Aluminum, Inc.*,³⁶ in rejecting its application, the Court explained that under the state action doctrine as announced in *Parker* there are two separate standards for antitrust immunity: (1) the challenged restraint of trade must be “one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy,” and (2) “the policy must be ‘actively supervised’ by the state itself.”³⁷

In 1984, the Court reemphasized that the challenged conduct must be undertaken “pursuant to a ‘clearly articulated and affirmatively expressed state policy’ to replace competition with regulation.”³⁸ Yet the next year in *Southern Motor Carriers Rate Conference v. United States*,³⁹ the Court provided that “a state policy that expressly permits, but does not compel, anticompetitive conduct may be ‘clearly articulated’ within the meaning of *Midcal*.”⁴⁰ The language from *Southern Motor Carriers* seemingly blurs the practical effect of the earlier announced standard. Sometimes a state’s authorization of anticompetitive behavior will be explicit in a statute. However, when a state’s intention is not explicit in the statute a state’s articulation of an intent to permit anticompetitive conduct can be inferred in anticompetitive conduct foreseeably results from the regulation.⁴¹

³⁵ *Id.* at 352.

³⁶ *California Retail Liquor Dealers Ass’n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

³⁷ *Id.* at 105.

³⁸ *Hoover v. Ronwin*, 466 U.S. 558, 569 (1984).

³⁹ *Southern Motor Carriers Rate Conference v. United States*, 471 U.S. 48 (1985).

⁴⁰ *Id.* at 61.

⁴¹ See e.g. *Town of Hallie v. City of Eau Claire*, 471 U.S. 34 (1985) (The Supreme Court held that as anticompetitive effects logically would result from the broad governmental authority to regulate others action, state action doctrine immunity resulted).

The second prong of the test announced in *Midcal* is the active supervision requirement.” The Supreme Court has made clear that there is a close relationship between the clearly articulated and active supervision requirements in that “[b]oth are directed at ensuring that particular anticompetitive mechanisms operate because of a deliberate and intended state policy.”⁴² There are many examples of state sponsored programs that failed to satisfy the active supervision requirement. In *324 Liquor Corp. v. Duffy*⁴³ the Supreme Court held that a New York statute satisfied the clearly articulated standard in that the statute affirmatively expressed a New York state policy of resale price maintenance in the liquor industry. However, the Court also found that there was no active state supervision of the process and that, because of the lack of supervision, the state action doctrine did not apply.

The Sherman Act, while seemingly embracing Adam Smith’s words, has thus been prevented from being used against blatant cartels (such as the raisin growers cartel in *Parker v. Brown*) and monopolies for reasons of federal deference to the rights of the individual states of the union. This result is in stark contrast to the system that is used in the European Union. Article 86(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”) provides that: “In the case of public undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, . . .”⁴⁴ The European Court of Justice has previously held that Article 86 was simply a specific application of certain general principles which are binding upon member states.⁴⁵ Thus, even if an EU Member State has authorized the questioned anticompetitive conduct it does not necessarily mean that the conduct will escape antitrust scrutiny. Moreover, the TFEU also gives the European Commission the responsibility (which is exercised by the Directorate General for Competition) to limit or prohibit so-called “state aids” – i.e., Member State subsidies to favored enterprises.⁴⁶

42 *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621, 636 (1992).

43 *324 Liquor Corp. v. Duffy*, 479 U.S. 335 (1987).

44 TFEU Article 86(1).

45 Case 13/77 *INNO v. ATAB* [1977] ECR 2115, [1978] 1 CMLR 283 para. 42.

46 TFEU Article 87. About a third of the enforcement resources of DG Competition are apparently devoted to regulating state aids.

VI. SOME ANTITRUST BARRIERS TO RATIONAL COOPERATION

As we hope is clear by now, the antitrust landscape in the area of cooperative joint activities is extremely unclear. As a result of this, many competitors who would stand to benefit the public and mutually benefit each other by cooperating are often discouraged from doing so. It is this barrier to *rational* cooperation between competitors that can in fact stifle competition, exactly the opposite effect of what the U.S. antitrust laws are supposed to achieve. The following are just a few examples of these barriers:

1. Philosophic Ambiguity

As we have noted, the Sherman Act essentially established a common law system of law enforcement—with federal judges (and especially Supreme Court Justices) left with huge potential discretion on how to implement the very sparse terms of a broad statute. This has generated a body of jurisprudence in which populist ideas of “equality” and “fairness” have been mixed with some sophisticated (and not so sophisticated) economic theories to produce a smorgasbord of different resolutions of different cases over the years. Which theme(s) may be applied to any particular exercise of competitor cooperation can be hard to predict, and old precedents have become ever less reliable guides to the future.

2. Private Litigation and “bet the company risks”

With treble damages and joint and several liability without any right of contribution, private antitrust litigation can become hugely risky and dangerous for any single defendant. Thus a relatively small market participant (or even a potential competitor that entered into a market-allocation agreement to stay out of the market) can be found liable for treble damages for all the damages caused by the whole conspiracy. These risks can be substantially magnified if the defendant is part of a large class action. Judge Dennis Jacobs of the Second Circuit Court of Appeal, articulated this risk nicely in his dissenting opinion in, *In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation*.⁴⁷ He noted that in its recent *In re Sumitomo Copper Litigation* decision⁴⁸, the Second Circuit had held that class certification should be denied under Federal Rule of Civil

47 *In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation*, 280 F.3d 124 (2nd Cir. 2001).

48 *In re Sumitomo Copper Litigation*, 262 F.3d 134 (2nd Cir. 2001).

Procedure 23(f)⁴⁹ when the certification order would tend to terminate the litigation by a coercive settlement. Yet in the *Visa* case “the aggregated and trebled claims of the four million class members [was] alleged to top \$100 billion . . .”⁵⁰ Judge Jacobs went on to say that in a case such as this:

“[e]ven a defendant who is innocent may rationally choose to pay a few hundred million dollars in settlement of a class action that than ‘run the risk of ruinous liability.’ As the district court observed (without the slightest overstatement), the ‘enormous financial risks’ faced by the defendants ‘are obviously increased drastically by certification of the class.’”⁵¹

Although this case was an extreme situation (four-million class members is definitely not the norm, even today) a class does not need to contain that vast number of plaintiffs in order for it to make sound business sense for a defendant to settle, rather than litigate.

Plaintiffs in private antitrust litigation, especially in the class action context, gain additional leverage in the settlement bargaining process because there is no right of contribution among co-defendants in antitrust cases.⁵² As a result, any plaintiff will try to play each defendant off every other defendant, by accepting low offers from initial settlers and making escalating demands against those who remain. The final defendant left standing is likely to face a very large settlement demand, because at trial, it could be made liable for the total damages caused by the conspiracy, less the settlements received by the plaintiff(s).

3. Treble Damages

The use of treble damages as a penal remedy seems excessive and inappropriate in a close case brought under the rule of reason. Treble damages were originally added to the Sherman act in order to facilitate the public assisting

49 Federal Rule of Civil Procedure 23(f)’s advisory committee notes provide that “[a]n order granting certification . . . may force a defendant to settle rather than incur the costs of defending a class action and run the risk of potentially ruinous liability. These concerns can be met at low cost by establishing in the court of appeals a discretionary power to grant interlocutory review in cases that show appeal-worthy certification issues.”

50 *In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litigation*, 280 F.3d at 148.

51 *Id.*

52 *See Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).

in enforcement of antitrust laws, at a time when the maximum criminal fine was only \$5000. However, times have moved on and it would be highly appropriate for Congress to reconsider the issue whether *mandatory* treble damages should be awarded in *every* antitrust case, however close and difficult the question before the court is. Moreover, the presence of the penal treble damage remedy may well cause judges to find an antitrust exemption or a defense when the conduct at issue has some potential justifications and has been openly engaged in for many years.⁵³

4. Multiple Potential Instigators of Antitrust Processes

The multitude of different people (federal and state enforcers, customers and suppliers, free riders, competitors, joint venture members, etc.) who might bring antitrust suits further adds to the uncertainty faced by antitrust counselors in advising a client on whether a particular form of competitor cooperation is likely to be challenged or prohibited under the antitrust laws.

5. Multiple Potential Fora

If a party decides that it wants to bring an antitrust lawsuit in the U.S. it has plenty of places to do so (federal court, state court, and sometimes an administrative agency or arbitration forum) and as a result of this the outcome is often uncertain. It is this kind of legal uncertainty that can cause competitors to abandon a generally promising joint venture idea because the potential litigation risks outweigh the projected benefits of the proposed collective activity.

VII. JUSTICE BRANDEIS' UNFORTUNATE LEGACY: *CHICAGO BOARD OF TRADE*

Justice Brandeis was a highly acclaimed jurist whose decisions sometimes contained strong elements of populism. It was Brandeis' populist ideology that led him astray when deciding the *Board of Trade of the City of Chicago*⁵⁴ case. The Chicago Board of Trade was a joint venture for warehousemen, brokers, and traders and was the leading U.S. market for trading in grain for immediate delivery, contracts for future delivery, and sales of grain in transit. Immediate delivery and future sales were made on the exchange floor during

⁵³ See *Gordon v. New York Stock Exchange*, 422 U.S. 659 (1975).

⁵⁴ *Board of Trade of City of Chicago v. United States*, 264 U.S. 231 (1918)

regular hours, and to-arrive sales were made during special call sessions immediately following the regular daily sessions. The Board implemented a rule that prevented people from trading after the floor had closed at different prices from the closing price on the floor; this effectively protected the floor traders (i.e. the highest volume traders) from overnight price fluctuations. The government's case challenged that rule on the grounds that it was artificially fixing the price of "to-arrive" grain for traders who may want to trade on that market overnight.

The District Court held the rule violated Section 1 of the Sherman Act but the Supreme Court reversed and ordered judgment for the defendants. Justice Brandeis famously provided:

"[T]he legality of an agreement or regulation cannot be determined by simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences."⁵⁵

The Brandeis *Chicago Board of Trade* decision seemed to abandon whatever structure and order that have been previously found in Judge Taft's ancillary restraints doctrine from *Addyston Pipe & Steel*⁵⁶ and Chief Justice White's standard for unreasonable restraints in *Standard Oil*.⁵⁷ In *Chicago Board of Trade*, Justice Brandeis opened the door to a much less structured inquiry in which he declared many factors to be relevant, but he gave no guidance on how to weigh said factors. Furthermore, Justice Brandeis never focused on

⁵⁵ *Id.* at 238.

⁵⁶ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898).

⁵⁷ *Standard Oil* *supra* note 1.

the market-power issue other than to say that “Chicago is the leading grain market in the world. Its Board of Trade is the commercial center through which most of the trading in grain is done.”⁵⁸ If instead, *Chicago Board of Trade*, had held that a joint venture could adopt a restrictive rule (even a price-restraining rule) so long as there was a good reason for adopting the rule, then this would not be the troublesome case that it turned out to be. Instead, as Professor Bork has previously stated, the decision was an open invitation for courts practice “judicial subjectivism.” Put differently, the decision allowed courts to practice unstructured decision making.

Another problem with the Brandeis opinion is the way that it has been used by courts since then. It presents a particularly difficult problem in jury trials. The ABA sample jury instructions for civil antitrust cases⁵⁹ ask the jury a few very general questions as to whether the challenged joint activity is, in the jury’s eyes, “unreasonable” or “anticompetitive.”⁶⁰ This has opened the door for judicial passivity which has become quite common (for example the *Sears/Visa* case).⁶¹

VIII. CONCLUSION: SEEKING TO MITIGATE THE PRACTICAL CONSEQUENCES OF LEGAL UNCERTAINTY, WHILE TRYING TO MAKE RULE OF REASON ANTITRUST CASES MORE MANAGEABLE

As we hope it is clear, case law in the United States presents a challenge to those seeking to counsel clients on the possible ramifications of their cooperative joint activities. While it is easy to see why there is a need for antitrust deterrence, particularly in the cartel area, there is also a very real risk of over-deterrence vis-à-vis various forms of non-secret cooperation among competitors. The problem of over-deterrence is enhanced in the antitrust area by special plaintiff-favoring rules—including mandatory treble damages, one-way litigation cost recovery, and joint and several liability with no right of contribution among participants.⁶² Furthermore, given the cautious nature

⁵⁸ *Chicago Bd. of Trade*, 246 U.S. at 235.

⁵⁹ ANTITRUST SEC., AM. BAR ASS’N, SAMPLE JURY INSTRUCTIONS IN CIVIL ANTITRUST CASES A4 – A8 (1987).

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *SCFC ILC, Inc. v. VISA U.S.A., Inc.*, 819 F. Supp. at 967 (D. Utah 1993), *aff’d in part rev’d in part*, 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994).

⁶² The normal American rules in tort cases allow recovery of actual damages, no litigation cost recovery against the losing party, and a right of contribution among joint tortfeasors.

of the many attorneys, it is not surprising that legal advisors will often err on the side of caution when advising a client on a proposed course of action regarding a joint venture or some other form of ongoing cooperation with competitors. Negative advice that leads to client inaction is less likely to cause the lawyer to be proven wrong by future developments.

The detrimental results from legal uncertainties magnified by overly conservative legal advice are obvious. Sometimes a cooperative business effort is never undertaken. Or heightened level of antitrust caution may cause the level of cooperation to be narrower than would be optimal from a business standpoint. Either way, the end result would be lost cooperative opportunities which could have generated efficiencies and had positive competitive effects. The practical problem of legal uncertainty is the reality that antitrust litigation (and especially litigation under the rule of reason) tends to impose large costs defending a suit, and thus even a weak private case may be sufficient to derail a promising competitor cooperation project if the opponent is noisy and determined enough.

There are a number of things that could be done to mitigate this set of problems, but most of these involve the kinds of major changes that the U.S. has generally been unwilling to undertake, or even seriously consider. Thus, while most other leading antitrust jurisdictions have relatively new and/or recently amended antitrust mandates, the United States chugs along with a basic antitrust mandate enacted in 1890 and amplified in 1914. Instead antitrust policy has been created in a largely incremental, common law process which has been heavily influenced by the experience and philosophic preferences of a changing cast of Supreme Court Justices who can generate some major zigzags in antitrust jurisprudence over time.

That said, we respectfully offer a number of quite significant proposals for change, hoping that at least some of them might be considered or even adopted before another century passes:

1. *Develop a much more structured Rule of Reason.* This is probably a task for the Supreme Court, but the Court has generally denied certiorari or otherwise declined to move us decisively beyond the totally unstructured *Chicago Board of Trade* formula. The “quick look” doctrine in *NCAA v. Board of Regents* was a modest attempt toward more structure, but it did not reach the harder cases and was further blurred by its subsequent decision in *California Dental*.

2. *Eliminate by statute mandatory trebling of damages (i) in all rule of reason cases or at least (ii) for some specific categories of publicly disclosed cooperative conduct.* The treble damage remedy is plainly penal and dates back to a time (i.e., 1890) when the government remedies were minimal⁶³ and Congress was unsure whether the Attorney General would enforce the new statute at all. While this penal approach remains entirely appropriate for cartel violations, even though criminal penalties have been vastly strengthened in the last 40 years, it tends to over-deter in cases where parties have engaged in publicly-disclosed cooperative projects. A more limited alternative (exemplified by the Joint Research Act) would be for Congress to specify certain categories of joint ventures or cooperation that would be subject on to normal damages.
3. *Provide by statute for injunction-only antitrust relief against some publicly-disclosed categories of cooperative conduct.* Such an approach would probably be best used for specified types of cooperative activity where advance notice is being publicly provided, and hence objectors would have a chance to act in advance. Obviously, this proposal, by excluding damage claims for the specified conduct, would eliminate the perceived uncertainties of having a jury trial.
4. *Eliminate by statute or judicial reversal the prohibition on contribution among antitrust defendants.* The Supreme Court created this exception in its *Radcliff Materials*⁶⁴ decision in 1981, and it could change this rule of statutory construction; or, alternatively, Congress could change the rule. Either way, such a step would materially increase the comfort level of individual firms, particularly smaller ones, about joining a large joint venture or other cooperative project.
5. *Increase a Trial Judge's Discretion Regarding Litigation Costs.* The so-called "American rule" on litigation costs means that the defendant cannot recover any of its litigation costs, even if it decisively prevails or the plaintiff abandons the case after imposing years of cost or delay.⁶⁵ Thus, litigation, or even clear threats of a lawsuit can be a very effective way

63 A Sherman Act violation was a misdemeanor with a \$5000 maximum corporate fine in 1890. The Government could only obtain injunctions but not civil penalties in civil cases.

64 *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).

65 Section 4 of the Clayton Act (15 USC Sect. 15) provides a special plaintiff-favoring exception to the "American" rule. Under this, the prevailing antitrust plaintiff is entitled to recover its reasonable litigation costs when a final decision is rendered in its favor. However, even this one-way cost-shifting exception

for an objector with a deep pocket to derail a promising joint venture or cooperative project involving competitors.⁶⁶ This problem (which is not unique to antitrust cases) could be mitigated by strengthening by statute or rule that a trial Judge has the ability to order the party who brings an abusive case, motion or defense pay the prevailing party's costs of responding.

6. *Legislation to give the antitrust agency general power to immunize particular cooperation from liability under a specified standard.* The obvious model is Article 101(3) of the European Treaty which gives the European Commission (and since 2004 the national competition authorities) the authority to exempt otherwise illegal agreements under a broad standard.⁶⁷ This can be exercised in single cases or by granting what is called a "bloc exemption" for specified categories of agreements. The only apparent U.S. parallel is under the Newspaper Preservation Act of 1970⁶⁸, which allowed the Attorney General to exempt a joint operating agreement between competing newspapers when he found that one of them was likely to fail.
7. *Provide for more advisory opinions by antitrust enforcement agencies.* The DOJ Business Review process and the FTC Advisory Opinion process can provide useful comfort vis-à-vis potential private litigation threats for cautious potential participants in a joint venture or other cooperative project. However, these processes are often quite slow and tend to be much less used than the "no action" letters issued by the SEC. The process could probably be sped up and made more useful to applicants, if the agencies were specifically authorized to act on the basis of applicant-provided facts and thereby save staff resources.
8. *Encourage more enforcement agency guidelines.* The use of guidelines by the antitrust agencies has been a mixed bag. Guidelines have been particularly useful in areas where an agency has sufficient activity to be a relevant voice for antitrust counselors (e.g., mergers and IP licensing). By contrast, the guidelines have been least productive where the

does not apply to anything short of final decision (e.g., if the allegedly abusive defendant abandons its challenged activity before an injunction is issued, the plaintiff cannot recover costs).

66 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox A Policy At War With Itself* (New York: Basic Books 1993) (1978).

67 TFEU Art. 101(3), previously Article 81(2) of the prior treaty.

68 15 U.S.C. § 1801.

enforcement agency has sought to justify non-enforcement and tried to narrow the law in defendants' favor (with the DOJ's Vertical Restraints Guidelines in 1984 or its 2008 Report on Section 2 of the Sherman Act).

It would also be possible to expand the power of other designated agencies to exempt certain types of cooperative conduct from antitrust liability. This approach would certainly deal with antitrust uncertainty and litigation cost threats as a deterrent to cooperative projects among competitors. However, experience tends to suggest that industry-oriented regulators (such as the Surface Transportation Board, the Comptroller of the Currency, or the Secretary of Transportation) have tended to downplay the significance of antitrust when exercising such powers of approval or exemption. Hence this type of approach would seem to be a last resort remedy suitable only to some acute, clearly defined situations.

CONTROLO DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E GRUPOS DE SOCIEDADES

José Engrácia Antunes

ABSTRACT: The group of companies has become the prevailing form of enterprise organization in modern times, where a cluster of individual subsidiaries are submitted to the control exercised by the parent company. The present paper aims to determine the relevance of the norms on merger control on the formation and organization of groups of companies.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Âmbito de aplicação. 2.1. Âmbito subjectivo. 2.2. Âmbito espacial. 2.3. Âmbito material. 3. Modalidades de concentração. 3.1. Fusão. 3.2. Aquisição de controlo. 3.2.1. Sujeitos. 3.2.2. Conteúdo e instrumentos. 3.3.3. Modalidades. 3.3.4. O conceito jusconcorrencial de controlo em perspectiva.

1. INTRODUÇÃO

A *concorrência* (“competition”, “Wettbewerb”, “concurrance”, “concorrenza”, “competición”) constitui um princípio fundamental dos modelos de organização económica de mercado – consagrado no ordenamento constitucional português (artigo 81.º, *f*) da Constituição da República Portuguesa) e europeu (artigos 3.º, n.º 1, *b*), 101.º e seguintes do Tratado de Funcionamento da União Europeia), assegurando uma maior eficiência produtiva (alocação óptima de recursos escassos), garantindo a satisfação dos consumidores (acesso a bens e serviços de melhor qualidade e preço) e promovendo, assim, o próprio desenvolvimento económico-social geral.¹

Esta centralidade regulatória do princípio da concorrência explica que, um pouco por todo o mundo, os legisladores tenham vindo a desenvolver e

1 Sobre o princípio da concorrência, sua noção e funções, *vide* Mestmäcker & Schweitzer, 2004: 72 e ss.

implementar um conjunto de normas jurídicas que visam proteger e promover a liberdade da concorrência, vulgarmente designado Direito da Concorrência (“antitrust laws”, “Kartellrecht”, “droit de la concurrence”, “derecho de la libre competencia”)². Em Portugal, estas normas estão hoje essencialmente contidas na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, doravante designada Lei Geral da Concorrência (abreviadamente LGC): entre tais normas, avultam as relativas às *operações de concentração de empresas* (artigos 8.º e ss.).

Na verdade, as operações de concentração de empresas, encerrando embora algumas vantagens indiscutíveis – obtenção de economias de escala, aumento da eficácia produtiva, dinamização do mercado de controlo empresarial e ganhos na eficiência de gestão –, podem ser lesivas do valor da concorrência, ao conduzir à eliminação de concorrentes no mercado ou à obstrução da entrada de novos concorrentes, à formação de oligopólios ou monopólios, e ao empobrecimento da liberdade de escolha dos consumidores. As normas legais citadas – também conhecidas noutras ordens jurídicas (“merger control”, “Zusammenschlüssekontrolle”, “contrôle des concentrations”) – têm por objectivo central o estabelecimento de uma *avaliação preventiva das operações de concentração interempresarial de dimensão nacional susceptíveis de gerar efeitos nocivos sobre a estrutura concorrencial do mercado*, instituindo um dever de notificação prévia a cargo das empresas envolvidas à Autoridade da Concorrência.³

Tais normas encontram-se fundamentalmente em sintonia com as normas europeias previstas no Regulamento CE/139/2004, de 20 de Janeiro, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das Concentrações Comunitárias”, doravante abreviadamente RCC), que são assim também relevantes na interpretação e aplicação do direito português⁴: como veremos adiante, inspirando-se no princípio geral “one-stop-shop”⁵, a repartição de

2 Sobre a formação e evolução do Direito da Concorrência, *vide* Morais, 2009a: 59 e ss.; Gomes, 2010: 75 e ss. Noutras ordens jurídicas, *vide* Eilhauge, 2008; Emmerich, 2008; Martín-Crespo, 2009.

3 Sobre o tema, *vide*, entre nós, Cunha, 2005; Fonseca & Ferreira, 2009; Pais, 1997; Pais, 2006: 71 e ss. Para um panorama comparativo do “estado da arte” em múltiplas ordens jurídicas, *vide* Dabbah & Lasok, 2007.

4 In JO L24, de 29.1.2004. Tenha-se ainda em conta o Regulamento CE/802/2004, de 7 de Abril, relativo à execução do RCC (in JO L133, de 30.4.2004), bem assim como a “Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência” (in JO C95, de 16.4.2008), que vem clarificar determinados conceitos utilizados no RCC, reflectindo a experiência desenvolvida pelos serviços da Comissão em matéria do controlo de concentrações. Para um comentário desenvolvido do regulamento comunitário, *vide* Löffler, 2001.

5 Sobre este princípio geral, de acordo com o qual uma concentração de empresas deve ser exclusivamente fiscalizada por uma única jurisdição, cf. Varona, 2005: 3.

competências entre as normas nacionais e europeias na matéria, bem como das respectivas autoridades de tutela (Autoridade da Concorrência e Comissão Europeia), realiza-se essencialmente com base no critério da dimensão nacional ou comunitária da concentração (artigos 1.º e 21.º do RCC).⁶

Tradicionalmente, os *grupos de sociedades* não foram objecto de consideração particular por parte do legislador da concorrência: como sublinha Pablo Girgado Perandones, “a regulação concorrencial raras vezes presta atenção às empresas vinculadas ou aos grupos de empresas”⁷. E, todavia, os grupos estão hoje no epicentro da “praxis” e regulação da concorrência, em especial em sede do controlo das concentrações interempresariais – levantando aí numerosas e espinhosas questões.⁸

Com efeito, as normas jurídico-concorrenciais têm como protagonista central a *empresa* (“Unternehmen”, “undertaking”, “entreprise”, “impresa”)⁹: ora, constituindo o grupo societário uma espécie de empresa unitária complexa ou policorporativa que existe e actua através de uma pluralidade de sociedades individuais, questão que nos sai imediatamente a caminho é a de saber se os destinatários das referidas normas constituirão apenas as empresas societárias “de primeiro grau” e/ou também a própria empresa de grupo, ou de “segundo grau”, enquanto tal. Além disso, enquanto empresa unitária de estrutura plurissocietária, o grupo tem usualmente a sua génese em *operações de concentração* horizontal, vertical ou diversificada através das quais uma sociedade passa a ser titular do controlo de uma ou mais outras sociedades; e, constituindo o controlo intersocietário o “cimento” ou a base da unidade da direcção económica sobre a qual repousa a estrutura do grupo, todo o seu crescimento e reorganização posteriores far-se-á amiúde através do recurso

6 Sobre o direito comunitário da concorrência na matéria, *vide*, entre nós, Cunha, 2005: 35 e ss.; Pais, 1996; para uma visão actual, Rusu, 2010. Em particular sobre a articulação entre normas internas e europeias, cf. Lampert, 1995.

7 Perandones, 2007: 11.

8 Sobre as relações entre os grupos de sociedades e o direito da concorrência no direito nacional, *vide* Cordeiro, 1987: 101 e ss. No direito comparado, entre outros, *vide* Balejkian, 1984: 369 e ss.; Bolze, 1979; Harms, 1968; Heitzer, 1999; Lyon-Caen, 1977: 328 e ss.; Mach, 1974; Pohlmann, 1999.

9 Sobre a empresa como sujeito jusconcorrencial, *vide*, em várias latitudes, Corona, 1975: 291 e ss.; Roth, 2006: 393 e ss.; Spadafora, 1990: 294.

a *instrumentos de controlo jusconcorrencialmente relevantes* (v.g., aquisição de participações de capital, contratos de domínio, acordos parassociais).¹⁰

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Em sede geral, os artigos 8.º e ss. da LGC cobrem duas modalidades essenciais de concentração interempresarial: a chamada *concentração primária* ou *na unidade* (também designada “concentração económica com concentração jurídica”) – é o caso da “fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes” (artigo 8.º, n.º 1, *a*) da LGC) – e a concentração *secundária* ou *na pluralidade* (por vezes dita “concentração económica sem concentração jurídica”) – é o caso de “uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas” (artigo 8.º, n.º 1, *b*) da LGC).¹¹

Antes de analisarmos tais modalidades, todavia, haverá que esclarecer que nem todas as operações de formação ou expansão de um grupo de sociedades, que possam ser consideradas como uma operação de concentração à luz do artigo 8.º da LGC, se encontram automaticamente sujeitas ao regime da notificação e apreciação prévias, sendo ainda necessário que estejam preenchidos cumulativamente um conjunto de pressupostos relativos aos *sujeitos* envolvidos na operação (âmbito subjectivo de aplicação), à respectiva *localização* (âmbito espacial de aplicação) e à sua *dimensão* (âmbito material de aplicação).

2.1. Âmbito subjectivo

Em primeiro lugar, no que toca ao âmbito subjectivo de aplicação, existem pressupostos relativos aos *sujeitos* intervenientes ou envolvidos na operação de concentração: nos termos do artigo 2.º, n.º 1 da LGC, “considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento”.

10 Salvo indicação em contrário, tomaremos aqui a expressão “grupo de sociedades” no seu sentido mais amplo, e não no seu sentido estrito ou jurídico-positivo (artigo 488.º e ss. do Código das Sociedades Comerciais, doravante CSC). Sobre a noção de grupo societário, bem assim como as suas acepções ampla e estrita, *vide* Antunes, 2002: 51 e ss.

11 Sobre estas formas alternativas de concentração económica, *vide* já Antunes, 2002: 48 e ss.

Em consonância com esta noção amplíssima de empresa (“Unternehmen”, “undertaking”, “entreprise”, “impresa”) que vigora no domínio jurídico-concorrencial, estão aqui abrangidas as operações de concentração cujos protagonistas activos e passivos constituam, não apenas sociedades comerciais, mas quaisquer outras formas jurídicas de organização empresarial que operem no mercado, independentemente da *personalidade jurídica* do seu titular – podendo tratar-se de pessoas singulares (“maxime”, empresário individual) ou pessoas colectivas (v.g., sociedades, agrupamentos complementares de empresas, cooperativas, fundações, etc.) –¹², da *natureza privada ou pública* dessa titularidade – incluindo particulares, entidades de direito privado, ou pessoas colectivas de direito público (“maxime”, entidades públicas empresariais, institutos públicos) –¹³, da *natureza da actividade económica* explorada – abrangendo-se assim, à partida, as actividades agrícolas, artesanais, comerciais, industriais, financeiras, de prestação de serviços ou qualquer outro tipo de actividade económica –¹⁴, do *sector de propriedade dos meios de produção* em que se enquadrem os respectivos titulares – abrangendo assim indistintamente as empresas do sector privado (“maxime”, sociedades comerciais de direito privado), do sector público (v.g., empresas públicas estaduais, entidades públicas empresariais, empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas) e do sector cooperativo (v.g., cooperativas, empresas em autogestão,

12 Tenha-se presente que, também no direito comunitário da concorrência, se adoptou um conceito funcional, e não institucional, de empresa (“funktioneller Unternehmensbegriff”) (Roth, 2006: 393 e ss.): em decisão recente, o Tribunal de Justiça da União Europeia voltou a afirmar que por empresa se entende “qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico ou do seu modo de financiamento” (acórdão de 11 de Julho de 2006, no Proc. n.º 205-03 – *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria/Comissão*). Tal conceito chega a abranger, quer os indivíduos ou entidades que exerçam uma actividade económica em mercado sem qualquer suporte organizativo de factores produtivos – tal como, designadamente, os profissionais liberais (cf. Michalski, 1989) –, quer até entidades desprovidas de personalidade jurídica própria – tais como comunidades conjugais ou de herdeiros, sociedades civis, sociedades comerciais irregulares, ou associações sem personalidade jurídica (cf. Frignani & Waelbroeck, 1983: 21 e ss.; Groeben, Thiesing & Ehlermann, 1991: 1340), além de ser a própria LGC a admitir que possa ser sujeito passivo de uma operação de concentração uma parte ou partes de empresa sem autonomia jurídica (cf. artigos 8.º, n.º 1, b) e 10.º, n.º 4). Sobre o conceito jusconcorrencial de empresa, *vide* ainda Morais, 2006: 331 e ss.

13 Sobre o Estado e as pessoas colectivas públicas como empresa no sentido das normas concorrenciais, *vide* Emmerich, 1969.

14 Recorde-se que as empresas bancárias, financeiras e seguradoras (com a ressalva da excepção específica contemplada no artigo 8.º, n.º 4, c) da LGC) se encontram hoje igualmente sujeitas ao regime português do controlo das concentrações, não gozando do privilégio de imunidade de que chegaram a usufruir no direito pretérito (criticamente sobre tal privilégio, *vide* já Pais, 1997: 78 e ss.).

empresas mutualistas) –¹⁵, ou até da sua *dimensão* – abrangendo indistintamente micro, pequenas, médias e grandes empresas, incluindo as empresas de dimensão comunitária (no sentido do artigo 2.º, *c*) da Lei n.º 96/2009, de 3 de Setembro).¹⁶

De resto, esta amplitude do perímetro subjectivo da lei está bem patente no facto de constituir entendimento dominante na doutrina e jurisprudência, quer nacional quer comunitária, a relevância das chamadas “empresas potenciais” – ou seja, daquelas empresas que, não se encontrando ainda a exercer de facto a sua actividade económica em mercado, estão prontas a iniciá-la ou reiniciá-la num determinado espaço de tempo –¹⁷ e das “empresas indirectas” – ou seja, de empresas que, não exercendo directamente e em nome próprio uma actividade económica, o fazem indirectamente através da titularidade de participações sociais de controlo noutras empresas comerciais ou industriais (“maxime”, sociedades gestoras de participações sociais)¹⁸. Daqui resultam já claramente as enormes diferenças do alcance das normas jurídico-societárias e das normas jurídico-concorrenciais relativamente ao fenómeno da concentração interempresarial: ao passo que as primeiras apenas são aplicáveis às coligações entre empresas que revistam a forma de sociedades comerciais de certo tipo (anónimas, por quotas, comanditárias por acções: cf. artigo 481.º, n.º 1 do CSC)¹⁹, as últimas aplicam-se às empresas de um modo geral, abrangendo, pelo lado activo, qualquer pessoa natural ou colectiva, e, pelo passivo, qualquer tipo de empresa (ou mesmo nalguns casos, como veremos, de meras partes de uma empresa).

Particularmente relevante é o tratamento do *grupo de sociedades* como uma empresa unitária: nos termos do artigo 2.º, n.º 2 da LGC, “considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente dis-

15 Cf. também Cunha, 2005: 195 e ss.

16 Os critérios dimensionais, todavia, já são relevantes para efeitos da apreciação da dimensão nacional (artigo 9.º, n.º 2, *b*) da LGC) ou comunitária (artigos 1.º e 21.º do RCC) da operação de concentração: sobre o ponto, *vide* ainda *infra* 2.3.

17 Sobre a figura (“potentielle Unternehmen”), *vide* Emmerich, 2008: 268; entre nós, Fonseca & Ferreira, 2009: 39.

18 As sociedades gestoras de participações sociais ou SGPS, por vezes designadas “holdings”, são um tipo especial de sociedade comercial, previsto e regulado pelo Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, que tem por objecto a gestão estratégica de participações sociais como forma indirecta de exercício de actividades económicas (sobre a figura, *vide* Antunes, 2009b: 67 e ss.).

19 Sobre o âmbito subjectivo de aplicação do regime jurídico das sociedades coligadas e, em particular, dos grupos de sociedades, *vide* Antunes, 2002: 292 e ss.

tintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º.²⁰

À semelhança do legislador pretérito²¹, de outros legisladores estrangeiros²² e do próprio legislador comunitário²³, veio assim o legislador português actual consagrar um *privilégio* (“Konzernprivileg”) ou *cláusula especial* (“Verbundklausel”) em favor dos grupos, não se havendo como concentração para efeitos da aplicação do regime da LGC as operações realizadas no seio de um grupo entre as respectivas sociedades componentes: assim, por exemplo, serão consideradas como meras operações de reorganização interna, sem relevo jusconcorrencial, a fusão entre duas sociedades-filhas, a compra e venda entre duas sociedades-filhas de uma participação de controlo numa sociedade-neta, a aquisição pela sociedade-mãe da totalidade dos activos de uma sociedade-filha, a constituição de uma empresa comum por duas ou mais sociedades agrupadas, etc.²⁴. Sublinhe-se que se adoptou aqui uma acepção ampla de grupo, abrangendo indistintamente todos os grupos de empresas (sob forma societária ou outra), sejam eles grupos de direito (constituídos através de contrato de subordinação, contrato de grupo paritário ou participação totalitária) ou meros grupos de facto (assentes em participações maioritárias de capital ou votos, em direitos especiais de designação maioritária dos órgãos sociais ou noutros instrumentos que confirmam o poder de gestão das empresas-filhas), bem assim como grupos de subordinação (cujas empresas componentes se encontram entre si numa relação de dependência) ou grupos de coordena-

20 Uma curiosidade: esta noção legal foi perfilhada pelo artigo 3.º, o) do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 30 de Março, relativo à instalação de estabelecimentos comerciais grossistas e retalhistas, o qual define “Grupo” como “o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes da utilização da mesma insígnia ou dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho”.

21 Disposições paralelas, embora não inteiramente coincidentes, encontravam-se já previstas no artigo 14.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, e no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 391/93, de 29 de Outubro. Para o direito nacional pretérito, vide Cordeiro, 1987: 101 e ss.

22 Cf. Steindorf, 1982; Wiedemann, 2008: 758 e ss.

23 Cf. o Processo n.º 4M-1172 – *Fortis AG/Generale Bank*, onde a Comissão Europeia expressamente considerou que as reorganizações internas dos grupos não constituem concentrações abrangidas pelo RCC (in JO C164, de 24.5.1998). Vide ainda Morais, 2009b: 18 e ss.; Ritter & Braun, 2005: 210.

24 Vejam-se, por exemplo, as decisões da Autoridade da Concorrência nos Processos n.º 38/2005 – *Lease Plan Portugal/Unirent* (ponto 11) e n.º 43/2007 – *Luxxotica/Oakley* (ponto 14).

ção (cujas empresas componentes, encontrando-se embora submetidas a uma direcção económica unitária, se conservam independentes entre si).²⁵

2.2. Âmbito espacial

Em segundo lugar, no que concerne ao âmbito espacial de aplicação, refira-se a existência de pressupostos relativamente à *localização* da operação de concentração: nos termos do artigo 1.º, n.º 2 da LGC, “sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, a presente lei é aplicável às práticas restritivas da concorrência e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos”.

Projectão do princípio dos efeitos ou da territorialidade objectiva, tal significa que ficarão sob a alçada do regime legal não apenas as operações de concentração interempresarial que tenham sido realizadas em Portugal, mas também aquelas que, conquanto realizadas em território estrangeiro, *produzam ou possam produzir os seus efeitos em território português*.²⁶

De novo, é ostensivo o diferente alcance das normas concorrenciais e societárias em sede das concentrações entre empresas: ao passo que, para o legislador societário, apenas existirá uma coligação empresarial relevante quando todas as empresas societárias envolvidas tiverem a sua sede em Portugal (artigo 481.º, n.º 2 do CSC) – implicando assim, designadamente, que as operações concentracionísticas nas quais uma ou mais das empresas intervenientes tenha a sua sede no estrangeiro não poderão dar origem ao nascimento de um grupo societário sujeito ao regime dos artigos 488.º e ss. do CSC²⁷ –, já para o legislador da concorrência é indiferente a localização da sede (estatutária ou efectiva) das empresas ou da própria operação de concentração, bastando que esta última seja susceptível de projectar ou produzir os

25 Sobre as classificações dos grupos (em particular, grupos de direito e de facto, grupos de subordinação e de coordenação), *vide* Antunes, 2002: 72 e ss.

26 Fonseca & Ferreira, 2009: 30 e ss.; Pais, 2006: 78.

27 Repare-se que esta conclusão não é sequer infirmada pelas várias excepções previstas no artigo 481.º, n.º 2 do CSC (sobre tais excepções, *vide* Antunes, 2002: 313 e ss.). É certo que a sua alínea *d*) admite a formação de um grupo multinacional, ao permitir que uma sociedade com sede no estrangeiro possa estabelecer uma relação de grupo por domínio total com uma ou mais sociedades com sede em Portugal, mediante a aquisição de uma participação totalitária inicial ou originária nestas últimas. Todavia, como melhor será visto adiante, as operações de concentração interempresarial, relevantes para efeitos do regime de controlo previsto na LGC, pressupõem sempre a existência prévia das empresas intervenientes na operação (ainda que porventura não tendo já entrado em funcionamento), o que não se verifica na citada alínea, a qual, ao invés, regula justamente o caso específico da constituição “*ab initio*” de uma sociedade anónima unipessoal.

seus efeitos em território nacional. Esta amplitude extraterritorial do âmbito da lei justifica uma aplicação particularmente cuidada e equilibrada por parte das autoridades nacionais da concorrência: é que, se tal amplitude favorece decerto uma maior eficácia do controlo das concentrações, também é certo que, quando interpretada de forma literal e em toda a sua extensão, poderá ser fonte de uma significativa insegurança jurídica, ora originando conflitos de jurisdição com autoridades estrangeiras congéneres, ora sujeitando ao crivo do controlo administrativo nacional meras “bagatelas” ou operações interempresariais desprovidas de real impacto jusconcorrencial no mercado interno.

2.3. Âmbito material

Em terceiro e último lugar, no que toca ao âmbito material de aplicação, existem pressupostos relativamente à *dimensão nacional* da operação de concentração: nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da LGC, “as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preencham uma das seguintes condições: a) em consequência da sua realização se crie ou se reforce uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste; b) o conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com este directamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros”.

Tal significa, portanto, que a dimensão nacional de uma concentração interempresarial é aferida por dois tipos de critérios alternativos²⁸: o critério da *quota de mercado* – que, visando averiguar o “poder de mercado” da concentração emergente, é construído na dupla dimensão de mercado geográfico (o mercado nacional ou parte substancial deste) e de mercado material (o

28 Neste ponto, o direito português (como, de resto, o de outros países europeus) afastou-se do direito comunitário na matéria, que recorre unicamente ao critério do volume de negócios: nos termos do artigo 1.º do RCC, uma concentração terá *dimensão comunitária* quando o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa seja superior a 5 000 milhões de euros e o volume de negócios total realizado individualmente no espaço europeu por, pelo menos, duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios num único Estado-Membro. Sobre a dimensão comunitária da concentração (“community dimension”, “gemeinschaftswerte Bedeutung”), *vide*, entre nós, Pais, 2006: 197 e ss.; noutros quadrantes, Martín-Crespo, 1997; Mestmäcker & Schweitzer, 2004: 537 e ss.; Ritter & Braun, 2005: 525 e ss.

mercado de determinado bem ou serviço) –²⁹ e o critério do *volume de negócios* – que, visando fundamentalmente aferir o “poder económico” das empresas concentradas, está assente no duplo patamar do volume de negócios global (do conjunto das empresas) e individual (de duas ou mais dessas empresas)³⁰. Pela sua pertinência à nossa temática, merece especial atenção o relevo do grupo no contexto dos métodos de *determinação e cômputo dos limiares legais* em sede da quota de mercado e volume de negócios (artigo 10.º da LGC): na verdade, sempre que alguma das empresas participantes na operação de concentração se encontrar já integrada no perímetro de um grupo, no cálculo dos limiares legais dever-se-á levar em linha de conta o volume de negócios, não apenas dessas mesmas empresas participantes (incorporante e incorporada no caso de fusão, adquirente e adquirida no de aquisição de controlo, etc.), mas também das respectivas empresas-filhas, da respectiva empresa-mãe ou mães, das demais empresas-filhas do mesmo grupo, e ainda de qualquer filial comum controlada simultaneamente por uma empresa do grupo e por entidades a este estranhas.³¹

3. MODALIDADES DE CONCENTRAÇÃO

Descritos sumariamente os pressupostos relativos ao âmbito pessoal, espacial e material das normas em sede do controlo da concentração de empresas, cumpre analisar as modalidades ou tipos de operações de concentração relevantes, já atrás referenciadas: a concentração primária ou na unidade (*fusão*) e a concentração secundária ou na pluralidade (*aquisição de controlo*). Tratando-se de modalidades distintas e alternativas de concentração interempresarial – das quais a última goza uma primazia prática indiscutível³² –, elas podem entrecruzar-se, mediante a combinação de uma fusão com uma aquisição de controlo ou vice-versa, caso em que haverá que determinar

29 Sobre este critério, *vide* Cunha, 2005: 200 e ss.; Fonseca & Ferreira, 2009: 87 e ss.; Pais, 1997: 68 e ss.

30 Sobre este critério, *vide* Cunha, 2005: 201 e ss.; Fonseca & Ferreira, 2009: 93 e ss.; Pais, 1997: 73 e ss.; noutros quadrantes, Emmerich, 2008: 427 e ss.

31 Trata-se, naturalmente, de uma asserção geral, que não prescinde da consideração em concreto dos laços intersocietários e empresariais previstos na lei (cf. elenco das alíneas do artigo 10.º, n.º 1), nem de diversas correcções (artigo 10.º, n.º 2), excepções (artigo 10.º, n.º 4) e até adaptações a casos específicos (artigo 10.º, n.º 5, todos da LGC). Cf. Pais, 2006: 86 e ss.

32 De acordo com os dados da Autoridade da Concorrência relativos a 2008, num universo de 68 operações de concentrações notificadas e apreciadas pela autoridade de tutela, apenas 3 correspondiam a fusões, dizendo as restantes 65 respeito a aquisições de controlo, com particular destaque para a aquisição de participações maioritárias de capital (cf. *Relatório de Actividades e Contas 2008*, 5).

se estaremos diante de uma operação de concentração unitária ou de duas operações autónomas.³³

3.1. Fusão

A primeira modalidade legal é a *fusão* (“merger”, “Verschmelzung”, “fusion”, “fusionne”): nos termos do artigo 8.º, n.º 1, *a*) da LGC, entende-se haver uma concentração de empresas “no caso de fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes”.

À primeira vista, dir-se-ia que este tipo de operação concentracionística seria irrelevante do ponto de vista da constituição e expansão dos grupos societários: com efeito, ao passo que o grupo constitui uma técnica de organização da empresa que repousa na manutenção da personalidade jurídica das sociedades componentes, a fusão constitui uma operação jurídico-económica que acarreta justamente, por definição, a extinção de uma ou mesmo todas as sociedades envolvidas na mesma (artigo 97.º do CSC).³⁴

Mas não. Na verdade, ao falar da fusão de “empresas anteriormente independentes”, o legislador jusconcorrencial acolheu um conceito mais amplo do que o seu congénere jussocietário: por um lado, abrangem-se aqui todos os tipos de empresas, ainda que não societárias, sendo assim relevantes as *fusões transgénicas*, celebradas entre quaisquer titulares ou formas jurídico-organizativas de empresas (v.g., sociedade anónima e empresa individual, cooperativa e fundação, etc.); por outro lado, abrangem-se aqui as *fusões impróprias*, ou seja, aquelas operações que dão origem a uma nova e única entidade económica sem que tal seja acompanhado da extinção jurídica das próprias empresas intervenientes na fusão³⁵. Neste sentido, pode assim dizer-

33 Muito embora ambas as modalidades possuam o mesmo significado substantivo (desencadeando a obrigação de notificação prévia da operação), elas já se distinguem no plano do respectivo regime processual, mormente para efeitos da determinação do evento que desencadeia a obrigação de notificação prévia (“triggering event”) (artigo 9.º, n.º 2 da LGC) e, em certos casos, do apuramento do volume de negócios das empresas envolvidas na operação (artigo 10.º, n.ºs 1 e 4 da LGC).

34 Recorde-se que, na fusão-incorporação, a sociedade incorporada se extingue como pessoa jurídica, e que, na fusão-constituição, todas as sociedades intervenientes na fusão desaparecem para dar lugar a uma nova sociedade (artigo 97.º, n.º 4 do CSC), sendo ainda que, em qualquer caso, a operação de fusão tem por consequência uma transmissão universal dos patrimónios e a transumância intersocietária dos sócios. Sobre os efeitos da fusão, em especial a extinção das sociedades incorporadas e fundidas, *vide* Antunes, 2011: 435 e ss.; Ventura, 1992: 228 e ss. Para um confronto mais desenvolvido entre as figuras da fusão e do grupo, *vide* Antunes, 2002: 84 e ss.

35 Também assim Lehmann (2010: 10), que distingue entre fusões em sentido jurídico (“rechtliche Fusion”) e em sentido económico (“wirtschaftliche Fusion”). O único requisito que a lei estabelece é que as empresas sejam “anteriormente independentes” (artigo 8.º, n.º 1, *a*) da LGC). Tal requisito é especialmente relevante

–se que, para efeitos dos artigos 8.º e ss. da LGC, se entende por fusão todo o acordo celebrado entre empresas que tenha por objecto e resultado a criação de uma nova *unidade jurídica* ou meramente de uma nova *unidade económica* (“*wirtschaftliche Einheit*”): em linha com a interpretação de preceito paralelo do RCC, tal poderá ocorrer quando duas ou mais empresas, mantendo a sua personalidade jurídica própria, estabeleçam uma direcção económica unitária ou comum por via contratual – dando assim origem a um agrupamento complementar de empresas, a um consórcio ou até porventura a um grupo paritário ou de coordenação (v.g., o contrato de grupo paritário português do artigo 492.º do CSC)³⁶ – ou até quando adoptem a estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa.³⁷

Sublinhe-se ainda, por último, que esta concepção muito ampla da fusão empresarial – sobretudo em articulação com a não menos lata visão do fenómeno do controlo, a seguir analisada – pode levar à existência de algumas *zonas cinzentas* de fronteira ou até de sobreposição entre estas duas modalidades concentracionísticas: assim, por exemplo, uma fusão-incorporação, implicando uma aquisição universal dos activos da empresa incorporada por parte da incorporante, poderia subsumir-se no controlo por via da aquisição da propriedade dos activos (artigo 8.º, n.º 3, *b*) da LGC); e um contrato de grupo paritário pode ocasionalmente enfileirar na galeria do chamado controlo conjunto ou mesmo dos contratos cuja celebração confere uma influência preponderante sobre a empresa controlada (artigo 8.º, n.º 3, *c*) da LGC).

3.2. Aquisição de controlo

Seja pela sua maior frequência prática, seja até pela superior complexidade operacional, merece atenção especial a segunda modalidade: a *aquisição de*

no caso dos grupos empresariais, cujas empresas filhas são, por definição, entidades destituídas de independência económica em virtude da sua subordinação a uma direcção económica unitária exercida pela respectiva empresa-mãe: tal implicará – ao menos, para o comum dos casos – que as fusões entre filiais do mesmo grupo constituirão meras operações de reorganização interna grupal, e não operações de concentração, como tal excluídas do âmbito de aplicação da lei. Em sentido oposto, todavia, *vide* Pais, 1997:42 e ss.

36 No mesmo sentido, Cunha, 2005: 76. Sobre os contratos de ACE e de consórcio, *vide* Antunes, 2009a: 398 e ss., 412 e ss.; sobre o contrato de grupo paritário, *vide* Antunes, 2002: 80 e ss., 911 e ss.

37 Ponto 10 da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência (in: JO C95, de 16.4.2008).

controllo (“acquisition of control”, “Kontrollerwerb”, “acquisition du contrôle”, “acquisizione del controllo”).³⁸

Nos termos da lei, haverá uma concentração de empresas jusconcorrencialmente relevante no caso de “uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas” (artigo 8.º, n.º 1, *b*) da LGC). Além disso, “o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, nomeadamente: *a*) aquisição da totalidade ou de parte do capital social; *b*) aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa; *c*) aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa” (artigo 8.º, n.º 3 da LGC).

A clarificação do sentido e do alcance deste intrincado e suculento preceito impõe uma ordenação das ideias, sendo mister analisar separadamente os *sujeitos*, o *conteúdo* e *instrumentos*, e as *modalidades* do controlo.

3.2.1. Sujeitos

Relativamente aos sujeitos do controlo, há que distinguir entre os sujeitos activos e passivos. Quanto aos adquirentes do controlo (*sujeitos activos*), eles poderão consistir em uma ou em várias “empresas” – o que, nos termos do conceito amplíssimo atrás passado em revista³⁹, abrangerá todo o tipo de entidades (singulares ou colectivas, privadas ou públicas) que exerçam uma actividade económica de oferta de bens ou serviços em mercado (v.g., empresários individuais, sociedades, empresas públicas, cooperativas) – ou mesmo uma ou várias pessoas singulares que controlem uma empresa – tal como, por exemplo, o accionista ou accionistas maioritários de uma sociedade anónima.⁴⁰

³⁸ Sobre a noção jurídico-concorrencial de controlo, em diferentes latitudes, *vide* Broberg, 2004: 741 e ss.; Lamandini, 1995: 83 e ss.; Ulshöfer, 2003.

³⁹ Cf. *supra* 2.1.

⁴⁰ Tal significa, pois, que a aquisição de controlo de uma empresa por parte de uma pessoa singular ou física apenas constituirá uma operação de concentração caso essa pessoa exerça paralelamente uma actividade económica em mercado, seja directamente e em nome próprio (“maxime”, empresário individual),

Já quanto ao alvo da aquisição (*sujeitos passivos*), ele deve consistir genericamente numa “empresa”: todavia, por forma a garantir a eficácia dos seus próprios normativos perante o carácter multimodo da “praxis”, o legislador abrangeu expressamente todos os tipos de operações aquisitivas, sejam uni ou pluriempresariais (isto é, tenham estas por objecto a aquisição de uma única empresa ou de um conjunto de empresas), sejam totais ou parciais (isto é, que incidam sobre a totalidade de uma empresa ou apenas uma parte desta). Especialmente relevante é o caso da aquisição parcial, considerando-se como “parte de empresa” para estes efeitos todo o conjunto de activos empresariais (v.g., estabelecimento comercial, carteira de clientes, grupo qualificado de trabalhadores, contratos de fornecimento relevantes, activos incorpóreos como marcas, patentes ou outros direitos de propriedade industrial) que seja susceptível de realizar de forma unitária e autónoma um volume de negócios (cf. ainda artigo 10.º, n.º 4 da LGC).⁴¹

3.2.2. Conteúdo e instrumentos

Aspecto absolutamente crucial é o relativo ao *conteúdo* e aos *instrumentos* do controlo. À semelhança do legislador europeu (artigo 3.º do RCC) mas também de outros legisladores estrangeiros (v.g., § 37 da “Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen” alemã, secção 23 do “Enterprise Act” inglês)⁴², o legislador português construiu o conceito jurídico-concorrencial de controlo com base numa noção geral – “a possibilidade de exercício de uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa” – e num elenco exemplificativo de instrumentos possíveis da sua criação (artigo 8.º, n.º 2 da LGC).

seja indirectamente por via da posição de controlo já detida numa outra empresa. Sublinhe-se que nada impede que a aquisição do controlo seja realizada por ambos os protagonistas elegíveis da lei, mediante um negócio em que intervêm simultaneamente uma (ou várias) “empresas” e uma (ou várias) “pessoas singulares” titulares de controlo empresarial.

41 Inversamente, já não se afiguram relevantes, em princípio, as operações de “outsourcing” através das quais uma empresa externalize determinadas actividades internas (v.g., informática, contabilidade), excepto quando for acompanhada da transferência dos activos pertinentes para entidade que também preste serviços no mercado (cf. Pontos 25 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência). Sobre o ponto, *vide* Lohrberg & Huhtamäki, 2008: 349 e ss.

42 Para o direito alemão (“bestimmenden Einfluss”), *vide* Emmerich, 2008: 438; para o direito inglês (que distingue, todavia, o conceito de “material influence” do conceito de controlo de direito e de facto), *vide* Slaughter & May, 2011: 3.

Trilhando aqui muito de perto o filão europeu na matéria, a doutrina e as autoridades nacionais⁴³ têm identificado consistentemente o cerne da noção legal (poder de exercício de influência determinante) com o *poder de determinar, positiva ou negativamente, as decisões estratégicas da empresa alvo do controlo* (em particular, os respectivos orçamentos e plano de actividades, os investimentos significativos ou a designação do pessoal dirigente), não se exigindo já que determine de modo geral a gestão de todas as actividades daquela.⁴⁴

Doutra banda, é também muito vasto o alcance do elenco legal dos *instrumentos* ou meios dessa influência.⁴⁵

À cabeça, surge a “aquisição da totalidade ou parte do capital” (artigo 8.º, n.º 3, *a*) da LGC). Incluem-se aqui, não apenas as participações totalitárias e maioritárias (as quais, de resto, representam o instrumento clássico e mais difundido do controlo empresarial), mas também as próprias participações minoritárias de capital sempre que, em associação com circunstancialismos de direito ou de facto concomitantes (v.g., maioria de facto estável devida à elevada dispersão do capital social, acordos parassociais de voto, etc.), sejam susceptíveis de assegurar ao adquirente a possibilidade de determinar a condução estratégica empresarial.⁴⁶

A lei refere-se ainda à “aquisição de direitos de propriedade, de uso ou fruição sobre a totalidade ou parte dos activos” da empresa controlada (artigo

43 *Vide* assim, por exemplo, os pontos 28 e ss. do Processo n.º 05/2005 – *EDP/National Power (Turbogás)*. Cf. também Fonseca & Ferreira, 2009: 53; Pais, 1997: 48.

44 Aspecto importante é que apenas releva aqui o controlo duradouro e estável, sendo irrelevantes as operações que impliquem uma mera *alteração transitória ou fortuita* do controlo (v.g., “parqueamento” de acções ou activos de uma empresa numa instituição financeira, obtenção de maiorias de facto ocasionais na assembleia geral dessa empresa, etc.): cf. também Pontos 28 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência.

45 Trata-se de um elenco meramente *exemplificativo*, que não exclui que a aquisição do controlo possa ter a sua base noutros instrumentos nele não previstos. Todavia, ao contrário do que sucede com outros elencos legais congéneres (artigo 486.º, n.º 2 do CSC, artigo 21.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários), não se nos afigura que se esteja diante de presunções legais absolutas ou sequer relativas do controlo, cabendo assim aos interessados fazer prova, caso a caso, que do concreto acto ou transacção tipificados (v.g., aquisição de participação minoritária, aquisição de activos, celebração de contratos) resultou para o adquirente o poder de impor o cunho da sua vontade no governo estratégico da empresa alvo.

46 Sobre as participações totalitárias, maioritárias e minoritárias como instrumento da criação de uma relação de domínio intersocietário, *vide* Antunes, 2002: 485 e ss. Sobre as participações minoritárias “qualificadas” como instrumento de controlo jusconcorrencial, *vide* Gräfer, 2004; Montag & Dohms, 1993: 275 e ss. Não se perca de vista, todavia, a previsão de excepções relativamente à aquisição de participações sociais com meras funções de garantia, de participações em empresas insolventes, ou de determinadas participações detidas por instituições de crédito em empresas não financeiras (artigo 8.º, n.º 4 da LGC): sobre tais excepções, *vide* Gorjão-Henriques, 2011: 301 e ss.; Ricardo, 2010: 53 e ss.

8.º, n.º 3, *b*) da LGC). Incluem-se aqui, em abstracto, todos os negócios aptos a realizar a constituição de direitos reais de gozo (v.g., compras e vendas, permutas de activos, fusões, transformações novatórias, dissolução com transmissão global, etc.) ou até de meros direitos pessoais de gozo (v.g., contratos de locação de empresa, contratos de licença exclusiva, contratos de gestão de empresa, etc.) sobre a totalidade ou parte dos activos que integram o património empresarial (v.g., estabelecimentos comerciais, unidades produtivas, activos incorpóreos, direitos de propriedade industrial como patentes e marcas, carteiras de clientes, etc.).⁴⁷

Enfim, numa proposição que tem também tanto de vasto quanto de impreciso, atribui-se ainda relevo para estes efeitos à “aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa” (artigo 8.º, n.º 3, *c*) da LGC). Incluem-se aqui direitos sociais ou estatutários (v.g., direito especial de veto, direito especial de nomeação de administradores, etc.), contratos societários (v.g., contrato de subordinação, convenção de atribuição de lucros, etc.) ou até mesmo contratos comerciais comuns que invistam uma das empresas contratantes num controlo de facto sobre a respectiva contraparte contratual (v.g., contratos de fornecimento duradouros, contratos de empréstimo).⁴⁸

3.3.3. Modalidades

Por último, com vista a garantir a eficácia dos seus próprios comandos, o legislador foi extremamente generoso relativamente às *modalidades* possíveis e relevantes da aquisição e titularidade do controlo.

47 Muito embora a lei não o refira expressamente, julgamos que os direitos reais ou meramente obrigacionais de gozo devem incidir, pelo menos, sobre uma *parte substancial* (“wesentliche Teile”) dos activos da empresa controlada que, pela sua magnitude no quadro do respectivo património ou pela sua importância estratégica no quadro da respectiva actividade global, seja susceptível de transferir para o adquirente a posição de mercado daquela. Um tal requisito da substancialidade dos activos transaccionados assegura também que ao regime do controlo das concentrações ficarão apenas sujeitas as operações de expansão externa da empresa (“externe Wachstum”) com relevância directa na respectiva posição de mercado, deixando de fora os meros casos de expansão interna ou endógena (“interne Wachstum”) decorrentes da normal acumulação de activos patrimoniais. Para problema paralelo, embora não totalmente idêntico, Knöpfle, 1992: 472 e ss.; Kroitzisch, 1977: 235 e ss.

48 Cf. também Ponto 20 da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência; na doutrina, para mais desenvolvimentos, Gómez-Acebo, 2002: 5357 e ss. (embora mais centrado nas práticas anticoncorrenciais); Pasche, 1989; Wiedemann, 2008: 782 e ss. Sobre os contratos como fonte de relações de dependência fáctico-económica, vide desenvolvidamente Antunes, 2002: 508 e ss.

Assim, desde logo, o legislador abrangeu aqui indistintamente os casos de *controlo directo e indirecto* (artigo 8.º, n.º 3, proémio, da LGC), não revelando assim se o instrumento de controlo é detido directamente pelo respectivo titular ou indirectamente através de interposto terceiro. Questão que a lei não resolveu expressamente foi a de determinar quais os terceiros e as formas relevantes dessa titularidade indirecta: seguramente serão aqui aplicáveis os critérios de imputação previstos no artigo 483.º, n.º 2 do CSC (participações de capital ou voto detidos por sociedades dependentes, por sociedades agrupadas ou por terceiros detentores por conta), mas não se pode considerar excluído que a “ratio” legal possa levar a considerar como igualmente relevantes outras formas de titularidade indirecta nos casos concretos, sobretudo tendo em conta a possível natureza não societária de algumas empresas controladas (cujo controlo não passe pela detenção de capital ou votos) e de alguns instrumentos de controlo (v.g., aquisição de direitos de propriedade sobre activos empresariais).⁴⁹

Importante é também sublinhar que estão aqui indistintamente abrangidos os casos de *controlo exclusivo e conjunto* (artigo 8.º, n.º 3 da LGC), não relevando assim se o controlo é detido e exercido solitariamente por um único sujeito ou conjuntamente por dois ou mais sujeitos.

No primeiro caso, existe apenas um único titular do controlo ou do poder de influenciar determinantemente a empresa controlada, seja porque apenas este dispõe do poder de determinar as decisões comerciais estratégicas da empresa controlada (“controlo exclusivo positivo”), seja já porque apenas ele dispõe do poder de vetar tais decisões estratégicas, sem que possa, todavia, impor ou determinar positivamente o sentido de tais decisões (“controlo exclusivo negativo”).⁵⁰ Já no segundo caso, existem dois ou mais sujeitos inde-

49 A titularidade indirecta representa hoje, indubitavelmente, um instituto fulcral do Direito Comercial, tanto nacional como comparado, encontrando-se a disposição fundamental nesta matéria prevista no artigo 483.º, n.º 2, do CSC, que reza assim: “À titularidade de quotas ou acções por uma sociedade equipara-se, para efeito do montante referido no número anterior, a titularidade de quotas ou acções por uma outra sociedade que dela seja dependente, directa ou indirectamente, ou com ela esteja em relação de grupo, e de acções de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades”. Sobre esta norma fundamental, *vide* Antunes, 2002: 345 e ss.

50 O controlo exclusivo negativo não se confunde com o controlo conjunto: ao passo que, neste último, são vários os sujeitos que dispõem simultaneamente o poder de vetar a adopção de decisões estratégicas – sendo justamente deste poder de veto paritário e mutuamente excludente que resulta o controlo de cada um deles sobre a empresa controlada –, no primeiro existe apenas um único titular do poder de veto, sem que existam paralelamente outros sujeitos ou membros da empresa controlada com idêntico potencial de influência positiva ou negativa (sobre o controlo exclusivo negativo, *vide* Fonseca & Ferreira, 2009: 55). Daqui resultam também claramente as diferenças do conceito de controlo nas leis jusconcorrencial

pendentes entre si que dispõem da possibilidade de influenciar determinadamente a empresa objecto do controlo: a doutrina e jurisprudência, tanto nacional como europeia, têm identificado tal possibilidade com a situação de impasse decorrente da circunstância de dois ou mais sujeitos se encontrarem investidos num poder de impedir ou bloquear reciprocamente a tomada de decisões estratégicas na empresa controlada, resultante da titularidade de instrumentos ou posições de controlo igualitários (v.g., participações de 50% de capital ou votos em empresa comum com dois sócios, direitos paritários de designação dos membros dos órgãos de administração, direitos especiais de veto sobre decisões comerciais estratégicas, etc.).⁵¹

Sublinhe-se ainda que, paralelamente ao controlo conjunto, o legislador atribuiu relevância à figura da chamada *empresa comum de pleno exercício* (“full-function joint venture”, “Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen”), entendendo-se por tal aquela empresa que, encontrando-se submetida ao controlo conjunto de duas ou mais outras empresas-mães, desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma (artigo 8.º, n.º 2 da LGC).⁵²

e societária: nos termos gerais, apenas existirá um domínio jurídico-societário no sentido do artigo 486.º do CSC quando um accionista possa determinar de forma activa e positiva o governo geral da sociedade dependente, não bastando, em via de regra, que esteja em condições de vetar ou impedir (pela “negativa”) a tomada de determinadas deliberações ou decisões, sem que com isso possa determinar o sentido das deliberações a tomar em seu lugar e, muito menos, o sentido geral do governo e gestão social (cf. Antunes, 2002: 474 e ss.).

51 No direito português, Cunha, 2005: 81 e ss.; Fonseca & Ferreira, 2009: 58 e ss.; Pais, 2006: 81; no direito europeu, Emmerich, 2008: 446 e ss.; Hoffer, 2008: 244 e ss. Mestmäcker & Schweitzer, 2004: 560 e ss. (cf. ainda Pontos 62 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência). Mesmo tendo em conta a consabida latitude com que o direito da concorrência perspectiva o fenómeno do controlo, interrogamo-nos sobre se um tal conceito de controlo conjunto – construído que está sobre uma pura ideia de controlo negativo (situação de “impasse” ou de “bloqueio” mútuo) – não poderá conduzir a sujeitar ao regime da lei operações de “falso” controlo: com efeito, nos casos em que as entidades titulares de um tal poder paritário de bloqueio não hajam, pura e simplesmente, coordenado a aquisição dos instrumentos do controlo nem o respectivo exercício no seio da empresa “controlada”, torna-se claro que nenhuma delas estará em condições de determinar sozinha a condução estratégica da empresa, já que o seu potencial de influência se vem a anular ou bloquear reciprocamente (com a consequência de a administração social da empresa comum ganhar uma autonomia acrescida). Daí que, em nosso entender, de controlo conjunto se deveria falar apenas se e quando os sujeitos do controlo *hajam assegurado, de modo duradouro e estável, o exercício coordenado e unitário do respectivo potencial de controlo* no seio da organização da empresa comum ou controlada (v.g., através de acordos parassociais de voto, de um contrato de grupo paritário, de uma “holding” fiduciária, etc.). Sobre a questão, *vide* Antunes, 2000: 74 e ss.; na doutrina estrangeira, cf. Gansweid, 1976; Guaccero, 1993: 747 e ss.; Marchand, 1986: 59 e ss.; Mestmäcker, Donaldson & Blaise, 1979; Steindorf, 1980: 1921 e ss.; Ulmer, 1977: 466 e ss.; Wertenbruch, 1990.

52 Trata-se de uma autonomia operacional, ou capacidade para operar de forma independente no mercado, sendo elementos relevantes para a respectiva aferição, designadamente, a sua natureza duradoura, a existência de gestão e imagem próprias, a titularidade dos recursos produtivos necessários para tal, e

Enfim, são também relevantes os casos de *controlo efectivo ou meramente potencial* – bastando que do instrumento do controlo decorra para o seu titular ou titulares “a possibilidade de exercer” uma influência determinante sobre a empresa objecto do controlo (artigo 8.º, n.º 3, proémio, da LGC), sendo indiferente saber se dela fez ou não um uso efectivo ou actual⁵³ –, de *controlo de direito ou de facto* – já que, tendo a lei mandado tomar em conta “as circunstâncias de direito ou de facto” (artigo 8.º, n.º 3, proémio, da LGC), se abrangem indistintamente os casos em que o poder de determinação estratégica da empresa alvo tem a sua base em mecanismos de natureza jurídica (v.g., participações sociais, contratos, estatutos sociais, direitos de propriedade, direitos pessoais de gozo, sucessão “mortis causa”) ou em meras situações de facto (v.g., maiorias de facto estáveis em assembleias gerais, dependência económica interempresarial, laços pessoais entre estruturas accionistas ou entre administrações)⁵⁴, de *controlo originário ou superveniente* – sendo indiferente se a operação de concentração resulta da aquisição “ex novo” de uma posição de controlo sobre uma determinada empresa ou simplesmente da alteração da titularidade de uma posição de controlo pré-existente (v.g., compra de participação de controlo a accionista maioritário)⁵⁵ –, ou de *controlo unitário ou*

a sua não dependência total relativamente às empresas-mães em matéria de vendas. Sobre a figura, *vide* entre nós Morais, 2006: espec. 375 e ss.; noutros quadrantes, Bergqvist, 2003: 498 e ss.; Mälzer, 1992: 705 e ss.; para um caso de espécie, *vide* a decisão da Autoridade da Concorrência no Processo n.º 43/2008 – *Farcoware/LPL/Codifar/União/Medlog/Disfalog/NewCo*.

53 Com o exercício potencial (“Potentialität der Einflussname”, “influenza potenziale”) não se confunde, todavia, a *titularidade potencial ou eventual* do controlo, ou seja, aqueles casos em que o sujeito activo do controlo, não sendo ainda titular jurídico do instrumento de controlo, já assegurou a possibilidade dessa titularidade no futuro, mormente com base num direito legal ou negocial à sua transmissão futura, v.g., contrato promessa, opção, reporte, direito estatutário ou legal de preferência na alienação de acções nominativas, etc. (para um caso de espécie, *vide* o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 19 de Maio de 1994, no Processo n.º T2-93 – *Air France/Comissão*, onde foi considerado que a titularidade de direitos de opção é base insuficiente para a existência da aquisição de controlo por parte do optante ou beneficiário [*in C/T*] (1994), II-00323)) (cf. ainda Gorjão-Henriques, 2011: 284 e ss.). Sobre a titularidade eventual ou futura dos instrumentos do controlo – a que o legislador português deu expressa relevância em vários ramos do universo juscomercialista (v.g., artigo 20.º, n.º 1, e), “ex vi” do artigo 16.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários, artigo 13.º, n.º 7, i) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, artigo 3.º, n.º 2, i) do Regime Geral da Actividade Seguradora) –, *vide* Antunes, 2002: 352 e ss.

54 Sobre o controlo de direito e de facto, *vide*, entre nós, Cunha, 2005: 78; Fonseca & Ferreira, 2009: 45 e ss.; noutros quadrantes, Emmerich, 2008: 440 e ss.; Wiedemann, 2008: 782 e ss.

55 As *alterações* de controlo jurídico-concorrencialmente relevantes abrangem assim, designadamente, a mudança da identidade do titular de um controlo exclusivo (v.g., entrada de novo accionista de controlo na sequência de uma OPA hostil) ou de um controlo conjunto (v.g., aumento ou redução do núcleo duro dos accionistas co-controladores), bem como a passagem de um controlo exclusivo a um controlo conjunto (ou vice-versa). Inversamente, e em regra, já não estaremos perante alterações relevantes no caso de meras alterações ao nível dos instrumentos de controlo (v.g., reorganização da participação de controlo) ou de

fragmentado – sendo indiferente se os instrumentos ou a posição de controlo foi obtida pelo adquirente através de uma única operação ou transacção (“*uno actu*”) ou se foi obtida de forma fragmentada através de várias transacções individuais e sucessivas relacionadas entre si (“*staggered transactions*”).⁵⁶

3.3.4. O conceito jusconcorrencial de controlo em perspectiva

De todo o exposto, é assim ostensivo que o conceito jurídico-concorrencial de controlo, não excluindo de modo algum o conceito jurídico-societário congénere de domínio (artigo 486.º do CSC), vai, na realidade, muito para além deste, quer no plano subjectivo – ao abranger, para além das sociedades comerciais, o controlo sobre qualquer tipo de empresas (chegando mesmo ao ponto de atribuir relevo, pelo lado activo, aos indivíduos controladores e, pelo passivo, a simples partes de empresas) –, quer no plano objectivo – ao abranger, para além da “influência dominante” do direito societário (que, em regra, exige o poder de determinar de forma activa e global a condução da vida e gestão da sociedade dependente), também a “influência determinante” (traduzida no poder de determinar, ainda que pela negativa, o “core” estratégico daquela gestão) –, quer mesmo no plano instrumental – ao atribuir relevância expressa a mecanismos e modalidades de controlo que, no contexto jurídico-societário, não configurariam senão meras relações de simples participação (v.g., certas participações minoritárias de capital) ou mesmo relações irrelevantes do ponto de vista do sistema legal das sociedades coligadas (v.g., aquisição de direitos de uso e fruição sobre activos empresariais, dependência fáctico-económica).

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, J. Engrácia

2000 *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto*, Porto: UCP Editora.

2002 *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Pluris-societária*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.

2009a *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina.

certas modalidades de controlo (v.g., passagem do controlo directo para indirecto, de um controlo exclusivo negativo para um controlo exclusivo positivo).

56 Cf. também Pontos 36 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência. Sobre as operações interligadas ou fragmentadas, *vide*, no direito português, Fonseca & Ferreira, 2009: 71 e ss.; no direito europeu, Rusu, 2010: 20.

- 2009b “As Sociedades Gestoras de Participações Sociais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano I, pp. 67-103.
- 2011 *Direito das Sociedades*, 2.^a ed., Porto: ed. de Autor.
- BALEKJIAN, Wahe H.
- 1984 “Parent and Subsidiaries Companies Under European Community Competition Law”, in Campbell, D. & Rohwer, C. (orgs.), *Legal Aspects of International Business Transactions*, pp. 369-461, North-Holland: Elsevier Science.
- BERGQVIST, Christian
- 2003 “The Concept of an Autonomous Economic Entity”, in *European Competition Law Review*, vol. 24, pp. 498-503.
- BOLZE, Christian
- 1979 *Groupes de Sociétés et Droit de la Concurrence dans la Communauté Économique Européenne*, Dissertação, Nancy.
- BROBERG, Morten
- 2004 “The Concept of Control in the Merger Regulation”, in *European Competition Law Review*, vol. 25, pp. 741-751.
- CORDEIRO, A. Robalo
- 1987 “As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XXIX, pp. 81-137.
- CORONA, E. Galán
- 1975 “La Empresa como Destinataria de las Normas de Defensa de Competencia”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. II, pp. 291-346.
- CUNHA, Carolina
- 2005 *Controlo da Concentração de Empresas – Direito Comunitário e Direito Português*, Coimbra: Almedina.
- DABBAH, Maher & LASOK, Paul (orgs.)
- 2007 *Merger Control Worldwide*, New York: Cambridge University Press.
- ELHAUGE, Einer R.
- 2008 *United States Antitrust Law and Economics*, New York: Foundation Press.
- EMMERICH, Volker
- 1969 *Das Wirtschaftsrecht der öffentliche Unternehmen*, Bad Homburg: Verlag Max Gehlen.
- 2008 *Kartellrecht*, 11. Aufl., München: C.H. Beck Verlag.
- FONSECA, M. Rosado & FERREIRA, L. Nascimento,
- 2009 *O Procedimento de Controlo das Operações de Concentração de Empresas em Portugal*, Coimbra: Almedina.

- FRIGNANI, Aldo & WAELBROECK, Michel
1983 *Disciplina della Concorrenza nella CEE*, 3.^a ed., Napoli: Jovene.
- GROEBEN, Hans, THIESING, Jochen & EHLERMANN, Claus-Dieter
1991 *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Band 2, 4.^a ed., Baden-Baden: Nomos Verlag.
- GANSWEID, Wolfgang,
1976 *Gemeinsame Tochtergesellschaften in deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht*,
Baden-Baden: Nomos Verlag.
- GOMES, J. Caramelo
2010 *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
- GÓMEZ-ACEBO, A. Fernández
2002 “Grupos de Empresas de Base Contractual y Derecho de la Competencia”,
in AA.VV., *Derecho de Sociedades – Libro de Homenaje al Prof. Fernando
Sánchez Calero*, vol. 5, pp. 5357-5424, Madrid: McGraw Hill.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel
2011 “A Aquisição de Empresas no Direito da Concorrência”, in AA.VV., *Aquisição
de Empresas*, pp. 263-312, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer.
- GRÄFER, Jens
2004 *Die Erfassung von Minderheitsbeteiligungen durch das Europäische
Wettbewerbsrecht: unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenschlussbegriffs
in der Fusionskontrollverordnung*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- GUACCERO, Andrea
1993 “L’Impresa Comune nella Disciplina Antitrust Nazionale”, in *Rivista del
Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. XCI, pp.
747-784.
- HARMS, Wolfgang
1968 *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine wirtschafts- und
gesellschaftsrechtliche Untersuchung*, Köln: Carl Heymanns.
- HEITZER, Eric
1999 *Konzerne im Europäischen Wettbewerbsrecht*, Heidelberg: Recht und
Wirtschaft Verlag.
- HOFFER, Raul
2008 “Alleinige und gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen”, in
Österreichisch Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, vol. 5, pp.
244-251.
- KNÖPFLE, Robert
1992 “Zum Zusammenschluß durch den Erwerb eines Vermögensteiles”, in *Neue
Juristische Wochenschrift*, vol. 45, pp. 472-475.

KROITZISCH, Herman

1977 “Der Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils im Sinne des § 23, II, Abs. 1 GWB”, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, vol. 27, pp. 235-256.

LAMANDINI, Marco

1995 *Il “Controllo” – Nozioni e Tipo nella Legislazione Economica*, Milano: Giuffrè.

LAMPERT, Thomas

1995 *Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung im Verhältnis zum Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten – Rechtsvergleichend zum Verhältnis zwischen dem US-Antitrustrecht des Bundes und der Einzelstaaten*, Köln: Carl Heymanns.

LEHMANN, Volker

2010 *Die europäische Fusionskontrolle*, Berlin: Grin Verlag.

LÖFFLER, Heinz

2001 *Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, Neuwied: Luchterhand.

LOHRBERG, Jan & HUHTAMÄKI, Matti

2008 “Outsourcing Transactions and Merger Control”, in *European Competition Law Review*, vol. 29, pp. 349-355.

LYON-CAEN, Antoine

1977 “Droit Européen de la Concurrence et Groupe”, in Goldmann, B. & Francescakis, P. (eds.), *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*, Paris: Librairies Techniques, pp. 328-404.

MACH, Olivier

1974 *L'Entreprise et les Groupes de Sociétés en Droit Européen de la Concurrence*. Genève: Georg.

MÄLZER, Susanne

1992 “Die Stellung von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht”, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, vol. 40, pp. 705-714.

MARCHAND, Gerhard

1986 *Abhängigkeit und Konzernzugehörigkeit von Gemeinschaftsunternehmen*, Berlin: Duncker & Humblot.

MARTÍN-CRESPO, M. Pilar

1997 *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*, Pamplona: Aranzadi.

2009 *Derecho de la Libre Competencia Comunitaria e Español*, Navarra: Thomson/ Aranzadi.

- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, BLAISE, Jean-Bernard & DONALDSON, David
1979 *Gemeinschaftsunternehmen (Joint-Venture/Filiale Commune) im Konzern und Kartellrecht*, Frankfurt a.M.: Metzner.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim & SCHWEITZER, Heicke
2004 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2.^a ed., München: Beck Verlag.
- MICHALSKI, Lutz
1989 *Das Gesellschafts- und Kartellrecht der berufsrechtlich gebundenen freien Berufe*, Köln: Verlag Otto Schmidt.
- MONTAG, Frank & DOHMS, Rüdiger
1993 “Minderheitsbeteiligungen im deutschen und EG-Kartellrecht”, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, vol. 41, pp. 275-295.
- MORAIS, L. Silva
2006 *Empresas Comuns (Joint Ventures) no Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
2009a *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, Coimbra: Almedina.
2009b *Os Conceitos de Objecto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infracções da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
- PAIS, S. Oliveira
1996 *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
1997 *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Português – Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro*, Porto: UCP.
2006 “O Novo Regime do Controlo das Concentrações de Empresas na Lei n.º 18/2003”, in AA.VV., *Concorrência – Estudos*, pp. 71-101, Coimbra: Almedina.
- PASCHE, Marian
1989 *Der Zusammenschlussbegriff des Fusionskontrollrechts*, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.
- PERANDONES, Pablo Girgado
2007 *Grupos de Empresas y Derecho Antitrust – La Aplicación de las Normas Anticolusorias en las Relaciones Intragrupo*, Madrid: Marcial Pons.
- POHLMANN, Petra
1999 *Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.

RICARDO, F. Pereira

2010 “A Aquisição de Participações ou de Activos da Empresa Insolvente e o Conceito de Concentração de Empresas”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 4, pp. 53-63.

RITTER, Lennard & BRAUN, David

2005 *European Competition Law*, 3.^a ed., The Hague: Kluwer Law International.

ROTH, Wulf-Henning

2006 “Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht”, in *Festschrift für Rainer Bechtold*, München: Beck Verlag, pp. 393-408.

RUSU, C. Stefan

2010 *European Merger Control: The Challenges Raised by Twenty Years of Enforcement Experience*, The Netherlands: Kluwers Wolters International.

SLAUGHTER & MAY

2011 *UK Merger Control Under Enterprise Act 2002*, London: Working Paper.

SPADAFORA, Antonio

1990 “La Nozione di Impresa nel Diritto Comunitario”, in *Giustizia Civile*, vol. XL, II, pp. 283-301.

STEINDORF, Ernst

1980 “Gemeinschaftsunternehmen mit zwei paritätisch beteiligten Gesellschaftern”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 33, pp. 1921-1924.

1982 *Wettbewerbliche Einheit und Kartellrechtliche Vermutungen*, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.

ULMER, Peter

1977 “Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht”, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 141, pp. 466-477.

ULSHÖFER, Matthias

2003 *Kontrollerwerb in der Fusionskontrolle. Eine Untersuchung im europäischen, deutschen und US-amerikanischen Fusionskontrollrecht*, Baden-Baden: Nomos.

VARONA, E. Navarro

2005 *Merger Control in the European Union: Law, Economics and Practice*, Oxford/ New York: Oxford University Press.

VENTURA, Raúl

1992 *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*, Coimbra: Almedina.

WERTENBRUCH, Johannes

1990 *Die Rechtsfolgen der Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen nach dem
GWB*, Köln: Carl Heymanns.

WIEDEMANN, Gerhard

2008 *Handbuch des Kartellrechts*, 2.^a ed., München: C.F. Beck Verlag.

O ESTADO PORTUGUÊS SERIA CONDENADO? AS BUSCAS EFECTUADAS PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA E O ARTIGO 6.º, N.º 1, DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

*Sara Rodrigues/Dorothee Serzedelo**

ABSTRACT: *The present article intends to determine whether the Portuguese legal system concerning dawn raids carried out by the Portuguese Competition Authority complies with Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, granting the undertakings the right to challenge both the legality of the dawn raid and the way it was conducted, and granting them the possibility of obtaining a decision within a reasonable time. In order to establish whether Portuguese law complies with the European Convention on Human Rights, two recent cases in which France was condemned by the European Court of Human Rights will be considered.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os acórdãos *Canal Plus* e *Primagaz*, do TEDH, de 21.12.2010. 1.1. Súmula dos acórdãos. 1.2. O regime francês, consagrado no *code de commerce*, relativo às diligências de busca e apreensão no âmbito de procedimentos por infracção às regras da concorrência. 1.2.1. O *code de commerce* na redacção anterior à *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008. 1.2.2. O *code de commerce* na redacção resultante da *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008, e as disposições transitórias incluídas nessa *ordonnance*. 1.3. Conclusões do TEDH nos dois acórdãos em análise. 1.4. Posição da *cour d'appel* de Paris relativamente à recente jurisprudência do TEDH. 2. O regime jurídico português relativo a diligências de busca e apreensão efectuadas pela Autoridade da Concorrência. 2.1. As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência. 2.2. As possibilidades de reacção judicial contra a autorização de realização de diligências de busca e/ou contra o modo como as mesmas decorreram. 2.3. Da compatibilidade do regime legal das buscas, consagrado na Lei n.º 18/2003, com o artigo 6.º da Convenção. Conclusões.

* Juristas no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade das Autoras e não vinculam, a qualquer título, a Autoridade da Concorrência.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objectivo aferir da compatibilidade do regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência (Autoridade) com o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção ou CEDH)¹, ou seja, pretende-se analisar se o sistema jurídico português concede às empresas alvo de diligências de busca, recolha e apreensão, efectuadas por aquela Autoridade², o direito de interpor recurso judicial sobre a admissibilidade dessas diligências e o modo como as mesmas decorreram, obtendo, de “*um tribunal independente e imparcial*”, uma decisão em “*prazo razoável*”.

Para melhor dilucidar a questão em causa, socorrer-nos-emos de dois recentes acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Tribunal ou TEDH) – *Société Canal Plus et a. c. France (Canal Plus)* e *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. France (Primagaz)*³ –, no âmbito dos quais o Tribunal condenou o Estado francês por violação do normativo em apreço⁴.

1 O “*instrumento de ratificação [da Convenção] foi depositado no dia 9 de Novembro de 1978 – Diário da República, 1.ª Série, de 2 de Janeiro de 1979 [...] – pelo que a partir daquela data, a Convenção passou a estar em vigor relativamente a Portugal [...]*. A Convenção vincula, assim, o Estado português na ordem jurídica interna e na ordem jurídica internacional” (cf. Barreto, 2010: 32-33). Sobre a CEDH e a vinculação de Portugal à Convenção, entre muitos outros, cf. Barreto, 2010, 32-63; Lopes, 2009: 57-58; e Cardona Ferreira, 2007: 895-896.

O n.º 1 do artigo 6.º da CEDH dispõe que “[q]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]”.

2 Nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003 ou Lei da Concorrência), a Autoridade, no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão, pode “[p]roceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extractos da escrita e demais documentação, quer se encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”.

3 Ambos proferidos em 21.12.2010, pela 5.ª secção do TEDH, respectivamente, n.º 29408/08 e n.º 29613/08, e disponíveis na base de dados *online* do Tribunal, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>, consultado em 31.05.2011. Estes acórdãos só se encontram disponíveis em língua francesa, sendo a sua adaptação para língua portuguesa da responsabilidade das Autoras.

4 Apesar do teor literal do artigo 46.º, n.º 1, da Convenção, que se refere apenas às sentenças definitivas, do qual decorre apenas o efeito *inter partes* dos acórdãos, o Tribunal considera, sem o admitir expressamente (nomeadamente no acórdão *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18.01.1978, série A, n.º 25), que a sua jurisprudência deve ser tida em conta pelos demais Estados-parte (neste sentido, cf. Pires, 2006: 6). Mas, apesar da autoridade *erga omnes* da jurisprudência do TEDH, de algum modo imposta pelo próprio Tribunal, os efeitos das suas sentenças não podem anular ou abrogar, *per se*, disposições internas dos Estados, assumindo, pois, um carácter meramente declarativo. Relativamente à executividade das sentenças proferidas pelo TEDH, “*temos de reconhecer que, no sentido técnico da expressão, ela encontra-se ausente do sistema instituído pela CEDH, dado que as decisões do TEDH, mesmo quando comportem uma dimensão condenatória [...] não*

Em ambos os casos estavam em causa diligências de busca e apreensão efectuadas pela Administração francesa, no âmbito de procedimentos instaurados por indícios de violação das normas da concorrência⁵, tendo o Tribunal considerado que o regime legal vigente à data dos factos não cumpria os requisitos do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, nomeadamente ao não permitir às empresas alvo das referidas diligências um recurso jurisdicional efectivo de reacção contra o despacho que as autorizou e/ou a obtenção de uma decisão (sobre esse recurso) em prazo razoável.

Faremos, posteriormente e *mutatis mutandis*, o paralelo para o nosso sistema jurídico, de forma a que, analisado o regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência, se possa aferir da sua conformidade, ou não, com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

Atento o escopo deste trabalho, só analisaremos as posições defendidas nos acórdãos em causa, pelas partes e pelo Tribunal, relativas ao n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, pelo que deixaremos de fora do presente texto outras questões, aliás interessantes, também abordadas nesses arestos, relativas ao respeito pelo domicílio, à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, tanto mais que cada uma delas justificaria, *per se*, uma análise autónoma.

1. OS ACÓRDÃOS *CANAL PLUS* E *PRIMAGAZ*, DO TEDH, DE 21.12.2010
Comecemos então por analisar, de forma sumária e só no que ao objecto deste trabalho diz respeito, os dois referidos acórdãos.

1.1. Súmula dos acórdãos

No passado dia 21 de Dezembro, o TEDH proferiu os dois referidos acórdãos – *Canal Plus* e *Primagaz* – nos quais condenou a França por violação do disposto

constituem título executivo, sendo o processo de controlo da execução eminentemente político" (cf. Ferreira, 2007: 917). A quase inexistência de instrumentos de "coercibilidade directa" dá relevo aos instrumentos de pressão "de tipo diplomático e de opinião pública", nomeadamente procedimentos de acompanhamento e monitorização (cf. Lopes, 2009: 184). Cardona Ferreira chama, no entanto, a atenção para a capacidade do sistema instituído pela CEDH e, designadamente, pela jurisprudência do TEDH, para influenciar a decisão política e legislativa e a orientação dos tribunais superiores dos diferentes Estados e, como tal, também de Portugal (Ferreira, 2007: 931-932). Pelo que a execução das sentenças do TEDH depende do próprio Estado interessado, sobre o qual impende uma simples obrigação de resultado, devendo tomar medidas para pôr termo à violação constatada, podendo escolher os meios para alcançar tal resultado; escolha que deriva do carácter subsidiário do sistema europeu dos Direitos do Homem (cf. Lopes, 2009: 179).

5 No caso *Canal Plus* existiam indícios de práticas anticoncorrenciais nos mercados da gestão de direitos de marketing no futebol profissional e da publicidade efectuada nos estádios de futebol. No caso *Primagaz* estavam em causa eventuais práticas anticoncorrenciais no mercado do enchimento e comercialização de botijas de gás para uso doméstico.

no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção, por um lado, por ter considerado inexistir, no sistema francês vigente à data dos factos em apreço, a consagração legal de um recurso jurisdicional efectivo do despacho que autoriza a realização de diligências de busca na sede⁶ das empresas alvo de investigação, por violação das normas da concorrência, e, por outro, pela impossibilidade de as empresas obterem uma decisão judicial em prazo razoável.

Os factos em apreço nos dois acórdãos são semelhantes, tendo sido analisados judicialmente à luz dos mesmos normativos legais, semelhanças que se estendem aos argumentos aduzidos pelas partes e às conclusões proferidas pelo Tribunal. Tal similitude levou o TEDH a operar remissões de um acórdão para o outro (cf. § 14 do acórdão *Primamaz*) e motiva a análise conjunta que levaremos a cabo no presente texto.

Em ambos os casos em análise, e perante indícios de infracção ao artigo L 420-1 do *code de commerce* (CC)⁷, a *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF)⁸ solicitou as devidas autorizações judiciais junto do *juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance* (*juge des libertés*) – respectivamente, de Paris, no caso *Canal Plus*, e de Lille, no caso *Primamaz* – juiz para o efeito competente⁹, nos termos do disposto no artigo L 450-4 do CC, na redacção vigente à data dos factos.

A Administração obteve os despachos de autorização e realizou as referidas diligências de busca e apreensão, respectivamente, em Fevereiro e Junho de 2005.

As empresas visadas interpuseram recurso, para a *Cour de cassation*, do despacho judicial que autorizou as diligências. À data dos factos, como se verá

6 Nos casos em apreço, as buscas foram efectuadas quer na sede das empresas visadas, quer em outros estabelecimentos às mesmas pertencentes, o que a lei permite (artigo L 450-3 do *code de commerce*). Por facilidade de expressão, referir-nos-emos tão-só à sede das empresas.

7 Código de Comércio Francês. No sistema francês, as normas que tutelam a defesa da concorrência encontram-se incluídas no *code de commerce*, no Livro IV, sob a epígrafe “*Da liberdade dos preços e da concorrência*”.

8 A Autoridade da Concorrência francesa (*Autorité de la concurrence*) só veio a ser posteriormente criada através da Lei n.º 2008-776, de modernização da economia, de 4.08.2008 (título II), em substituição do *Conseil de la concurrence*. Para mais desenvolvimentos sobre as investigações realizadas pela DGCCRF, cf. Marie, 2008: 112 ss.; e acerca das relações entre a *Autorité de la concurrence* e a DGCCRF, cf. Homobono, 2010: 7 ss..

9 No sistema francês, o *juge des libertés* é competente para a prática, em processo penal, de diversos actos em sede de inquérito, *v.g.*, decidir sobre medidas de coacção (artigo 145.º do *code de procédure pénale*). É, ainda, competente para a prática de actos de inquérito em regimes especiais, como sucede, *v.g.*, nos processos por infracção ao regime da concorrência, como já vimos, e nos processos por infracção fiscal (artigo L 16B do *livre des procédures fiscales*).

infra, a única forma de reacção contra aquele despacho era através de um recurso *en cassation* (a *Cour de cassation* só aprecia matéria de direito, julgando em última instância).

Em ambos os casos, a *Cour de cassation* rejeitou os recursos interpostos pelas empresas, afirmando, de entre o mais, que o disposto no artigo L 450-4 do *CC* não contrariava o n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, na medida em que foi garantido às empresas visadas o direito a um processo equitativo¹⁰ e a um recurso efectivo, tanto pela intervenção, em um primeiro momento, do *juge des libertés*, que aprecia o bem fundado do pedido da Administração, como pelo controlo, *a posteriori*, em matéria de direito, efectuado pela própria *Cour de cassation*¹¹.

No processo *Canal Plus*, em simultâneo ao recurso anteriormente referido, as empresas visadas recorreram, ainda, para o *juge des libertés* territorialmente competente, relativamente ao modo como decorreram as diligências. Tendo o juiz aceite parcialmente este recurso, a Administração recorreu para a *Cour de cassation*, que, em última instância, julgou procedente este último recurso, revogando, sem reenvio, a sentença do *juge des libertés* que dera razão às empresas visadas¹².

Em ambos os casos foram interpostos recursos para o TEDH pelas empresas alvo das diligências de busca, pedindo ao Tribunal que apreciasse, de entre o mais, uma eventual violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH¹³. As empresas apoiaram a sua pretensão nas conclusões retiradas pelo TEDH na paradigmática jurisprudência *Ravon*¹⁴.

10 Este requisito (processo equitativo) tem de ser aferido casuisticamente, exigindo-se “*que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária*” e cumprindo ao tribunal “*proceder a um exame efectivo dos meios, argumentos e elementos de provas oferecidas pelas partes*” (cf. Barreto, 2010: 165).

11 O acórdão da *Cour de cassation* no âmbito do processo *Primagaz* (*chambre criminelle*, n.º 06-82077, de 28.11.2007) encontra-se disponível, tal como os demais acórdãos da *Cour de cassation* referidos ao longo do artigo, in: <http://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriJudi.do?reprise=true&page=1>, consultado em 31.05.2011. Esta *Cour* já se pronunciara anteriormente no mesmo sentido, como disso são exemplo os acórdãos da *chambre criminelle* da *Cour de cassation*, n.º 04-87351, de 8.03.2006, e n.º 04-85230, de 11.01.2006.

12 Cf. acórdão da *chambre criminelle* da *Cour de cassation*, de 14.11.2007, n.º 05-85739.

13 Uma das ideias-chave durante a preparação da CEDH “*era a crença nos direitos humanos, não como vagas generalidades, mas com concretização bastante para serem sancionados por um tribunal*”, podendo, pois, ser invocados judicialmente por qualquer pessoa, individual ou colectiva (neste sentido, cf. Lopes, 2009: 51).

14 Cf. acórdão do TEDH, *Ravon et a. c. France*, n.º 18497/03, de 21.02.2008, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ravon&sessionId=67951261&skin=hudoc-fr>, consultado em 31.05.2011. Neste caso, em que se discutia a realização de diligências de busca domiciliárias

As empresas recorrentes invocaram, *grosso modo*, como fundamento de recurso para o TEDH, a violação do seu direito a um recurso efectivo dos despachos judiciais que autorizaram a realização das diligências de busca por parte da Administração, por *i*) na versão do *CC* vigente à data dos factos, só poderem recorrer para a *Cour de cassation*, a qual só aprecia matéria de direito; e *ii*) no regime previsto nas disposições transitórias constantes da *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008, e aplicável aos casos em análise¹⁵, o recurso daquele despacho para a *cour d'appel* de Paris só ocorrer vários anos após a realização das diligências, ultrapassando, assim, o prazo razoável previsto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, e estar dependente de as empresas virem a interpor recurso de uma eventual decisão final condenatória.

As empresas invocaram, ainda, em resposta às alegações do Estado francês, a falta de independência da *cour d'appel* de Paris que, de acordo com o regime transitório previsto no artigo 5.º da *ordonnance* de 2008, aprecia, simultaneamente, em sede de recurso interposto da decisão final da *Autorité de la concurrence*¹⁶, se os indícios apresentados pela Administração eram suficientes para autorizar a realização das buscas e se os elementos recolhidos no âmbito daquelas diligências são suficientes para sustentar uma decisão condenatória.

1.2. O regime francês, consagrado no *code de commerce*, relativo às diligências de busca e apreensão no âmbito de procedimentos por infracção às regras da concorrência

Antes de analisarmos as conclusões do Tribunal nos dois acórdãos *sub judice*, vejamos, sem qualquer pretensão de rigorosa análise em termos de direito comparado, quais as possibilidades de reacção contempladas naquele *code*, contra o despacho que autoriza as diligências e o modo como as mesmas decorrem.

no âmbito de um processo por indícios de fraude fiscal, o TEDH considerou que o recurso para a *Cour de cassation*, previsto no *livre des procédures fiscales*, do despacho que autoriza as buscas domiciliárias, não preenche os critérios de um recurso efectivo, à luz do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, na medida em que aquela *Cour* só julga matéria de direito, não podendo reapreciar a matéria de facto.

15 Como veremos, esta *ordonnance* contém, no seu artigo 5.º, § IV, disposições transitórias no sentido de permitir um recurso para a *cour d'appel* de Paris do despacho judicial que autorizou as diligências de busca, conjuntamente com o recurso que as empresas venham a interpor da decisão final da *Autorité de la concurrence*, se não tiver existido recurso para a *Cour de cassation* ou o mesmo tiver sido julgado improcedente.

16 Das decisões da *Autorité de la concurrence* cabe recurso, sem efeito suspensivo, para a *cour d'appel* de Paris e, do acórdão desta *cour*, recorre-se, *en cassation*, para a *Cour de cassation* (tudo nos termos do artigo L 464-8 do *CC*).

Analisaremos, tal como o fez o Tribunal nos acórdãos em apreço (ponto II do acórdão *Canal Plus*), o artigo L 450-4 do *CC*, quer na versão anterior à *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008, quer na versão posterior à sua publicação, bem como o regime resultante das disposições transitórias constantes dessa *ordonnance*, que foi aplicado aos casos em análise.

1.2.1. O *code de commerce* na redacção anterior à *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008

Os artigos L 450-1 a L 450-8 do *CC* disciplinam o regime das buscas efectuadas no âmbito dos procedimentos por infracção às regras da concorrência. À data dos factos em apreço¹⁷ aquelas diligências eram realizadas pela DGCCRF, tendo os funcionários daquela Direcção-Geral de ser, para o efeito, habilitados pelo Ministro da Economia e das Finanças (artigo L 450-1, § 1)¹⁸.

Adicionalmente, a realização das diligências encontrava-se dependente da obtenção de uma autorização judicial, emitida pelo *juge des libertés* territorialmente competente. Tal autorização dependia da verificação, por parte desse juiz, da cabal fundamentação do requerimento apresentado pela Administração, do qual deviam constar todos os elementos de informação e indícios existentes que justificassem o pedido de realização das diligências de busca.

Os funcionários que procediam às buscas tinham poderes para inquirir, no local, quaisquer pessoas, incluindo os representantes legais das empresas alvo dessas diligências. No decurso das mesmas podia ser apreendida qualquer documentação (independentemente de se encontrar em papel ou em suporte informático¹⁹).

As diligências em causa eram efectuadas sob a autoridade e supervisão do juiz que as autorizara, o qual, a qualquer momento, podia deslocar-se ao local onde decorriam as buscas e ordenar a sua suspensão.

17 À data dos factos vigorava o artigo L 450-4 do *CC* na redacção resultante da entrada em vigor da *ordonnance* n.º 2004-1173, de 4 de Novembro, disponível in: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=9Do2795FE7CD0E43103EC4807AEEACBD.tpdj004v_1?idArticle=LEGIART1000006232422&cidTexte=LEGITEXTO00005634379&categorieLien=id&dateTexte=20081114, consultado em 31.05.2011.

18 Habilitação efectuada através do *arrêté* de 22.01.1993, disponível in: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=BACD7FC458D9F2032192990D54317C21.tpdj016v_1?cidTexte=JORFTEXT00000178208&dateTexte=20100418, consultado em 31.05.2011.

19 Refira-se que a apreensão de documentos em suporte informático encontra-se expressamente prevista no artigo L 450-4 do *CC*, na redacção resultante da entrada em vigor da Lei n.º 2001-420, de 15 de Maio, que, no seu artigo 77.º, procedeu à alteração, *inter alia*, deste artigo L 450-4 do *CC*.

As diligências só podiam decorrer entre as seis e as vinte e uma horas, na presença do representante legal da empresa ou, na sua ausência, de um representante por aquele indicado (ou, caso tal não fosse possível, escolhiam-se duas testemunhas de entre os funcionários presentes)²⁰.

O artigo L 450-4 do *CC* previa expressamente duas possibilidades de recurso, sem efeito suspensivo, por parte das empresas sujeitas às diligências de busca: *i*) um recurso, para a *Cour de cassation*, que tinha como objecto o despacho judicial que autorizava as buscas²¹; e *ii*) um outro recurso relativo ao decurso das diligências, a interpor para o juiz que as autorizou. Da decisão do juiz sobre este último recurso podia ainda recorrer-se *en cassation*²².

À excepção do regime dos recursos, cuja alteração analisaremos de seguida, os demais pressupostos anteriormente referidos mantêm-se na actual redacção do artigo L 450-4 do *CC*²³, mas tendo tais diligências passado, em regra, a ser realizadas pelos funcionários da *Autorité de la concurrence* (os quais necessitam de ser habilitados, para o efeito, pelo *rapporteur général* dessa autoridade, nos termos do artigo L 450-1, § 1, do *CC*).

1.2.2. O code de commerce na redacção resultante da ordonnance n.º 2008-1161, de 13.11.2008, e as disposições transitórias incluídas nessa ordonnance
Posteriormente à prolação, pela *Cour de cassation*, dos acórdãos relativos aos vários recursos interpostos pelas empresas visadas nos dois casos em apreço, o TEDH proferiu o emblemático Acórdão *Ravon*, relativo a buscas domiciliárias no âmbito de um procedimento por indícios de fraude fiscal²⁴.

20 Conforme o disposto no § 7 do artigo L 450-4 do *CC*, na redacção vigente à data dos factos.

21 O § 6 do artigo L 450-4 do *CC* estatua que “[l’]ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article n’est susceptible que d’un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n’est pas suspensif”.

22 De acordo com o disposto no § 12 do artigo L 450-4 do *CC*, “[l]e déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l’objet d’un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois [...]. Le juge se prononce sur ce recours par voie d’une ordonnance, qui n’est susceptible que d’un pourvoi en cassation selon les règles prévues au code de la procédure pénale. Ce pourvoi n’est pas suspensif”.

23 A redacção deste normativo, actualmente em vigor, resulta da Lei n.º 2009-526, de 12.05.2009.

24 A jurisprudência *Ravon* foi posteriormente reiterada nos acórdãos *Société IFB vs. France*, n.º 2058/04, de 20.02.2009, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=IFB&sessionid=67951620&skin=hudoc-fr>; *Maschino vs. France*, n.º 10447/03, de 16.01.2009, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Maschino&sessionid=67951642&skin=hudoc-fr>; e *Kandler et autres vs. France*, n.º 18659/05, de 18.12.2008, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kandler&sessionid=6795184&skin=hudoc-fr>; todos consultados em 31.05.2011.

Como já referimos, no acórdão *Ravon* o Tribunal considerou que o recurso para a *Cour de cassation*, previsto no *livre des procédures fiscales*, do despacho que autoriza as buscas domiciliárias não preenche os critérios de um recurso efectivo, à luz do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, na medida em que aquela *Cour* só julga matéria de direito, não podendo reapreciar a matéria de facto.

Transpondo essa jurisprudência para as normas da concorrência, o Governo francês alterou o regime dos recursos relativos às buscas realizadas pela Administração, ínsito no já analisado artigo L 450-4 do *CC*, prevendo agora esse normativo, na redacção que lhe foi dada pela *ordonnance* n.º 2008-1161, de 13.11.2008²⁵, a possibilidade de se recorrer para o primeiro presidente da *cour d'appel* territorialmente competente, que julga de facto e de direito. Posteriormente, existe ainda recurso, de direito, para a *Cour de cassation*.

Esse duplo grau de jurisdição foi introduzido quer relativamente ao despacho judicial que autoriza a realização das buscas²⁶, quer no tocante ao modo como as mesmas decorrem²⁷. Estes recursos não têm efeito suspensivo.

A referida *ordonnance* contém, ainda, um regime transitório, aplicável retroactivamente às diligências de busca efectuadas antes da sua entrada em vigor²⁸, que permite, *inter alia*, recorrer para a *cour d'appel* de Paris, do des-

25 Consultado in: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=D2FCF7CBB8A523CC2D1F9C84EF51678E.tpdjoo4v_1?cidTexte=JORFTEXT000019758031&dateTexte=20081115. De acordo com o disposto no artigo 38.º da Constituição francesa, é permitido ao Governo, para a execução do seu programa, pedir autorização ao Parlamento para adoptar, através de “*ordonnances*”, medidas que, normalmente, são do domínio exclusivo da Lei.

26 O artigo L 450-4 do *CC* passou a dispor, no seu § 6, que o despacho de autorização das buscas “[...] peut faire l’objet d’un appel devant le premier président de la cour d’appel dans le ressort du juge ayant autorisé la visite et la saisie [...]”. *L’ordonnance du premier président de la cour d’appel est susceptible d’un pourvoi en cassation [...]*”. Esta redacção foi entretanto alterada, em questões de pormenor, pela Lei n.º 2009-526, de 12.05.2009.

27 E o § 12 desse normativo passou a dispor que “[...]e déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l’objet d’un recours devant le premier président de la cour d’appel [...]”. *Le recours n’est pas suspensif. L’ordonnance du premier président de la cour d’appel est susceptible d’un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale [...]*”. Esta redacção foi igualmente alterada pela referida Lei n.º 2009-526.

28 “[...] *Les parties ayant formé, à l’encontre de l’ordonnance ayant autorisé la visite [...] un pourvoi pendant devant la Cour de cassation au jour de la publication de la présente ordonnance disposent d’un délai d’un mois pour interjeter appel de l’ordonnance objet dudit pourvoi à compter de la date de publication de la présente ordonnance [...]*. *Cet appel vaut désistement du pourvoi en cassation. Si l’autorisation de visite et saisie n’a pas fait l’objet d’un pourvoi en cassation ou si cette autorisation a fait l’objet d’un pourvoi en cassation ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la Cour de cassation, un recours en contestation de l’autorisation est ouvert devant la cour d’appel de Paris [...] hormis le cas des affaires ayant fait l’objet d’une décision irrévocable à la date de publication de la présente ordonnance. Lorsque est pendant devant la Cour de cassation un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d’appel de Paris [...] les parties ont la faculté de demander le renvoi à la cour d’appel de Paris pour l’examen d’un recours en contestation de*

pacho judicial que autorizou as buscas, conjuntamente com o recurso interposto, nos termos do artigo L 464-8 do *CC*, da decisão final da *Autorité de la concurrence* (nos casos de não ter existido recurso, daquele despacho, para a *Cour de cassation* ou ter sido o mesmo julgado improcedente).

1.3. Conclusões do TEDH nos dois acórdãos em análise

O Tribunal considerou que as empresas devem poder interpor recurso, quer relativamente à regularidade da autorização judicial, quer no tocante ao modo como decorreram as diligências em causa. É entendimento do TEDH que os recursos colocados à disposição das empresas devem permitir, em caso de detecção de irregularidades, obstar à realização das diligências, ou, caso as mesmas já se tenham realizado, exigir reparação adequada.

Ora, na medida em que, nos casos em apreço, as empresas só puderam interpor recurso perante a *Cour de cassation*, a qual só julga matéria de direito, não lhes foi possível obter um (re)exame sobre a matéria de facto subjacente ao pedido de autorização judicial. Pelo que o Tribunal concluiu que o recurso para aquela instância, relativamente à autorização das diligências de busca, não garante um controlo jurisdicional efectivo à luz do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção²⁹.

Pese embora o Tribunal reconheça que as alterações introduzidas pela *ordonnance* n.º 2008-1161 tenham permitido novas vias de recurso³⁰, conclui que as disposições transitórias (retroactivas) constantes dessa *ordonnance*, já *supra* analisadas e aplicáveis, segundo o entendimento do TEDH, a ambos os casos em apreço, fazem depender a possibilidade de recurso perante a *cour d'appel* de Paris aí contemplada, do recurso que venha, hipoteticamente, a ser

l'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention", conforme § IV do artigo 5.º dessa *ordonnance*.

29 Cf. caso *Primagaz*, § 24 e § 25. A garantia de acesso aos tribunais é um princípio estruturante do Estado de Direito, tendo como conteúdo essencial a garantia da via judiciária, atribuindo aos cidadãos um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos (neste sentido, cf. Gomes Canotilho, 2007: 496). Não basta uma consagração substantiva dos Direitos Humanos para assegurar a sua efectiva protecção, é antes necessário que se estabeleçam garantias processuais fundamentais, que reforcem os mecanismos de salvaguarda desses direitos (cf. Barreto, 2010: 142). Ainda e conforme refere Poças, 2010: 21, o "direito real e efectivo ao recurso é um elemento estruturante do Estado de Direito Democrático", só se podendo falar em Estado de Direito quando, neste caso, as empresas têm direito a que a sua causa seja reapreciada por uma outra instância jurisdicional. Sobre o direito ao recurso, cf. também Aguilar, 2006: 305.

30 Aplaudindo o facto de as autoridades francesas terem sabido tirar as devidas consequências da jurisprudência *Ravon* para o direito da concorrência, cf. acórdão *Canal Plus*, § 38, e acórdão *Primagaz*, § 26.

interposto da decisão final da *Autorité de la concurrence*, o que, de forma evidente, confere um carácter de incerteza a esta via de recurso³¹.

Acresce, ainda, que o facto de a decisão da *Autorité de la concurrence* vir a ser adoptada vários anos depois da realização das diligências de busca³² não assegura às empresas uma reparação adequada dos prejuízos que, porventura, se apure judicialmente que aquelas tenham sofrido por virtude de tais diligências, desde logo, porque não confere a certeza, na prática, de obtenção de um controlo jurisdiccional efectivo em prazo razoável³³.

O que significa que, no entendimento do TEDH, o referido regime constante das disposições transitórias da *ordonnance* n.º 2008-1161 não responde às exigências do disposto no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção³⁴.

E em resposta à alegação do Governo francês de que o disposto no artigo L 450-4, § 12, do *CC* (na redacção vigente à data dos factos) asseguraria às empresas, *per se*, o direito a um recurso efectivo, o TEDH afirma que se essa via de recurso permitia controlar a regularidade do decurso das diligências pelo juiz que as autorizou, não garantia, no entanto, um controlo jurisdiccional efectivo da própria autorização. E relembra que um controlo da forma como se processaram as diligências, efectuado pelo juiz que as autorizou, não permite um controlo independente da regularidade da própria autorização³⁵ – motivo pelo qual, aliás, a *ordonnance* n.º 2008-1161 veio prever a possibilidade de recurso perante um juiz diferente daquele que autorizou as diligências³⁶.

O Tribunal conclui, assim, que as empresas recorrentes viram-se privadas da possibilidade de interpor um recurso jurisdiccional efectivo dos despachos

31 O processo *Canal Plus* ainda se encontra em curso, e no caso *Primagaz*, embora tenha sido dirigida às arguidas uma “*notification de griefs*” (peça processual equivalente à “Nota de Illicitude” elaborada no âmbito dos processos instaurados por violação da Lei n.º 18/2003), o processo acabou por ser arquivado, através de decisão da *Autorité de la concurrence*, de 17.12.2010 (teor integral da decisão disponível in: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=10D36>, consultado em 16.05.2011).

32 No caso *Canal Plus* as buscas realizaram-se, como vimos, em 2005, e em Dezembro de 2010 (mais de cinco anos volvidos) a *Autorité de la concurrence* ainda não tinha proferido a decisão final.

33 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 40, e acórdão *Primagaz*, § 28.

34 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 41.

35 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 42.

36 Cf. acórdão *Canal Plus*, § 43.

que autorizaram as diligências, não tendo também obtido uma decisão em prazo razoável³⁷.

No entendimento do TEDH, só estamos perante um recurso jurisdicional efectivo se *i)* o tribunal de recurso não só analisar o direito, como reapreciar a matéria de facto; *ii)* através de um recurso autónomo; *iii)* apreciado por juiz diferente daquele que autorizou as diligências; e *iv)* que permita obter uma decisão em prazo razoável.

Podemos, pois, concluir, que, nos termos e com os fundamentos aduzidos ao longo dos dois arestos sumariamente *supra* analisados, o Tribunal considerou existir, nos casos em apreço, violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, porquanto *i)* no tocante ao recurso relativo ao modo como as diligências decorreram, o facto de o controlo jurisdicional das mesmas ser efectuado pelo juiz que as autorizou não permite um controlo independente da regularidade daquela autorização; e *ii)* no que se refere ao recurso do despacho de autorização das buscas, o facto de as empresas só terem a possibilidade de recorrer do direito aplicável – não podendo, pois, suscitar a reapreciação da matéria de facto – não preenche os requisitos de um recurso jurisdicional efectivo à luz da Convenção; e a possibilidade de recurso da matéria de facto estar dependente, e ser simultânea, ao recurso que as empresas venham a interpor da decisão final (condenatória) proferida no âmbito do processo em causa, viola a exigência de se obter uma decisão em prazo razoável, e não permite a exigida certeza quanto à admissibilidade de recurso.

1.4. Posição da *cour d'appel* de Paris relativamente à recente jurisprudência do TEDH

No âmbito de dois recentes acórdãos, de 13 e 27.01.2011, proferidos em sede de um mesmo processo³⁸, a *cour d'appel* de Paris pronunciou-se sobre o

37 Para Irineu Cabral Barreto, “o prazo razoável apresenta-se como uma questão de facto; por isso, o ónus da prova recai sobre o Estado requerido, incumbindo-lhe, quando o prazo parecer exorbitante, fornecer as explicações sobre os motivos dos atrasos verificados” (cf. Barreto, 2010: 184). Sobre a incumbência do Estado de organizar o seu sistema judiciário de forma à obtenção de decisões definitivas em prazo razoável, cf. acórdão *Vocaturo*, de 24.05.1991, § 17, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=vocaturo&sessionid=71515440&skin=hudoc-en> e acórdão *Cocchiarella*, de 5.03.2006, § 119, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Cocchiarella&sessionid=71515724&skin=hudoc-en>, consultados em 26.05.2011.

38 Nesse processo, denominado de “*betão pronto*”, estava em causa, de entre o mais, a arguição, pelas arguidas, da nulidade do despacho judicial que autorizou a realização de buscas às suas sedes. No primeiro destes acórdãos, a *cour d'appel* de Paris decidiu – atendendo à recente jurisprudência do TEDH (os dois

alcance da jurisprudência do TEDH que sumariámos. *In casu*, a *Autorité de la concurrence* já tinha proferido uma decisão condenatória, da qual as arguidas interpuseram recurso.

As partes tinham alegado, de entre o mais, que as disposições transitórias da *ordonnance* n.º 2008/1161 não permitiam “*um recurso efectivo*” à luz do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção (cf. pág. 16, § 1, do acórdão de 27.01.2011).

A *cour d’appel* de Paris considera que a questão da existência, ou não, de um recurso efectivo deve ser apreciada de forma “*concreta e especial*”: no caso em apreço já não existia incerteza quanto à possibilidade de recurso, na medida em que a *Autorité de la concurrence* já tinha proferido uma decisão final condenatória; pelo que, no entendimento da *cour*, as arguidas “*tinham a certeza de obter um controlo jurisdicional efectivo de despacho de autorização das buscas, em prazo razoável*”. E que a incerteza da possibilidade de recurso, indicada pelo TEDH relativamente às disposições transitórias da *ordonnance* de 2008, só se refere às situações em que as empresas ainda não foram alvo de uma decisão condenatória e, como tal, ainda não puderam interpor recurso sobre o mérito da causa (pág. 17, § 2, do acórdão de 27.01.2011).

A *cour d’appel* não vem, pois, questionar a posição do TEDH quanto às disposições transitórias constantes da *ordonnance* de 2008, mas tão só considerar que as mesmas, atendendo exactamente aos fundamentos explanados pelo Tribunal nos acórdãos de Dezembro de 2010, não se aplicavam ao caso em apreço, contrariamente ao alegado pelas empresas arguidas nesse processo.

2. O regime jurídico português relativo a buscas e apreensões efectuadas pela Autoridade da Concorrência

Aqui chegados, vejamos então, de acordo com o objectivo do presente trabalho³⁹, se, contrariamente ao que sucedeu no sistema francês⁴⁰, no sistema

acórdãos que temos vindo a analisar) e às suas possíveis repercussões no processo em juízo – suspender a audiência para permitir à *Autorité de la concurrence*, enquanto parte interessada, pronunciar-se sobre aquela jurisprudência (cf. acórdão de 13.01.2011, pp. 6-7). Os referidos acórdãos da *cour d’appel* de Paris encontram-se disponíveis in: www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca4_bpe_13jan11.pdf e www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca5_97d39_27jan11.pdf; ambos consultados em 31.05.2011. Estes acórdãos encontram-se unicamente disponíveis em língua francesa, sendo a sua adaptação para língua portuguesa da responsabilidade das autoras.

39 E mantendo a ressalva anterior quanto a não ser nossa intenção proceder a um rigoroso estudo de direito comparado.

40 Maria Helena Brito afirma, a outro propósito – o da existência de conflitos entre normas de diferentes ordenamentos jurídicos, possibilitando a existência do direito internacional privado –, que para comparar normas de diferentes ordenamentos é necessário, e suficiente, que exista uma semelhança valorativa ou

jurídico português que disciplina o regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência, as empresas alvo dessas diligências têm a possibilidade de interpor um recurso jurisdicional efectivo sobre o despacho judicial que as autoriza, bem como relativamente à forma como as mesmas decorreram, obtendo uma decisão em prazo razoável⁴¹.

2.1. As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência

Compete à Autoridade da Concorrência, enquanto garante da legalidade, vigiar o mercado e o comportamento dos vários agentes económicos⁴², dispondo, para o efeito, de poderes de supervisão e sancionatórios e, de entre estes, de poderes de investigação e decisão.

A Lei n.º 18/2003 equipara a Autoridade da Concorrência aos órgãos de polícia criminal⁴³, e confere-lhe, *inter alia*, poderes para proceder a buscas nas instalações das empresas (artigo 17.º, n.º 1, alínea c)), dependendo a sua realização de despacho da competente autoridade judiciária. No entanto, e

funcional do conteúdo jurídico dos institutos integrados nas várias ordens jurídicas em apreço. Neste caso, e apesar da, como veremos, divergente solução consagrada nos dois regimes legais em análise, em ambos os sistemas se visou consagrar um controlo jurisdicional das medidas praticadas pela Administração, no âmbito da investigação de processos por violação das normas da concorrência (cf. Brito, 2011: 122).

41 Tem sido entendimento da jurisprudência do TEDH que o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção se aplica em sede contra-ordenacional. E “*tal entendimento não surge por qualquer interpretação extensiva ou análogica por referência aos processos disciplinares (nomeadamente militares) da jurisdição austríaca (acórdão Engel vs. Holanda - 1976) ou contravenacional da jurisdição francesa (acórdãos Peltier vs. França e Malige vs. França), o que sempre seria possível, [mas] sim por referência à própria legislação alemã sobre contra-ordenações (Ordnungswidrigkeiten). De facto [...] o tribunal veio a delimitar [...] [e] acabou por concluir que o artigo 6.º da Convenção era aplicável [aos processos de contra-ordenação]*” (cf. acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.10.2008, processo n.º 144\11/08-1, in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/47628d842b640538802574f7003c50f9?OpenDocument>, consultado em 31.05.2011). Como refere Miguel Moura e Silva, o legislador português optou por enquadrar as infracções às regras da concorrência como contra-ordenações, logo desde o primeiro regime legal da concorrência, em 1983. Nessa altura, “*o regime dos ilícitos de mera ordenação social era ainda recente, tendo sido [...] objecto de uma profunda reestruturação, volvidos escassos três anos após a sua consagração legislativa em 1979*”. De acordo com este Autor, tal “*enquadramento tornou o direito sancionatório relativo a ilícitos concorrenciais dependente da filosofia geral do direito das contra-ordenações e, por sua vez, da sua incerta localização entre o direito administrativo sancionatório e o direito penal e processual penal*” (Moura e Silva, 2008: 155).

42 Neste sentido, cf. Costa Ramos, 2005: 10.

43 O artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 dispõe, de entre o mais, que a “*Autoridade, através dos seus órgãos ou funcionários, goza dos mesmos direitos e faculdades e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de polícia criminal [...]*”.

diversamente do que sucede com os órgãos de polícia criminal, a Autoridade não actua sob a direcção e na dependência de uma autoridade judiciária⁴⁴.

Causou alguma celeuma o facto de ser o Ministério Público a entidade competente para emitir o mandado de autorização das buscas levadas a cabo pela Autoridade. No entanto, e na medida em que as buscas realizadas na sede/instalações das pessoas colectivas não são buscas domiciliárias⁴⁵, a entidade competente para as autorizar, ordenando a emissão dos competentes mandados, é o Ministério Público, nos termos do artigo 267.º do Código de Processo Penal (CPP)⁴⁶.

O facto de as buscas dependerem de despacho do Ministério Público garante integralmente os direitos das empresas envolvidas, na medida em que estamos perante uma autoridade judiciária cuja actividade é pautada pela conformidade à Constituição, e por critérios de legalidade e objectividade⁴⁷.

Uma vez que a Autoridade da Concorrência solicita autorização para a realização das buscas através de requerimento fundamentado (nos termos do n.º 2 do artigo 17.º da Lei da Concorrência), o Ministério Público tem possibilidade de “*aferir da necessidade e proporcionalidade da diligência solicitada, sendo certo que se não ficar convicto de que há indícios da prática de um ilícito e de*

44 Tal facto não impede que a realização da investigação e a prática de actos por funcionários da Autoridade se dêem no mesmo quadro dos levados a cabo pelos funcionários das entidades de polícia criminal (cf. neste sentido, Mendes Pereira, 2009: 229; e Rodrigues, 2009: 70).

45 Por economia de tempo e delimitação do tema, não nos debruçaremos sobre a problemática inerente à qualificação das buscas efectuadas na sede das empresas como buscas não domiciliárias. Para desenvolvimento desta problemática, entre muitos outros, cf. Martins da Fonseca, que considera que o conceito de domicílio abrange, tão só, a “*casa ou parte da casa que um indivíduo ocupa de facto, num dado momento, para aí viver só ou com a sua família*” (Cupello, 2002: 22); no mesmo sentido, Sanchez Aguilar, 1998: 83; e Rodrigues, 2009: 73-75 e doutrina aí citada.

46 Neste sentido, cf. Costeira, 2007: 29. E também a jurisprudência se pronunciou neste sentido: “[q]uando o artigo 174.º, n.º 2 [do CPP] faz depender as buscas de prévio despacho da autoridade judiciária competente, está-se a referir ao Ministério Público (cf. artigo 267.º [do CPP] e, quanto à definição de autoridade judiciária, artigo 2.º [do CPP])” (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 2.05.2007, 2.º juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB).

47 No sentido de as buscas não domiciliárias poderem ser autorizadas pelo Ministério Público, *inter alia*, cf. Gonçalves, 2000: 206. No mesmo sentido já se pronunciou o Tribunal Constitucional, afirmando que “o n.º [8] do artigo 32.º da Constituição só considera nulas [...] as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada. Ora, sendo as [...] buscas não domiciliárias – no âmbito, é claro, do inquérito – autorizadas ou ordenadas pelo Ministério Público – que é uma ‘autoridade judiciária’, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º do Código [de Processo Penal] – e especificando-se nos n.º 1 e n.º 2 do artigo 174.º os casos em que elas são admitidas, não se vê que estejamos em presença de uma intromissão abusiva na vida privada” (cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9.01.1987, processo n.º 302/86. Também, no mesmo sentido, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/08, processo n.º 397/08; ambos disponíveis in: www.tribunalconstitucional.pt).

*que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes, não autorizará a diligência*⁴⁸.

O regime legal relativo às buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência consta do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, e, no omissivo, do direito subsidiário do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO)⁴⁹, e, por remissão deste, das pertinentes disposições (devidamente adaptadas) do CPP⁵⁰.

De acordo com o artigo 17.º da Lei da Concorrência, a Autoridade, em sede de buscas, pode examinar, recolher e apreender “*cópias ou extractos da escrita e demais documentação [das empresas envolvidas] quer se encontre ou não em lugar reservado ou não acessível ao público [...]*” (alínea *c*) do n.º 1) e proceder “*à selagem dos locais das instalações das empresas em que se encontrem [...]* elementos da escrita ou demais documentação, durante o período e na medida estritamente necessária à realização da[quela]s diligências [...]” (alínea *d*) do n.º 1).

Os funcionários da Autoridade que efectuarem as buscas serão portadores de credencial emitida pelo Conselho da Autoridade da Concorrência⁵¹, da qual conste a finalidade da diligência, e do já referido despacho emitido pela entidade judiciária para o efeito competente, o Ministério Público (nos termos da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 17.º da Lei da Concorrência).

Vejamos, então, quais as vias de recurso de que dispõem as empresas alvo de buscas, para aferirmos, posteriormente, da sua compatibilidade com o preceituado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção.

48 Cf. Costeira, 2007: 31. Ou, como resulta de jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, “[a] decisão do Ministério Público [...] é de autorizar ou não a diligência, fazendo um controlo prévio da respectiva necessidade e oportunidade” (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 12.09.2007, processo n.º 219/07.3TYLSB, do 3.º Juízo, p. 9).

49 O artigo 22.º, n.º 1, da Lei da Concorrência manda aplicar, subsidiariamente, aos processos relativos a práticas proibidas, o regime geral das contra-ordenações. O RGCO foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro.

50 O artigo 41.º do RGCO dispõe que “[s]empre que o contrário não resulte d[aque]l[e] diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo penal”. O regime das buscas não domiciliárias encontra-se disciplinado no artigo 176.º do CPP, e as apreensões, nos artigos 178.º a 182.º desse Código.

51 Na medida em que, como vimos, *in casu*, pese embora a execução das buscas dependa da obtenção do competente mandado emitido por entidade judiciária, a decisão de executar tal diligência compete à própria Autoridade da Concorrência (no sistema francês, essa decisão compete, actualmente, ou à *Autorité de la concurrence*, através do seu *rapporteur général*, ou ao *ministre chargé de l'économie*, nos termos do artigo L 450-4 do CC).

2.2. As possibilidades de reacção judicial contra a autorização de realização de diligências de busca e/ou contra o modo como as mesmas decorreram

No direito interno, a primeira fonte a perscrutar é a própria Lei Fundamental. A Constituição (CRP) inclui expressamente no seu artigo 32.º, n.º 1⁵², o direito ao recurso, enquanto garantia de defesa assegurada no processo penal (e, *mutatis mutandis*, contra-ordenacional⁵³), sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que “o direito ao recurso constitucionalmente consagrado compreende tanto o recurso sobre a matéria de direito como o recurso sobre a matéria de facto”⁵⁴.

A nível *infra* constitucional, rege o disposto na Lei da Concorrência que, relativamente à possibilidade de recurso, refere que: *i)* “[d]as decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo” (artigo 50.º, n.º 1); e *ii)* “[d]as demais decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela Autoridade cabe recurso para o mesmo Tribunal, com efeito meramente devolutivo, nos termos e limites fixados no n.º 2 do artigo 55.º do [RGCO]”⁵⁵ (artigo 50.º, n.º 2).

52 Desde a Revisão Constitucional de 1997. Decorre, ainda, directamente da Constituição que a “*todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*” e que todos “*têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*” (artigo 20.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP).

53 E faz sentido *importar* para o regime contra-ordenacional a garantia (constitucional, e processual penal) de direito ao recurso, na medida em que, cada vez mais, o direito de mera ordenação social vai surgindo “*como um direito sancionatório de carácter punitivo; com um acervo de sanções cada vez mais gravosas quer no seu quantum, quer na sua natureza (sanções acessórias restritivas de direitos, [...], encerramento de estabelecimentos, etc. [...])*” (neste sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.10.2008, processo n.º 1441/08-1, in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/47628d842b640538802574f7003c50f9?OpenDocument>, consultado em 31.05.2011). O que quer significar que, apesar das diferenças dogmáticas entre o direito penal e o direito contra-ordenacional, se esbatem os contornos de ambos os ramos do direito, designadamente do lado sancionatório, impondo-se, pois, um maior rigor em certos aspectos basilares, nestes avultando os direitos de defesa. O legislador concebeu “*um conjunto de garantias protectoras dos interesses em presença – de um lado, os do Estado na perseguição e punição dos prevaricadores da lei e, de outro, os dos particulares no direito a um processo justo – arquitectando expedientes vários destinados a reagir eficazmente às decisões desconformes com a lei e com os princípios estruturantes da comunidade [...]* erigindo-se o RECURSO como o de maior nobreza e latitude” (Simas Santos & Leal-Henriques, 2007: 17).

54 Poças, 2010: 21.

55 O artigo 55.º, n.º 2, do RGCO esclarece que não são susceptíveis de impugnação judicial (por parte do arguido ou da pessoa contra as quais se dirigem) as “*medidas que se destinem apenas a preparar a decisão final de arquivamento ou aplicação de coima, não colidindo com os direitos ou interesses das pessoas*”.

O RGCO, que se aplica, como vimos, subsidiariamente aos procedimentos contra-ordenacionais instaurados pela Autoridade da Concorrência, dispõe a esse respeito que “[a]s decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo são susceptíveis de impugnação judicial por parte do arguido ou da pessoa contra as quais se dirigem” (artigo 55.º, n.º 1).

Assim, as empresas visadas pelas diligências de busca e apreensão efectuadas pela Autoridade da Concorrência podem interpor recurso, de facto e de direito, para o Tribunal de Comércio de Lisboa das decisões da Autoridade da Concorrência relativas a essas diligências⁵⁶.

Aliás, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou ser “claro que o Tribunal de Comércio funciona como Tribunal de recurso das decisões da Autoridade da Concorrência, quer decisões finais, quer despachos ou medidas adoptadas [...]. [O] legislador não pretendeu que a matéria relativa a buscas ou outros actos que atingem os direitos da empresa ficassem excluídos da competência do Tribunal de Comércio, em função da natureza da matéria a apreciar [...]. [T]em competência para apreciar a irregularidade do acto que constitui meio de obtenção de prova o tribunal que tem competência para apreciar a decisão final cujo suporte probatório se estriba (também) nesse acto”. E, como se refere nesse mesmo aresto, “não se diga que o facto da matéria relativa a buscas ser da competência do Tribunal de Comércio diminui ou sequer belisca os direitos, liberdades e garantias da requerente. A matéria será sempre apreciada por um juiz de direito, e qualquer órgão de soberania jurisdicional é um garante das liberdades e garantias constitucionalmente consagradas” (p. 11)⁵⁷.

O Tribunal de Comércio de Lisboa, decide, nestes casos, em última instância, nos termos do disposto no artigo 55.º, n.º 3, do RGCO⁵⁸.

Pese embora as empresas não possam interpor recurso judicial do despacho de autorização das diligências, proferido pelo Ministério Público, já aconteceu terem arguido nulidades do despacho do Ministério Público junto da

56 Como se lê em Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, “a própria busca e, em especial a apreensão, podem [...] ser qualificadas como medidas, delas sendo possível recorrer, impugnando judicialmente, v.g., a decisão de apreensão [...]. Se o visado pela busca entender interpor um recurso de impugnação judicial [...] ele poderá e deverá ser apreciado pelo tribunal competente, no caso o Tribunal de Comércio de Lisboa” (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º Juízo).

57 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17.01.2007, processo n.º 5807/06-5, 5.ª secção, pp. 10-11.

58 Vide, neste sentido, sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10.07.2009, Processo n.º 220/07.7TYLSB (1.º Juízo), p. 1; e sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, Processo n.º 572/07.9TYLSB (3.º Juízo), p. 2.

própria Autoridade, bem como terem sucessivamente recorrido para o Tribunal de Comércio de Lisboa da decisão da Autoridade que indeferiu a arguição das nulidades, sendo que o Tribunal de Comércio de Lisboa conheceu dessas nulidades em diversos casos⁵⁹.

Para além disso, as empresas podem, ainda, arguir, perante a própria Autoridade, eventuais nulidades e/ou irregularidades que ocorram (ou que as empresas julguem ocorrer) no decurso das buscas.

E da decisão da Autoridade da Concorrência que indefira a arguição das nulidades/irregularidades, as empresas podem, ainda, recorrer judicialmente para o Tribunal do Comércio de Lisboa. Neste sentido já se pronunciou esse Tribunal: “*no caso de os visados pretenderem arguir nulidades e/ou irregularidades de buscas e apreensões efectuadas pela [Autoridade] no âmbito de processos de contra-ordenação, devem dirigir tal requerimento à própria [Autoridade], a qual decidirá, sendo tal decisão susceptível de impugnação judicial junto do Tribunal de Comércio de Lisboa [...]. Tratando-se de um recurso de plena jurisdição, fica assim assegurado o pleno controlo da legalidade dos actos praticados pela*” Autoridade da Concorrência⁶⁰.

A arguição das nulidades e irregularidades deve ser efectuada, sob pena de sanção, nos prazos expressamente previstos no CPP⁶¹.

Na prática, os recursos judiciais interpostos pelas arguidas podem ter como fundamento algum vício do mandado (cuja ordem de emissão é dada no despacho do Ministério Público que fundamenta a autorização da realização das diligências)⁶².

Foi, aliás, o que sucedeu no âmbito de alguns recursos interpostos por empresas visadas por diligências de busca efectuadas pela Autoridade. Nomeadamente, no âmbito de um recurso interposto para o Tribunal de Comércio em 2007, uma das arguidas/recorrentes alegou, de entre o mais, “*que as medidas ordenadas pelo Ministério Público e as provas obtidas a coberto do mesmo são*

59 Vide, neste sentido, sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 24.04.2007, Processo n.º 97/06.0TYLSB (3.º Juízo), p. 1-2; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 16.06.2008, Processo n.º 570/07.2TYLSB (1.º Juízo), p. 1; e sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, Processo n.º 572/07.9TYLSB (3.º Juízo), p. 2.

60 Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, 3.º juízo, processo n.º 572/07.9TYLSB, p. 32-33.

61 Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10.03.2008, 2.º Juízo, processo n.º 571/07.0TYLSB, p. 5.

62 Refira-se, a título de mera curiosidade, que nenhum recurso foi interposto por qualquer arguida relativamente às diligências de busca e apreensão realizadas pela Autoridade nos anos de 2009, 2010 e 2011.

nulas [...] na medida em que extravasam em muito as diligências previstas no [...] artigo 17.º [da Lei n.º 18/2003] já que abrangem correspondência [...]”⁶³.

O Tribunal de recurso tem apreciado as questões suscitadas pelas empresas, transcrevendo-se, nesse sentido, pela sua pertinência, parte da mesma sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa: “*afigura-se ao tribunal que em concreto [...] a arguida suscita a nulidade do próprio despacho do Ministério Público e dos mandados emitidos na sequência do mesmo [...]; não estamos a analisar a validade das provas obtidas através das buscas [...] mas sim a validade intrínseca do despacho que as ordenou e dos mandados emitidos [...]. A decisão do Ministério Público que ordena/autoriza as buscas é, indiscutivelmente, um acto decisório do Ministério Público, ou seja, um despacho que reveste os requisitos formais dos actos escritos e é sempre fundamentado de facto e de direito [...]. Assim, o despacho, no caso concreto, tem de especificar quais as diligências ordenadas e porque é que as mesmas se justificam, sendo estes elementos parte integrante da sua fundamentação [...]. Não há nenhum preceito que comine com a nulidade o despacho do Ministério Público que determine a realização de buscas [...], [1]ogo, vigorando em processo penal o princípio da tipicidade das causas de nulidade [...] é forçoso concluir que a existir algum vício no despacho do Ministério Público o mesmo assumiria a feição de uma mera irregularidade [...]. Em suma, a existir algum vício o mesmo constituiria uma mera irregularidade que, por não ter sido arguida no prazo legal, se considera sanada” (p. 25 e ss.)⁶⁴.*

De notar, ainda, que os fundamentos invocados pelas arguidas relativamente a pretensos vícios da autorização emitida pelo Ministério Público têm-se referido, *a fortiori*, ao facto de as mesmas considerarem a sua sede social como domicílio (com o inerente regime garantístico)⁶⁵ e a documentação apreendida como correspondência (só podendo esta ser apreendida mediante autorização do juiz de instrução criminal)⁶⁶, bem como à falta de fundamentação do mandado.

63 Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 2.05.2007, 2.º juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB, p. 24. No mesmo sentido, cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 16.06.2008, 1.º juízo, processo n.º 570/07.2TYLSB, p. 1-2.

64 No mesmo sentido, cf. também, sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 24.05.2007, 3.º juízo, processo n.º 97/06.0TYLSB, onde se lê que “*a primeira questão que se coloca [...] é se [o] despacho do Ministério Público e [o] mandado emitido na sequência do mesmo [...] viola[m] directamente” os artigos 32.º e/ou 34.º da CRP.*

65 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 10.07.2009, processo n.º 220/07.7TYLSB, 1.º Juízo.

66 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º Juízo.

Outros motivos foram ainda invocados pelas empresas alvo de diligências de busca realizadas pela Autoridade, tais como a falta de consentimento da empresa na realização das buscas⁶⁷, a omissão de menções obrigatórias nos mandados de busca e nas credenciais⁶⁸, a necessidade de constituição das empresas como arguidas⁶⁹, a omissão de várias menções nos mandados de busca e nas credenciais (impugnabilidade, prazo de recurso, objecto e finalidade da diligência⁷⁰), a violação do princípio da proporcionalidade⁷¹.

Na medida em que existe, como vimos, possibilidade de as empresas visadas pelas diligências de busca recorrerem, de forma autónoma, na sequência dessas diligências, não ficam na incerteza de poderem, ou não, recorrer⁷², e obtêm uma decisão em “*prazo razoável*”⁷³, não tendo de aguardar que a Autoridade da Concorrência decida, a final, sobre o mérito do processo.

O direito à decisão em prazo razoável, um dos componentes do direito a um processo equitativo, tem um “*lugar [...] eminente numa sociedade democrática*” (Lopes, 2009: 142), garantindo credibilidade e eficácia à própria administração da justiça⁷⁴.

67 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 10.07.2009, processo n.º 220/07.7TYLSB, 1.º juízo.

68 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 16.06.2008, processo n.º 570/07.2TYLSB, 1.º juízo; e sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB.

69 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 16.06.2008, processo n.º 570/07.2TYLSB e sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2008, processo n.º 572/07.9TYLSB, 1.º juízo.

70 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º juízo.

71 Cf. sentença do Tribunal de Comércio, de 06.12.2007, processo n.º 572/07.9TYLSB, 3.º juízo.

72 Note-se que nada obsta a que, depois de instaurado um procedimento contra-ordenacional nos termos do artigo 24.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, e de efectuadas diligências de busca e apreensão, a Autoridade, caso não consiga coligir prova bastante da consumação da infracção ou da responsabilidade da arguida, archive o procedimento em causa. O que, a suceder, inviabiliza a interposição de recurso por parte da arguida, da decisão final da Autoridade. E daí a importância da solução, consagrada no nosso regime legal, de permitir às empresas visadas por diligências de busca, subsequentemente à realização das mesmas, a interposição de recurso autónomo para o Tribunal de Comércio de Lisboa (e, da decisão deste, para o Tribunal da Relação de Lisboa).

73 Sobre o conceito de prazo razoável e sua importância, cf. Aguilar, 2006: 308 ss.. Para aferição dos requisitos estabelecidos pelo TEDH para determinar a razoável duração do processo, cf. Pinho, 2009: 18-24.

74 Nos casos portugueses julgados pelo TEDH em que foram analisados os requisitos de “*prazo razoável de decisão*”, nunca esteve em causa o prazo de decisão sobre este tipo de questões, mas a delonga na conclusão dos próprios processos (penais) (entre outros, cf. Lopes, 2009: 142). Os órgãos da CEDH consideram que a natureza do processo, o comportamento dos requerentes e a actuação das autoridades competentes são os critérios gerais que devem ser levados em conta para apreciar o “*prazo razoável*” (neste sentido, cf. Barreto, 2010: 184), sendo a complexidade do processo a explicação mais razoável para fundamentar um atraso na resolução da causa.

Deixamos aqui, também, uma nota relativamente à questão – invocada pela *Primagaz*⁷⁵, e não apreciada pelo Tribunal – de um mesmo Tribunal, em sede de recurso, se pronunciar, quer sobre a validade das diligências, quer sobre o mérito da causa (concorrendo para a decisão proferida a final da autoridade administrativa, a prova recolhida no âmbito dessas diligências).

Se, como vimos, no regime francês constante das disposições transitórias da *ordonnance* de 2008 cabia à *cour d'appel* de Paris apreciar, em sede de recurso, quer a validade da autorização judicial das diligências de busca, quer o mérito da decisão final da *Autorité de la concurrence*, no nosso sistema recorre-se em primeira instância, como também já vimos, para o Tribunal de Comércio de Lisboa, quer do modo como decorreram as diligências, quer da decisão final da Autoridade da Concorrência.

O facto de ser o mesmo Tribunal, enquanto órgão de soberania, a apreciar ambas as questões, decorre da própria competência atribuída por lei ao Tribunal de Comércio de Lisboa (artigo 50.º da Lei da Concorrência⁷⁶), sendo tal solução sustentada pela jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa⁷⁷.

O Tribunal Europeu não se tem pronunciado sobre esta questão, em sede de análise do artigo 6.º da Convenção, mas tão só sobre o facto de ser o mesmo juiz a intervir em momentos diferentes do processo⁷⁸.

Quanto a esta última questão, a nossa lei interna indica, taxativamente, os casos em que o juiz se encontra impedido, por motivos processuais, de intervir em determinado processo. Nesse sentido, dispõe o artigo 40.º do CPP que “[n]enhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativamente a processo em que tiver: a) aplicado medida de coacção [...]; b) presidido a debate instrutório; c) participado em julgamento anterior; d) proferido ou participado em decisão de recurso ou pedido de revisão anteriores; e) recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta”.

A doutrina tem considerado que o impedimento do juiz que participou em qualquer recurso anterior só “tem justificação material em alguns casos, como por

75 Acórdão *Primagaz*, § 17.

76 A Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto) limita-se a atribuir expressamente competência aos “juízos de comércio” para julgar “[o]s recursos das decisões da Autoridade da Concorrência, em processo de contra-ordenação” [artigo 121.º, n.º 2, alínea b)].

77 Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 17.01.2007, processo n.º 5807/06-5, 5.ª secção, pp. 10-11.

78 Acórdão *Primagaz*, § 30.

exemplo relativamente à intervenção dos mesmos juízes do tribunal de recurso que anularam uma decisão de arquivamento, no julgamento do recurso sobre a condenação do arguido”, mas já não terá fundamento, por exemplo, “quando o juiz do tribunal de recurso, que conhece o recurso interposto do despacho do tribunal de primeira instância de rejeição de constituição como assistente, [é chamado a] intervir no recurso interposto no mesmo processo de uma decisão do tribunal de primeira instância que não admite a intervenção de parte civil”⁷⁹.

Deveria, pois, segundo este entendimento, fazer-se um juízo casuístico, baseado na matéria sobre a qual, em concreto, o juiz é chamado a pronunciar-se em cada uma das fases processuais. E o juiz só estaria impedido se voltasse a pronunciar-se sobre a *mesma questão*.

Certo é que, principalmente em sede processual penal (e, *m.m.*, contra-ordenacional), não competirá ao intérprete distinguir onde o legislador não o fez, pelo que, para bem ser, o juiz do Tribunal de Comércio de Lisboa que apreciou, em sede de recurso, a validade e regularidade das diligências de busca efectuadas pela Autoridade da Concorrência, não deve intervir na apreciação do recurso que vier a ser efectuada por esse mesmo Tribunal sobre a decisão final da Autoridade.

Na medida em que os recursos interpostos das diligências de busca, para o Tribunal de Comércio de Lisboa, dão normalmente entrada nesse Tribunal em momento anterior à prolação da decisão final da Autoridade – e como, tal, em momento anterior a uma eventual interposição de recurso de (hipotética) decisão condenatória – esses despachos são distribuídos como *requerimentos avulsos*, podendo os recursos de várias arguidas ser apreciados por juízos, e juízes, diferentes⁸⁰.

Se um dos juízes que decidiu um desses recursos vier a ser chamado a julgar a impugnação judicial da decisão final da Autoridade, deverá, pois, no nosso entendimento, considerar-se impedido para intervir neste segundo momento⁸¹.

79 Neste sentido, cf. Albuquerque, 2007: 126-127.

80 Como se refere em acórdão da Relação de Lisboa: “sendo interposto um requerimento [...] o mesmo tem de ser objecto de distribuição e só o juiz a quem o processo for distribuído pode, apreciando o mesmo, pronunciar-se [...]. [Nestes casos,] não terá ainda dado entrada em juízo qualquer processo já que as apreensões são normalmente efectuadas no âmbito de processos que estão em fase de investigação” (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17.01.2007, 5.ª secção, processo n.º 5807/06-5).

81 Por nos parecer ser esta a interpretação mais consentânea com a letra e o espírito da lei, e não porque da simples intervenção do juiz em momento anterior resulte, *per se*, uma suspeita de falta de imparcialidade por parte do mesmo. No entanto, a imparcialidade do juiz não importa só uma componente subjectiva (relativa

Analisando a questão à luz da CEDH, a jurisprudência do TEDH não tem sido uniforme na solução alcançada, tendendo, antes, o Tribunal a apreciar casuisticamente o critério do *direito a um tribunal independente e imparcial*.

Assim, se no processo *De Cubber*⁸² o Tribunal entendeu que não se encontrava assegurada a garantia de imparcialidade do Tribunal, em função da intervenção do mesmo juiz em diferentes momentos processuais, já no caso *Hauschildt*⁸³ o Tribunal considerou que podia presidir ao julgamento o juiz que decidira sobre a manutenção da prisão preventiva do arguido.

O critério fundamental do TEDH para aferir da imparcialidade do Tribunal e, como tal, da conformidade ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, é que o “juiz do julgamento não detenha uma opinião preconcebida sobre a culpabilidade do acusado, dado o exercício prévio de funções de acusação ou instrução”⁸⁴.

Questão diversa da que acabámos de analisar é a da apreciação, em sede de recurso, pelo Tribunal de Comércio, no mesmo momento processual, de diversos recursos (ou requerimentos) interpostos por diferentes arguidas. *In casu*, consideramos que os vários requerimentos deveriam ser apensos num só processo⁸⁵, sendo todos decididos pelo mesmo juiz, em prol da celeridade

ao pensamento do julgador em determinada circunstância concreta – esta imparcialidade presume-se –, mas uma componente objectiva “que dissipe todas as dúvidas ou reservas, porquanto mesmo as aparências podem ter importância de acordo com o adágio do direito inglês ‘justice must not only be done; it must also be seen to be done’ [...]” (neste sentido, cf. Barreto, 2010: 194). No mesmo sentido, lê-se em acórdão do Tribunal Constitucional: “o juiz que julga [tem de o fazer] com independência e imparcialidade. E importa, bem assim, que o seu julgamento surja aos olhos do público como um julgamento objectivo e imparcial” (acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 124/90, in DR, II série, n.º 33, de 8.02.1991, p. 1517 ss.).

82 Acórdão do TEDH, de 26.10.84 (A 86), in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=71616740&skin=hudoc-en&action=request>, consultado em 31.05.2011 (§ 25 e § 26). Neste acórdão, o Tribunal considerou que as funções de juiz de instrução eram incompatíveis com as funções de juiz de julgamento, porque o juiz de instrução adquire um conhecimento do processo anterior ao dos seus colegas e, por isso, pode ter já formado uma opinião prévia que venha, eventualmente, a pesar na balança no momento da decisão.

83 Acórdão do TEDH, de 24.05.1989, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=71616740&skin=hudoc-en&action=request>, consultado em 31.05.2011. Neste caso, o Tribunal não entendeu ser violador da Convenção um sistema que acumula nas mãos do mesmo juiz a decisão sobre medidas de instrução, sendo esta realizada pelo Ministério Público e pela polícia, e as de julgamento, e, em princípio, de manutenção de prisão preventiva (também, neste sentido, cf. Barreto, 2010: 196). No entanto, o Tribunal considera que teria de se chegar a solução diversa se, para decidir pela manutenção da prisão preventiva, o juiz tiver de verificar se existem suspeitas particularmente sólidas da prática da infracção.

84 Acórdão *Fey*, do TEDH, de 24.02.1993, § 26, in: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=71616740&skin=hudoc-en&action=request>, consultado em 31.05.2011.

85 Oficiosamente (caso o Tribunal disso se aperceba) ou a requerimento das partes.

processual, da segurança jurídica e da equidade da solução obtida⁸⁶. E sendo todas as questões dirimidas no mesmo *iter* processual, não existem quaisquer preocupações relacionadas com a “*imparcialidade do tribunal*” que possam obstar a esta solução.

2.3. DA COMPATIBILIDADE DO REGIME LEGAL DAS BUSCAS COM O ARTIGO 6.º DA CONVENÇÃO

Como vimos, o TEDH, ao pronunciar-se sobre os vários aspectos do regime francês relativo às possibilidades de recurso das diligências de busca, considera estar-se perante um recurso jurisdicional efectivo, no sentido do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, se *i)* o Tribunal de recurso não só analisar o direito, como reapreciar a matéria de facto; *ii)* através de um recurso autónomo; *iii)* apreciado por juiz diferente daquele que autorizou as diligências; e *iv)* que permita obter uma decisão em prazo razoável.

Ora, da análise que levámos a cabo ao regime das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência, resulta o seguinte:

As diligências de busca realizadas pela Autoridade são autorizadas pela entidade judiciária para o efeito competente, o Ministério Público, através de despacho fundamentado.

Da fundamentação subjacente à realização das diligências, bem como sobre o modo como as mesmas decorreram, cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, que julga de facto e de direito. Este recurso é interposto na sequência da realização das buscas e é tramitado de imediato e de forma autónoma, não se encontrando dependente do recurso que venha, hipoteticamente, a ser interposto de uma eventual decisão condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência no âmbito desse processo.

Ou seja, o Tribunal de Comércio de Lisboa aprecia (de facto e de Direito) – através de um recurso autónomo, que será, em princípio, decidido em prazo razoável – a validade e regularidade das buscas anteriormente efectuadas pela Autoridade da Concorrência, mediante autorização de entidade judiciária (o Ministério Público) diversa daquela a quem cumpre decidir o recurso.

86 Obviava-se, pois, a que incidentes similares, mas deduzidos por empresas diferentes, todas arguidas em um mesmo processo, obtenham soluções díspares, *v.g.*, no que se refere a pedidos de deferimento de prorrogação de prazo de resposta à Nota de Ilícitude.

CONCLUSÕES

Na sequência da análise encetada, verifica-se que os aspectos constantes do regime francês que levaram o TEDH a pronunciar-se no sentido de uma violação ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH não estão presentes no regime português relativo às possibilidades de recurso das buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência.

Pelo que, à luz dos fundamentos invocados pelo TEDH nos dois acórdãos analisados (*Canal Plus* e *Primagaz*) – e sem prejuízo de diferente análise a ser realizada pelo próprio Tribunal, o que até ao momento não sucedeu – podemos concluir, *prima facie*, não existirem fundamentos para que Portugal possa vir a ser condenado por violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Francisco

2006 “Direito ao recurso, grau de jurisdição e celeridade processual”, in *O Direito*, vol. II, n.º 138, pp. 295-311.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

BARRETO, Irineu Cabral

2010 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, Maria Helena

2009 “A utilização do método comparativo em Direito Internacional Privado. Em especial, o problema da qualificação”, in Lebre de Freitas, José *et al.*, (org.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almedina.

COSTEIRA, Maria José

2007 “As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional”, in *Sub Judice*, n.º 40, pp. 27-38.

CUPELLO, Leonardo

2002 *Direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações e dos meios de obtenção da prova no processo penal*, Relatório de Mestrado, Lisboa: FDUL (não publicado).

FERREIRA, Rui Cardona

2007 “Os sistemas de protecção jurisdicional dos direitos humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos”, in *O Direito*, n.º 4, pp. 895-932.

GOMES CANOTILHO, JJ

2007 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, Fernando e outro

2000 *Os tribunais, as polícias e o cidadão – o processo penal prático*, Coimbra: Almedina.

HOMOBONO, Nathalie,

2010 “Le rôle de la DGCCRF en matière de concurrence”, disponível no suplemento electrónico da Revista *Concurrences*, n.º 2, disponível in www.concurrences.com.

LOPES, José Eduardo Gonçalves

2009 *A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – O caso português*, Lisboa: AAFDL.

MARIE, André

2008 “Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles”, in *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 14, disponível in http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/dgccrf/documentation/publications/publications_externes/contributions.htm.

MENDES PEREIRA, Miguel

2009 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

PINHO, Danielle Lopes

2009 *A razoável duração do processo – Uma análise do caso europeu e brasileiro*, Relatório de Mestrado, FDUL: Lisboa (não publicado).

PIRES, Maria José Morais

2006 “Execução dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – o protocolo n.º 14 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra: Coimbra Editora.

POÇAS, Sérgio Gonçalves

2010 “Processo Penal – Quando o recurso incide sobre a decisão da matéria de facto”, in *Julgar*, n.º 10, pp. 21-37.

RAMOS, Vânia Costa

2005 *A Autoridade da Concorrência, uma análise estatutária*, Relatório de Mestrado, Lisboa: FDUL.

RODRIGUES, Sara

2009 *Da Admissibilidade de apreensão de correio electrónico em sede de buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, FDUL.

SANCHEZ AGUILAR, Manuel

1998 *Compendio de derecho procesal*, Madrid: Editorial Montecorvo.

SIMAS SANTOS, M. & LEAL-HENRIQUES, M.

2007 *Recursos em Processo Penal*, 6.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

Acórdão do TEDH, *Société Canal Plus et a. vs. France*, 21.12.2010, 5.^a secção, n.º 29408/08.

Acórdão do TEDH, *Compagnie des gaz de pétrole Primagaz vs. France*, 21.12.2010, 5.^a secção, n.º 29613/08.

Acórdão do TEDH, *Fey vs. Áustria*, de 24.02.1993, n.º 14396/88.

Acórdão do TEDH, *De Cubber vs. Bélgica*, de 26.10.84 (A 86), n.º 9186/80.

Acórdão do TEDH, *Hauschildt vs. Dinamarca*, de 24.05.1989, n.º 10486/83.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9.01.1987, processo n.º 302/86, in www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 160/03, 3.^a secção, de 25.03.2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 593/08, 3.^a secção, de 25.03.2005.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17.01.2007, 5.^a secção, processo n.º 5807/06-5.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.10.2008, processo n.º 1441/08-1.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10.07.2009, processo n.º 220/07.7TYLSB, 1.º Juízo.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 16.06.2008, 1.º juízo, processo n.º 570/07.2TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 04.03.2008, 2.º juízo, processo n.º 571/07.0TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 06.12.2007, 3.º juízo, processo n.º 572/07.9TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 12.09.2007, 3.º Juízo, processo n.º 219/07.3TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 2.05.2007, 2.º juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AUTORIDADES REGULADORAS

*Jorge André Carita Simão**

ABSTRACT: With this paper we aim to offer a contribution in order to achieve two complementary objectives. On the one hand, to clarify the important role that independent regulatory authorities play in society, referring their functions, their powers and prerogatives of authority. On the other hand, to demonstrate and discuss critically the extent to which they may be civilly liable, whenever they exceed the powers granted to them or, on the contrary, in case they do not exercise their supervisory functions, trying to find a solution that marks out, correctly, all the interests involved, as well as all their possible implications.

SUMÁRIO: Introdução. I – A regulação e as Autoridades Reguladoras Independentes 1. O surgimento do Estado regulador: uma breve nota. 2. Os fins da regulação. 3. As Autoridades Reguladoras Independentes. 3.1. As suas origens. 3.2. Os seus poderes. 3.2.1. O poder normativo ou regulamentar. 3.2.2. O poder de supervisão. 3.2.3. O poder parajudicial. 3.2.4. O problema da captura. 3.3. A necessária colaboração entre ARI. II – A responsabilidade civil das Autoridades Reguladoras Independentes. 4. O regime jurídico português. 4.1. Considerações genéricas. 4.2. O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967. 4.3. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. 4.4. O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa. 5. A responsabilidade por acção das Autoridades Reguladoras Independentes. 6. A responsabilidade por omissão das Autoridades Reguladoras Independentes. 7. Síntese conclusiva.

INTRODUÇÃO

O fenómeno da regulação, com a crescente multiplicação das Autoridades Reguladoras Independentes (ARI), tem consubstanciado uma realidade de inegável importância nos últimos anos, sendo hoje um dos temas centrais do

* Mestrando em Direito e Advogado-Estagiário. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

moderno Direito Administrativo e dos modelos de intervenção pública na economia¹.

Estas ARI começaram a ganhar relevo na sociedade com a crescente redução da intervenção directa do Estado na economia, em substituição do reforço do seu papel regulador, tendo permitido a passagem de um paradigma de *Estado-empresário* a um de *Estado-regulador*.

Assim, assistiu-se a uma progressiva “desgovernamentalização”² da função reguladora do Estado, tendo este passado a confiar as tarefas de regulação a ARI, munindo-as de poderes regulamentares, administrativos e sancionatórios.

Com efeito, as ARI gozam de um especial poder de ingerência na esfera das entidades privadas, o qual poderá lesar variados interesses, já que podem efectuar buscas, fiscalizações e investigações em empresas³, afectando o seu património, o dos seus sócios e o dos seus investidores.

Assim, importa ter em consideração o facto de as ARI estarem sujeitas a deveres específicos de cuidado e diligência, já que os seus poderes de fiscalização e investigação poderão conflitar com vários direitos subjectivos⁴.

Só se poderá compreender a essência caracterizadora das ARI após se analisar, nomeadamente, o surgimento do Estado regulador; as finalidades que nortearam a necessidade de existência de uma regulação eficaz do mercado; a intensificação⁵ do fenómeno das ARI; e, ainda, as suas origens, os seus poderes e a necessidade de uma estrita colaboração entre elas.

Seguidamente, aprofundaremos o estudo da responsabilidade civil das ARI, com a enumeração e caracterização dos mecanismos legais relevantes neste âmbito. Uma vez percorridos tais institutos e definido o seu quadro geral de resposta, focaremos a nossa atenção nas duas formas possíveis de responsabilização destas autoridades: por *acção* ou por *omissão*.

1 Sobre este ponto podemos analisar alguns desenvolvimentos doutrinários, nomeadamente: Moreira & Maças, 2003: 9 e ss.; Morais, 2001: 101 e ss.; Sanches, 2000: 5 e ss. e Cardoso, 2002: 15 e ss.

2 Esta expressão é usada por Moreira & Maças (2003: 10).

3 Com efeito, as ARI dispõem de poderes que, no plano processual, são equivalentes aos dos órgãos de investigação (Órgãos de polícia criminal, Ministério Público e, em parte, Juiz de Instrução) no processo criminal, em relação a diversos meios de prova e de obtenção de prova.

4 Albuquerque & Pereira, 2005: 204.

5 Cfr. Wymeersch (2005: 993), onde questiona se não existirá já demasiada regulação no mercado, a qual reduz significativamente a liberdade dos agentes económicos e gera uma fraca concorrência entre eles: “(...) that over-regulation may be a point of concern and that a regulatory pause is needed (...)”.

Por fim, procuraremos extrair uma posição de princípio quanto à possibilidade de se efectivar uma responsabilização civil destas Autoridades.

Creemos ser importante lançar, desde já, algumas questões, cuja resposta tentaremos indagar e clarificar ao longo do texto: será viável proceder-se à responsabilização das ARI e fixar-lhes um dever indemnizatório por *todo e qualquer* dano que estas causem no exercício da sua função? E será viável a sua responsabilização por *qualquer* falha ou deficiente cumprimento dos seus deveres de supervisão?

I – A REGULAÇÃO E AS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

1. O surgimento do Estado regulador: uma breve nota

No início do século XX, abandonada a confiança na auto-suficiência do mercado, sendo posta de parte a ideia da “mão invisível”⁶ resultado das crises cíclicas do capitalismo e do esforço requerido pela I Guerra Mundial, o Estado passou a encarregar-se da regulação do mercado⁷. Desta forma, abandonou o tradicional distanciamento face ao processo produtivo, começando a intervir na vida económica.

Esta intervenção do Estado foi variando ao longo do tempo, passando de uma intervenção directa, em que o Estado produzia para compensar falhas de mercado e assegurava, desse modo, a provisão adequada de bens e serviços, até à fase da actualidade, caracterizada por uma economia de mercado indirectamente intervencionada, isto é, de mercado regulado⁸.

Particularmente na Europa, a partir dos anos 80, assistiu-se a uma privatização gradual de vários ramos da economia, liberalizando-se diversos sectores que, até então, estavam nas mãos do Estado. Isto teve como consequência uma alteração substancial do papel do Estado neste domínio. O seu controlo da economia e a sua prestação directa de um conjunto de serviços foi substi-

6 Conceito criado pelo economista escocês Adam Smith (1723-1790), considerado o “pai” do liberalismo económico. Esta teoria entende que a economia se auto-regula, corrigindo as suas próprias falhas, mediante um funcionamento livre do mercado, balizado entre a liberdade de competição e a imprevisibilidade da lei da oferta e da procura. Para maiores desenvolvimentos sobre este conceito, *vide* Araújo, 2005: 198 e ss.

7 Prata Roque (2009: 375) considera que “a crença quase supersticiosa na mão invisível que embala o mercado conduziu a que a própria opinião pública aceitasse mais facilmente a imposição de limitações e restrições aos agentes económicos por parte de especialistas do sector, designados para o exercício de cargos nessas entidades administrativas independentes (...)”.

8 Roque, 2006: 64.

tuído pelo cenário oposto, em que se foi crescentemente retirando essa “mão directa” do circuito económico⁹.

Houve uma forte tendência de diminuição do tradicional papel do Estado como Estado empresário ou Estado prestador de serviços públicos, passando a haver um substancial reforço da contribuição dos privados nas tarefas de prossecução directa dos fins públicos. Esta primeira fase é normalmente denominada de *desintervenção* do Estado na economia.

A título de exemplo, no domínio económico, assistimos a uma privatização contínua da prossecução dos interesses públicos, sendo os privados chamados a desenvolver, através de um mercado concorrencial, actividades económicas de interesse público e colectivo¹⁰. Efectivamente, assistiu-se a uma consecutiva privatização de áreas tradicionalmente públicas, como eram os correios ou as telecomunicações nacionais e internacionais¹¹.

Numa fase pós-privatização, o Estado abandonou a sua função dirigista e passou a assumir um novo papel, adoptando uma função de controlo e condicionamento da actuação dos privados relativamente às actividades que antes lhe cabiam em exclusivo. Surge assim o *Estado regulador*.

Através desse controlo, o Estado manteve-se indirectamente presente na Economia, assumindo um dever público de vigilância e de garantia do desenvolvimento das actividades económicas que tinham sido privatizadas. Efectivamente, é através desta função que o Estado poderá garantir um regime de livre concorrência dessas actividades, contribuindo para o seu correcto funcionamento¹².

Isto significa que, paradoxalmente, a presença do Estado e da Administração no mercado não se retraiu, o que apenas mudou foi a sua forma de

9 Moreira & Maças (2003: 10) referem que se passa de uma “regulação hostil ao mercado para uma regulação constitutiva e fomentadora do mercado [...] mediante a liberalização e o fomento da concorrência”.

10 Cfr. Figueiredo, 2006: 63.

11 Sanches, 2000: 11.

12 Cfr. Roque, 2006: 65: “De qualquer forma, a liberalização do mercado e a respectiva aplicação de soluções regulatórias precisam de ser postas em prática por políticas e leis da concorrência que sejam sólidas e eficazes, uma vez que são os instrumentos essenciais de que os Estados se socorrem para intervir sobre a actividade económica, procurando assegurar o bom funcionamento do mercado e a protecção dos consumidores”.

intervenção^{13/14}, passando o Estado a assumir nesta nova fase uma função de garantia, a qual possa permitir, nomeadamente, a efectividade da prestação dos serviços, a universalidade do seu acesso, a redução das assimetrias informativas entre quem presta o serviço e o seu cliente.

O Estado, ao deixar de ter uma intervenção directa na economia, não significa que regresse às suas políticas do “*laissez-faire*” e ao capitalismo liberal, mas sim que se verifique um reforço em geral da sua actividade reguladora¹⁵.

Deve ser realçado o facto de alguma actuação pública ser sempre indispensável para a correcção das falhas de mercado, tarefa essa que uma economia liberalizada nunca conseguiu garantir¹⁶.

Este controlo do mercado pelo Estado poderá permitir um maior equilíbrio entre as forças da oferta e da procura, já que dificilmente existem mercados perfeitos, uma vez que cada agente económico procura sempre a maximização do seu benefício e a minimização dos seus custos, mesmo que tal venha a ocasionar uma externalização negativa, isto é, a repercussão de uma desvantagem, não compensada por qualquer vantagem, para um terceiro¹⁷.

2. Os fins da regulação

A regulação económica, entendida como a criação de normas jurídicas que disciplinarão o exercício de algumas actividades, o modo de acesso a certos

13 Maçãs (2006: 22) considera que o Estado abandonou a actividade de produção directa de bens e serviços públicos, a qual passou para a iniciativa dos agentes económicos privados, passando a intervir através da regulação do interesse geral, garantindo a concorrência e a protecção dos interesses dos cidadãos, assumindo o papel de um ente regulador de uma economia crescentemente privatizada e submetida ao mercado.

14 Moreira & Maçãs (2003: 9 e 10) consideram que existiu mesmo, nas duas últimas décadas, uma “verdadeira revolução”, no que toca às relações do Estado com a economia e ao papel e sentido da regulação económica. No mesmo sentido, fazendo referência a um “abandono” do modelo intervencionista do Estado na economia, Albuquerque & Pereira (2005: 207 e 208).

15 Moreira & Marques, 2003: 13.

16 Neste sentido, Figueiredo (2006: 64), constatando ser interessante o debate ideológico subjacente à actuação pública, contrapondo uma visão neo-liberal a uma visão intervencionista.

17 Costa e Silva, 2006: 544. Para mais, cremos que é interessante notar esta dualidade de critérios: os agentes privados apenas se preocupam com o lucro. Contudo, até que ponto é que poderão ser onerados e ter que garantir as funções que sempre foram tipicamente do Estado? Esta parece ser a preocupação fundamental de Prosser (2005: 544 e ss).

bens ou o exercício de certas actividades comerciais^{18/19}, tem como função “regular” (em sentido amplo), i.e. decidir, ordenar e supervisionar toda a actividade privada em cada sector económico de forma a garantir o seu correcto funcionamento²⁰.

Efectivamente, com a regulação nega-se a teoria da “mão invisível”²¹. Através deste mecanismo, o Estado expressa a sua vontade sobre o panorama económico-social, prescindindo do seu papel de actuação como agente económico, ou seja, do seu papel interventor directo²².

No entanto, é com algum cuidado que se deve equacionar o papel regulador do Estado nas economias de mercado. Em princípio, a regulação deve partir de uma identificação das situações onde não existem mercados, onde estes funcionem mal, ou onde a concorrência enfrente limitações severas que sejam contrárias ao interesse da comunidade.

Em primeiro lugar, com a regulação pretende-se corrigir os defeitos e colmatar as falhas que o livre funcionamento do mercado acarreta²³. Assim, o Estado empreende esforços no sentido de defesa e fomento do mercado, de forma a permitir o seu eficaz funcionamento, marcado por critérios de transparência e idoneidade dos agentes económicos²⁴, bem como da regularidade dos seus comportamentos.

18 Albuquerque (1990: 577 e ss.) realça que, em alguns aspectos, é tarefa principal da regulação económica a promoção e defesa da concorrência. Esta teve em vista, primordialmente, a adesão ao Tratado de Roma. Tal processo iniciou-se com o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, o qual foi continuado pelo Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

19 Sobre esta matéria, Cordeiro (2010: 877 e ss.) oferece os seguintes exemplos elucidativos: “Regula-se o mercado do pão para permitir que todos, a ele, tenham acesso; regulam-se os medicamentos para conter os lucros das multinacionais farmacêuticas; regula-se o crédito para salvaguardar a estabilidade dos preços; regula-se o mercado financeiro para atestar a confiança no sistema (...)”.

20 Salvador Martinez, 2002b: 720.

21 Sanches, 2000: 5. Este Autor reforça, ao longo do seu texto, a necessidade da actividade reguladora da economia constituir uma situação excepcional que exige legitimação. Sobre o conceito de “mão invisível”, *vide supra* [n.6].

22 Sobre a crítica económica da regulação e a propósito dos vários significados da palavra regulação, *vide*, Sanches (2000: 14 a 17), onde confessa que: “Se existe regulação em vez da mão invisível temos o tipo de intervenção que vai conduzir a uma economia contemporânea onde mais facilmente se pode encontrar, no lugar desta, a mão confiscadora do Estado que procura obter a resolução dos problemas sociais por meio de uma ampla intervenção na economia e na sociedade. Passamos de mão invisível para uma outra mão com uma natureza largamente ablativa”.

23 Moreira & Maças, 2003: 22.

24 Hancher, Larouche & Lavrijssen, 2003: 358 e 359.

Isto significa que a tarefa do Estado é a de introduzir mecanismos de regulação nos sectores em que persistam desequilíbrios substanciais entre as forças de mercado da procura e da oferta, de forma a que se consiga gerar um equilíbrio que se aproxime do nível concorrencial²⁵, mesmo nos casos de monopólio natural²⁶, fazendo com que as empresas actuem como se estivessem em concorrência, otimizando a eficiência do sector, mediante a promoção dos interesses dos consumidores e dos interesses económico-financeiros das empresas²⁷. Deste modo conseguir-se-á garantir a concorrência entre os agentes do mercado e minimizar os “limites” e “falhas”²⁸ do mercado²⁹.

Em segundo lugar, uma regulação eficaz também permitirá reduzir as “externalidades negativas”, resultado do funcionamento próprio de uma economia liberal, em que cada agente é motivado apenas pela obtenção do lucro máximo, não se preocupando com os custos ambientais ou sociais causados pela sua actividade.

Para mais, também se poderá realçar o papel de protecção dos consumidores, já que se reduzem as assimetrias informativas entre os produtores e consumidores, garantindo uma informação adequada sobre os produtos, a sua qualidade e características³⁰.

Por último, poderemos também assacar à regulação a tarefa de manutenção dos serviços públicos essenciais, os quais deverão continuar a existir após a

25 Sobre este ponto, Leite, 2000: 127 e ss.

26 Os casos de monopólio natural são aqueles em que, por motivos de racionalidade económica e ambiental não se pode estabelecer a concorrência entre uma pluralidade de operadores, sendo essa a única forma de se assegurar um nível de eficiência económica socialmente desejável, aceitando-se apenas um operador no mercado. Veja-se, a título de exemplo, o caso das “indústrias de rede”, como as redes de transporte e distribuição da electricidade, de gás, de água, entre outros. Para maiores desenvolvimentos a respeito do conceito de “monopólio natural” e dos elementos que o distinguem de qualquer outro monopólio, *vide* Araújo, 2005: 605 e ss.

27 Monte, 2009: 243.

28 Podemos enquadrar nas “falhas de mercado” toda e qualquer situação em que exista uma perda absoluta de bem-estar social ou uma transferência de bem-estar social danosa dos interesses da comunidade.

29 O mercado de concorrência perfeita é indiscutivelmente atraente do ponto de vista teórico. Este caracteriza-se pela atomicidade dos produtores no mercado, não conseguindo qualquer um deles influenciar o preço de venda do bem. Nesse ponto de vista, o preço molda-se à disposição de pagar dos consumidores, dando origem à produção e ao consumo em condições de eficiência. Contudo, esta é sempre uma visão demasiado limitada para caracterizar a dinâmica das empresas, já que estas procuram arriscar, inovar, desenvolver novos produtos, experimentar novas formas de produção, investir e crescer. Ainda assim, devemos reter o seu modelo como referência de mercado que funciona bem e que auto-corrige as falhas e imperfeições de mercado.

30 Neste sentido, *vide* Morais, 2001: 102 e Moreira & Marques, 2003: 14.

privatização e liberalização das empresas que eram detidas exclusivamente pelo Estado e que asseguravam tais serviços³¹.

Roque considera que essencial nesta matéria é o que consta do artigo 9.º, alínea *d*) da Constituição da República Portuguesa (CRP), já que este revela a propensão reguladora do Estado em matéria económica e social, ao lhe ser fixada a tarefa fundamental de “promover o bem-estar e qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”³².

Para que seja possível alcançar tais objectivos são, no entanto, necessários elevados poderes de intervenção que possam permitir a certas entidades regular eficazmente o mercado (*v.g.*, mediante a outorga de licenças para se aceder aos mesmos, a inspecção de instalações, infra-estruturas e serviços, a fixação de preços máximos dos produtos, a imposição aos operadores de obrigações de serviço público ou a aplicação de sanções por incumprimento dessas obrigações, entre outros)³³.

É neste contexto que analisaremos em seguida o fenómeno das Autoridades Reguladoras Independentes³⁴.

31 Antoniou (2007: 243), onde refere que a tarefa da regulação é especialmente complexa já que, por um lado, tem de garantir a manutenção dos serviços públicos, de preferência a um nível próximo do concorrencial e, por outro, tem de confiar esses mesmos serviços a entidades privadas.

32 Roque (2004: 31): “Daí que o modo de cumprir o desiderio da disposição constitucional em causa resida na faculdade que o Estado tem de ordenar a vida social, lançando mão do seu poder de autoridade clássico, corporizado nas vias legislativa, judicial e sancionatória, mas também utilizando novas formas de influenciar os destinatários da sua acção, como as vias consensuais e prudenciais”.

33 Dando alguns destes exemplos, Maças, 2006: 22.

34 Veja-se o exemplo da Autoridade da Concorrência, que, de acordo com o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, “é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira” que “tem por missão assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos [seus] Estatutos”. Deste modo, conta, entre as suas atribuições, velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões destinados a promover a defesa da concorrência, fomentar a adopção de práticas que promovam a concorrência, difundir orientações consideradas relevantes para a política de concorrência, entre outros. Para isso, a Lei refere que “[p]ara o desempenho das suas atribuições, a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação”.

3. As Autoridades Reguladoras Independentes

3.1. As suas origens

As ARI³⁵ surgiram nos Estados Unidos da América em finais do século XIX, visando alargar a intervenção do Estado na Economia. Como se tratava de uma sociedade particularmente renitente àquela intervenção, optaram pela introdução deste mecanismo, o qual assentou na independência dos seus membros em face do poder político.

Com efeito, como resultado da manifestação da desconfiança em relação à actuação do Presidente Benjamin Harrison e da sua Administração relativamente à política de transportes, o Congresso dos Estados Unidos da América faz com que surja o primeiro acto de Regulação em 1887: *Interstate Commerce Act*, e a primeira entidade de regulação federal em 1889: *Interstate Commerce Commission*³⁶, apontada como a primeira ARI do mundo, conseguindo-se, dessa forma, uma não sujeição ao poder hierárquico do Presidente dos Estados Unidos da América.

Estas entidades, na figura das *Independent Agencies* e nas denominadas *Independent Regulatory Commissions* introduziram, desta forma, constantes limitações ao livre jogo económico³⁷.

Como observa Cardoso, a “causa-função” da criação das *independent regulatory agencies* consistiu na instituição de estruturas que criassem um acompanhamento da vida económica pelo Estado, embora a opção de delegar as tarefas da regulação a um órgão independente tenha sido sempre determinada por “razões de ordem político – institucional”, já que a razão da criação

35 Fazendo a diferenciação entre Autoridades Administrativas Independentes, as quais são vocacionadas directamente para a protecção de direitos fundamentais dos cidadãos e ARI, que se dirigem primordialmente à regulação dos mercados: Calvão da Silva (2008: 145 e ss.) e Maças (2006: 23 e 24). Para maiores desenvolvimentos sobre o âmbito de actuação das Autoridades Administrativas Independentes, vide, ainda, Costa e Silva (2006: 545 e ss.) Resumidamente, as Autoridades Administrativas Independentes caracterizam-se pela diversidade dos seus membros, sendo designados por diferentes órgãos e organismos estatais e pela sua presidência ser, por norma, confiada a magistrados. Frequentemente, estas autoridades visam áreas como os audiovisuais, o acesso a documentos administrativos, a protecção de dados pessoais, entre outros. Respectivamente, em Portugal, as autoridades dedicadas a estes sectores são a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos e a Comissão Nacional de Protecção de Dados.

36 Cfr., a este propósito, Salvador Martinez, 2002a: 90 e ss. e Cardoso, 2002: 42 e ss.

37 Moreira & Maças, 2003: 17 e 18.

de cada uma das “agencies” tenha sido sempre resultado de uma atitude de desconfiança do Congresso relativamente ao Presidente³⁸.

Mais tarde, nos anos 70 do século XX, após o escândalo de “Watergate”, o Congresso decide criar as agências independentes de 2ª geração, destinadas à protecção de direitos fundamentais³⁹.

Na Europa, as ARI chegaram mais tardiamente, no início dos anos 80 do século passado, por via do Reino Unido⁴⁰ e, diferentemente do que sucedeu nos Estados Unidos da América, não visavam aumentar a esfera de actuação do Estado na Economia, mas sim reduzi-la⁴¹, sendo isto apenas possível mediante entidades cujos membros fossem independentes da Administração Directa.

Na nossa ordem jurídica, estas Autoridades Reguladoras estão hoje plasmadas no artigo 267.º, n.º 3 da CRP⁴², sendo essa criação subordinada aos limites impostos pelo número anterior do mesmo artigo (artigo 267.º, n.º 2)⁴³. Deste modo se compreende que a lei pode criar entidades adminis-

38 Cardoso, 2002: 47.

39 Prata Roque, 2009: 376.

40 Para maiores desenvolvimentos sobre o aparecimento das ARI no ordenamento britânico, o qual já detinha a experiência dos organismos públicos relativamente independentes em relação ao Governo (que a doutrina denomina de “quangos”), vide Moreira & Maças (2003: 20 e 21).

A propósito do surgimento das ARI na Itália, vide Malinconico, 1998: 1213 e ss. As primeiras propostas de criação de ARI em Itália datam de 1992, tendo sido criadas pela lei em conjugação com a decisão política de privatizar sectores, de que o Estado detinha o controlo, para se conseguir obter fundos públicos.

41 Sobre a influência das “independent agencies” dos Estados Unidos como modelo inspirador das “autoridades reguladoras” da Europa, vide Salvador Martínez (2002b: 720).

42 Tendo este preceito resultado da 4ª revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. Para maiores desenvolvimentos, confronte-se a análise dos trabalhos preparatórios desta revisão constitucional em: Morais, 2001: 110.

Contudo, conforme assinala Moreira & Maças (2003: 248), já existiam (anteriormente a essa revisão) autoridades reguladoras criadas por lei [*maxime*, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários], o que levantou sempre objecções e dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Não obstante, estes autores consideram que esta norma não passa de uma “norma em branco”, já que a Constituição “legitima o legislador ordinário a criar autoridades independentes, mas nada adianta sobre os critérios que não-de presidir à sua instituição, funções que podem desempenhar, limitações e grau de independência”. No mesmo sentido, analisando a relação entre o texto constitucional dos Estados Unidos e as Autoridades Reguladoras Independentes, vide Custos (2006: 615 e ss).

43 Desenvolvidamente, acerca da natureza jurídica da norma consagrada no artigo 267.º, n.º 3 da CRP: Cardoso, 2002: 438 e ss. Este Autor realça que não existe qualquer imposição constitucional ao legislador ordinário no sentido da criação destas autoridades reguladoras, adquirindo o estatuto de uma norma permissiva, situação que é desde logo enunciada pela expressão “pode” nesse preceito constitucional. Contudo, apenas habilita o legislador ordinário a criar uma autoridade administrativa independente se essa opção constituir o meio mais adequado à prossecução de um determinado fim do Estado mas não o desonera de identificar qual o fundamento material para a positivação desse modelo organizatório.

trativas independentes mas tal desconcentração administrativa não poderá ser apta a prejudicar a eficácia nem a unidade de acção da Administração⁴⁴.

Poderão ser elencadas as principais *razões* que levaram à *emergência* das ARI, seguindo a esquematização feita por Calvão da Silva: “a neutralização política; o grau elevado de especialização atingido em áreas diversas; a tutela dos consumidores, do ambiente e de outros interesses especiais; a preocupação em distinguir as funções de prestador e de regulador, para assim se garantir a igualdade entre operador(es) do Estado e operador(es) privado(s); a necessidade de assegurar o acesso à rede a todos os operadores em condições iguais, no caso das indústrias de rede; a necessidade de aumentar a participação dos cidadãos”⁴⁵.

Podemos ainda referir que a criação destas autoridades foi norteadada essencialmente por duas *finalidades* principais.

Em primeiro lugar, a garantia do cumprimento dos serviços públicos⁴⁶, na sequência do processo de *privatização* de diversas entidades, conforme já foi por nós *supra* referido. Isto advém do facto de se querer garantir o respeito por um conjunto de princípios que devem reger tais prestações, *v.g.*, os princípios da universalidade, igualdade, continuidade, qualidade do serviço, participação e transparência⁴⁷.

Em segundo lugar, para se garantir a prevenção dos riscos, ou seja, para evitar (particularmente no sector financeiro) o risco sistémico de contágio das dificuldades por que passem as instituições financeiras.

Ora, uma vez chegados a este ponto, é necessário realçar que, para além da *desintervenção* do Estado como *empresário e operador directo*, se verificou,

44 Costa e Silva, 2006: 547. A Autora levanta aqui a dúvida de saber como será possível manter uma unidade de acção da Administração quando não existe qualquer coordenação entre a actividade desenvolvida pela entidade administrativa independente e a demais Administração, já que a independência implica uma “ausência do poder de direcção do órgão de cúpula da Administração sobre a autoridade independente”. Em sentido idêntico, Moreira & Maças (2003: 43), também referem que estas autoridades públicas de natureza administrativa não se integram em nenhuma das categorias de direito administrativo existentes, já que dispõem de um estatuto de independência orgânica e funcional que não tem paralelo na tradicional organização administrativa. Contudo, deve encarar-se esta situação como algo de excepcional que deve ter como limite a independência estritamente necessária para as ARI desempenharem a sua missão.

45 Calvão da Silva, 2008: 119 e 120.

46 Costa e Silva (2006: 543) afirma mesmo que as ARI funcionam como uma “espécie de *longa manus* do Estado no desempenho da actividade da regulação”.

47 Calvão da Silva (2008: 123 e 124), alerta para o facto de a prossecução dos serviços que dantes incumbiam ao Estado implicar, na maioria das vezes, que se forneçam bens ou serviços abaixo do seu custo. Daí que seja importante estabelecer-se uma compensação aos operadores que ficam incumbidos do cumprimento desse tipo de obrigações.

com a introdução destas entidades, a própria “*desgovernamentalização da actividade reguladora*”⁴⁸. Esta é caracterizada pela separação de, por um lado, as funções entre as tarefas de orientação política da economia (que continuam a pertencer ao Governo e ao Parlamento) e, por outro lado, as tarefas de regulação propriamente ditas, que são remetidas para estas autoridades tendencialmente independentes do Governo⁴⁹, tendo como vector principal a garantia de um mercado concorrencial em perfeito funcionamento e não sujeito à lógica dos ciclos eleitorais⁵⁰.

Efectivamente, a garantia de um mercado livre e concorrencial é dificilmente concretizável se uma das partes (no caso, o Estado) acumular as funções de agente que actua no mercado e entidade que detém o poder de estabelecer as regras do próprio mercado, já que assim se poderiam distorcer as regras do jogo, passando as empresas privadas que actuarem no mesmo sector que o Estado a fazê-lo numa posição de desigualdade⁵¹.

3.2. Os seus poderes

Com a criação destas Autoridades Reguladoras, que se caracterizam essencialmente pela sua *independência*⁵², são comumente apontados alguns *objectivos*, que procuraremos sintetizar.

48 Expressão de Moreira & Maças, 2003: 10.

49 Poderemos apontar alguns exemplos de ARI: Banco de Portugal (BP), Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM); Autoridade da Concorrência (AdC); Instituto de Seguros de Portugal (ISP); Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM); Entidade Reguladora das Águas e Resíduos (ERSAR); Instituto da Mobilidade dos Transportes Terrestres (IMTT); Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC); Instituto da Construção e do Imobiliário (InCI); Entidade Reguladora da Saúde (ERS); Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).

50 Cfr. Maças, 2006: 23 [n.9]. A Autora realça que a lógica da regulação deve ser separada, tanto quanto possível, da lógica dos ciclos eleitorais. Para isso, socorre-se do exemplo, bastante elucidativo a este respeito, dos Governos terem (ao longo da história) sacrificado com frequência a estabilidade da moeda por motivos de política económica geral. Daí que tais matérias devem retirar-se de orientação e influência governamentais, passando a estar a cargo de autoridades independentes.

51 Neste sentido, Moreira & Maças, 2003: 11.

52 Com algumas incertezas, Cardoso (2002: 390 e ss.) enfatiza o facto da independência destas autoridades ser sempre relativa. Isto porque deverão ser tidos em consideração alguns limites, tanto intrínsecos como extrínsecos. Relativamente aos primeiros, é necessário tomar em consideração que existe a limitação decorrente do mecanismo de designação dos respectivos titulares, na medida em que a competência para proceder à designação dos mesmos é sempre reservada a outros órgãos do poder político. Quanto aos limites extrínsecos, este Autor adianta alguns exemplos. Destes poderemos destacar “a sujeição a um limite de ordem genérica, que consiste na vinculação ao princípio constitucional da juridicidade da actividade da Administração Pública, do qual se extrai que serão aplicáveis todas as consequências decorrentes desse dever, nomeadamente a garantia da apreciação jurisdiccional das decisões que proferem”. Outro

Em primeiro lugar, a garantia de uma efectiva separação entre operadores e reguladores, sendo possível a distinção entre a actividade de regulação da participação pública nas próprias actividades reguladas.

Em segundo lugar, a criação de condições de acesso livre e de concorrência em mercados que sejam aptos a originar situações de monopólio natural.

Por último, a criação de organismos especializados e com conhecimentos técnicos sobre cada um dos mercados objecto de regulação⁵³.

Efectivamente, compete às ARI a regulação de dadas actividades de cariz económico, movendo-se no diagrama em que o Estado se cruza com a Economia⁵⁴, tendo um papel crucial no funcionamento dos sectores da economia que estão na “mão” dos privados⁵⁵.

Contudo, para que tais objectivos fossem alcançáveis, tornou-se necessário dotar as ARI de elevados *poderes*⁵⁶. São geralmente apontados, como necessários à prossecução da sua tarefa, três poderes essenciais⁵⁷: o *poder normativo ou regulamentar* (3.2.1.), o *poder de supervisão* (3.2.2.) e o *poder parajudicial* (3.2.3.), o qual ainda se divide no poder de fiscalizar o cumprimento das normas e de reprimir a sua violação (I) e, em algumas situações ainda, no poder de resolução de litígios (II).

limite será o decorrente da ausência de autonomia financeira de tais autoridades, sendo as suas despesas suportadas pela dotação inscrita no Orçamento do Estado a favor da Assembleia da República. Por fim, o dever imposto à Entidade Reguladora do Sector Eléctrico e ao Banco de Portugal de submeterem os respectivos relatório, balanço e contas anuais à aprovação dos respectivos Ministros da Tutela. Em sentido idêntico, *vide* Custos, (2006: 632 e 633), onde o Autor evidencia que a independência das ARI não é total, já que estas se encontram na dependência dos órgãos do poder político e as suas decisões podem ser alvo de revisão judicial. Este Autor também relembra o facto das autoridades reguladoras poderem ser influenciadas pelas próprias empresas reguladas. Contudo, faremos os necessários desenvolvimentos sobre este problema no texto do nosso artigo.

Veja-se, ainda, os argumentos que nos são dados por Mwenda, a favor e contra esta independência: Mwenda, 2006: 31 e 32. O Autor pronuncia-se a favor de uma maior independência destas autoridades em países que apresentem um mercado e instrumentos financeiros desenvolvidos, notando no entanto que as autoridades independentes poderão ser influenciadas pelas empresas mais poderosas. Sobre este problema da captura, iremos tecer algumas considerações no ponto 3.2.4. do presente artigo.

53 Cfr. Figueiredo, 2006: 65.

54 Cardoso (2002: 396), enfatiza que as autoridades reguladoras são “inequivocamente públicas”, já que são criadas pelos órgãos de soberania para prosseguirem os fins a que o Estado está constitucionalmente incumbido.

55 Sobre a influência das autoridades reguladoras na gestão e funcionamento das empresas privadas, *vide* Meroño Vélez (2002: 777 e ss.)

56 Malinconico (1998: 1219 e 1220): “These powers must relate both to fact-finding and decision-taking”.

57 Cfr. Moreira & Maçãs, 2003: 14 e ss.

3.2.1. O poder normativo ou regulamentar

Através do *poder normativo ou regulamentar*⁵⁸ são editadas regras ou normas técnicas para os sectores regulados, tendo os regulamentos, que forem emanados por ARI, que obedecer a determinados requisitos, tais como o respeito pela Constituição (*maxime*, o princípio constitucional da reserva de lei, pela legalidade estatal e pela legalidade comunitária⁵⁹). Alguns autores defendem que os poderes de regulamentação destas autoridades devem ter carácter secundário relativamente aos poderes regulamentares do Governo, já que, enquanto que este último responde directamente perante o poder Legislativo, o mesmo não acontece com aquelas, que vivem “inteiramente à margem da Assembleia da República e de qualquer controlo parlamentar”, assistindo-se a uma “quase total separação entre as autoridades reguladoras (independentes ou não) e o parlamento”⁶⁰.

Problema distinto, ainda no âmbito do *poder normativo ou regulamentar*, consiste em aferir a legitimidade das ARI para emitirem regulamentos independentes, os quais contêm um Direito *inicial ou primário*. Os poderes regulamentares que lhes são conferidos pelos seus estatutos, de forma a que se obtenham respostas rápidas aos problemas ocasionados nos sectores por elas regulados, permitem-lhes emitir, para além dos regulamentos de execução e complementares, regulamentos independentes, no exercício do seu poder discricionário, já que o sentido de tais regulamentos não é determinado por uma qualquer lei habilitante mas sim pela própria ARI, no âmbito das suas atribuições específicas. Com efeito, as ARI dispõem de uma enorme margem de liberdade para emanar normas que contêm um verdadeiro direito inicial, que será uma das principais fontes de direito do respectivo sector⁶¹. Contudo, alguma doutrina⁶² realça a ausência de legitimidade das ARI para emitirem tais regulamentos, mesmo na falta de critérios legais substantivos, acrescentando

58 Maças (2006: 38) afirma que o poder regulamentar geral das ARI é “fruto da especial qualificação e *autoritas* derivada da legitimação técnica que se arrogam, ao abrigo do qual ficam autorizadas a elaborar regulamentos no âmbito das suas atribuições”.

59 A propósito da possível colisão com a função legislativa, embora a respeito das AAI: Costa e Silva, 2006: 555 e 556.

60 Moreira & Marques, 2003:196. Estes autores defendem a extrema importância de algum acompanhamento parlamentar sobre a actuação das ARI, permitindo restabelecer algum escrutínio democrático, ao qual todo o poder público deve estar sujeito.

61 Cfr. Maças, 2006: 38.

62 Nomeadamente Maças, 2006: 38 e ss. e Calvão da Silva, 2003: 161 e 162.

ainda o facto de tais regulamentos atingirem uma elevada tecnicidade, tornando muito difícil o seu controlo judicial.

No entanto, cremos que, em termos práticos, esta situação se depara com menores problemas, já que na feitura de tais regulamentos se obedece a uma ampla participação dos interessados⁶³ (veja-se, como exemplo, o que dispõe o artigo 212.º do Código dos Valores Mobiliários).

3.2.2. O poder de supervisão

Complementarmente, o *poder de supervisão* garante a efectiva aplicação das normas regulamentares criadas pela ARI⁶⁴. As decisões tomadas no âmbito deste poder são individuais e concretas, traduzindo-se em poderes de autorização, aprovação e registo, para além de prerrogativas de inspecção e investigação de elementos relevantes no que toca ao controlo dos agentes económicos.

Este poder assume uma elevada importância, já que é através dele que se previnem os riscos de funcionamento dos sistemas e se asseguram os níveis de eficiência económica, garantindo a regularidade comportamental e a idoneidade dos agentes económicos. Este poder funciona numa lógica de *prevenção*, sendo visto como uma alternativa ao *poder sancionatório* e de *resolução de litígios*, que analisaremos de seguida⁶⁵.

Problema essencial deste *poder de supervisão* ocorre quando as ARI, no seu exercício, violam direitos e interesses legalmente protegidos das sociedades supervisionadas, o que fará desencadear a responsabilidade civil daquelas, sendo a *ilicitude* e a *culpa* (chamada “*culpa funcional*” ou “*de serviço*”, por abranger tanto as *acções* ou *omissões* anónimas como as colectivas) pressupostos indispensáveis de tal responsabilização⁶⁶.

63 Alertando para a necessidade desta participação, de forma a assegurar em certa medida a sua legitimação democrática, Antoniou (2007: 256 e ss).

64 Salvador Martinez (2002b: 724 e ss.) considera que a tarefa primordial das autoridades reguladoras é de supervisionar os sectores da economia, entendendo que a tarefa de supervisão é a mais relevante no âmbito dos poderes destas autoridades. As autoridades reguladoras normalmente exercem as suas competências de supervisão por iniciativa própria, embora também possam actuar a partir de queixas ou reclamações que lhes sejam feitas.

65 Cfr. Costa Pinto, 2000: 90 e ss. O Autor enfatiza que este poder de *supervisão* cumpre uma “verdadeira função político-legislativa ao evitar que a primeira resposta do sistema jurídico em relação às irregularidades que surgem no mercado seja de natureza penal ou para-penal”. Assim se poderá contribuir para uma desconcentração judicial, deixando os tribunais de ser “uma resposta para tudo”.

66 Faremos os necessários desenvolvimentos acerca desta temática no decorrer deste artigo.

3.2.3. O poder parajudicial

Por fim, o *poder parajudicial* concretiza-se na fiscalização do cumprimento das normas e repressão da sua violação (I), tendo ainda, em alguns casos, poder de resolução de certos litígios (II).

I. Este poder está relacionado com o incumprimento, por parte dos supervisionados, das normas reguladoras do sector em que estão inseridos, e ainda, com a função principal destas autoridades de prevenir, conciliar, ou arbitrar os conflitos que surjam no sector regulado. É indispensável, então, dotar as ARI de poderes que lhes permitam fazer cumprir tais normas⁶⁷, ou seja, é necessário dotá-las de poder efectivo para punir os infractores⁶⁸. Isto significa que estes poderes são entendidos como um “prolongamento natural das prerrogativas de supervisão e fiscalização”⁶⁹.

Efectivamente, o poder parajudicial tem carácter sancionatório, uma vez que permite às ARI optar pela aplicação de dois tipos de sanções.

Por um lado, as sanções de carácter *punitivo*, que por norma revestem um carácter pecuniário e podem ainda ser acompanhadas por sanções acessórias (*v.g.* o encerramento dos estabelecimentos).

Por outro lado, as sanções de carácter *persuasivo*, as quais são, por sua vez, utilizadas como forma de prevenir a prática (ou a repetição) de infracções ao quadro regulatório. Este poder também poderá gerar alguns problemas, já que estão em causa sérias restrições de direitos, a possível eliminação de agentes do mercado e até a insolvência de pessoas colectivas ou singulares, que tenham de ser, *v.g.*, obrigadas a cessar a sua actividade profissional⁷⁰.

67 Sublinhando o facto de ser mais importante prevenir as infracções do que punir os regulados, Maças (2006: 30)

68 Roque, 2004: 27.

69 Cfr. Calvão da Silva, 2008: 173.

70 Neste sentido, Veiga (2009: 147), refere que deve ser clara a distinção entre a actividade de supervisão e de sancionamento, já que a primeira apenas deve privilegiar uma lógica de prevenção e de oportunidade para os agentes corrigirem os seus comportamentos e a segunda já contende com sérios direitos fundamentais. No mesmo estudo (pp. 165 e 166), este Autor defende a criação de uma lei-quadro das autoridades reguladoras, a qual garanta a ARI ou da entidade competente para aplicar as sanções. Este Autor, embora aplauda o projecto de lei-quadro de Moreira & Maças (2003: 257 e ss.), considera que o mesmo era pouco ambicioso, já que nada adianta em matéria de processo das contra-ordenações e incorre no erro de instituir genericamente as ARI em acusadoras e juízes, com a agravante de isso constituir um retrocesso nos sectores em que as ARI eram investigadoras e acusadoras, mas não juízes.

É interessante notar que a actividade sancionatória decorre com submissão ao regime jurídico do ilícito de mera ordenação social; isto pode suscitar graves problemas, já que aqui este ilícito não se limita à sanção de infracções puramente bagatelares⁷¹. Com efeito, o ilícito de mera ordenação social só tem sentido para pequenas infracções, as quais sejam facilmente investigadas e tenham implicações sociais limitadas e penas ligeiras⁷². No entanto, as coimas máximas aplicáveis pelas autoridades independentes não se assemelham em nada a pequenas infracções⁷³. Para mais, poderão existir ainda sanções acessórias (*v.g.*, o artigo 404.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários⁷⁴).

71 Fazendo referência a este problema, Leitão, 2009a: 272 [n.742].

72 Elucidativos a este respeito: Veloso, 2005: 57 e 58 e Costa e Silva, 2006: 557.

73 Veiga (2009: 140) menciona o facto dos cidadãos que reclamam pelos direitos e garantias de defesa próprios do Direito Penal e do Direito Processual Penal o fazerem com razão, já que as sanções aplicáveis são muito restritivas de direitos fundamentais, as quais podem atingir vários milhões de euros ou até sanções acessórias muito graves, como a proibição do exercício de determinada profissão por vários anos. Deste modo, defende que, ou se escolhe o caminho do consenso e da eficácia, sem a aplicação de sanções gravemente restritivas de direitos fundamentais, ou se opta pelo caminho da aplicação dessas sanções, mas no quadro de um processo garantístico. Em sentido semelhante, Monte (2009: 264) também refere, no âmbito do poder sancionatório, que o recurso ao Direito de mera ordenação social deveria ser limitado ao mínimo indispensável (ou até excluído), já que a mesma entidade não deve ter a função de auxiliar e de punir; e Bolina (2009: 756) nota a interessante dualidade: por um lado, as coimas são cada vez mais elevadas e, por outro, reclama-se a necessidade de “opções processuais menos formalizadas e mais expeditas”, concluindo que o regime do ilícito de mera ordenação social não é adequado para regular o processamento de contra-ordenações de áreas fortemente reguladas e especializadas, onde se esteja perante montantes de coimas elevados e complexidade técnica das matérias reguladas.

Pensamos que estes autores têm razão, bastando pensar nas recentes coimas aplicadas pela AdC à Portugal Telecom (PT), de 38 milhões de euros (em Agosto de 2007) e de 45 milhões de euros (por abuso de posição dominante, em Setembro de 2009). A primeira delas já foi, no entanto, anulada por decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa, a 2 de Março de 2010. A propósito da eventual responsabilização civil destas autoridades por difusão de factos infundados ou propagação de inverdades, teceremos as respectivas considerações no decorrer do nosso artigo.

É de notar, no entanto, que embora seja necessário este controlo jurisdicional, tal poderá levar ao descrédito das próprias ARI, já que todas as suas decisões poderão ser postas em causa pelo Tribunal de Comércio, esvaziando as funções de controlo e de supervisão exercidas pelas ARI. Outro exemplo que poderá descredibilizar as ARI é o contido no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. Este regula o recurso extraordinário, mediante o qual “(...) o membro do Governo responsável pela área de economia pode, mediante decisão fundamentada, autorizar uma operação de concentração proibida por decisão da Autoridade (...)”. No entanto, também se percebe que a sua decisão deva prevalecer sobre a da Autoridade, já que lhe caberá a ponderação final dos interesses públicos em presença. Contudo, tal mecanismo deve ser usado com a devida precaução e apenas quando razões *imperiosas* de interesse público o ditarem, sob pena de se esvaziar as competências da ARI.

74 Este preceito estabelece que podem ser cumuladas com as coimas várias sanções acessórias, sendo especialmente gravosa a sua alínea b), a qual estabelece que: “[Poderá ser aplicada cumulativamente] uma interdição temporária do exercício pelo infractor da profissão ou da actividade a que a contra-ordenação respeita”.

Assim se compreende que a prática do exercício da função judicial por órgãos não judiciais é estranha ao nosso ordenamento jurídico e pode levantar sérias dúvidas de admissibilidade⁷⁵.

Também será legítimo questionarmo-nos a propósito de saber se a aplicação de determinadas coimas, as quais resultam (normalmente) em elevados montantes, não poderá prosseguir outros objectivos, que não apenas o de *retribuição*, *prevenção* e *regulação*. A dúvida gera-se porque, regra geral, uma parcela do valor cobrado destina-se à própria autoridade reguladora que aplica a coima⁷⁶.

Apesar de todas estas dúvidas, parece-nos inegável que o Estado lida com a emergência de novas formas de exercício da administração, as quais devem ser legitimadas através da demonstração de que estas novas formas prosseguem da melhor maneira possível o interesse comum⁷⁷.

II. Quanto ao *poder de resolução de litígios* por parte destas autoridades, deve ser feita a distinção⁷⁸ entre dois tipos de casos: no primeiro, as ARI intervêm na resolução de um determinado litígio como uma terceira entidade imparcial, regendo-se pelo direito privado e com possibilidade de recurso para os tribunais judiciais (aí adquirindo força de caso julgado), sendo essa sua intervenção resultado de um acordo prévio entre as partes e não prosseguindo um interesse público específico, mas antes a resolução de uma “questão de direito” segundo as leis da arbitragem⁷⁹. Já no segundo caso, as ARI são parte no processo, regendo a sua actuação pela defesa do interesse público que estará subjacente ao correcto funcionamento daquele sector de mercado. Neste último caso a sua decisão é denominada de *acto administrativo de resolução de litígios*, sendo recorrível para os tribunais administrativos, motivo pelo qual se considera que tal está ainda inserido na actividade administrativa.

Alguma doutrina questiona o facto de saber se a resolução de litígios por parte destas autoridades não porá em causa o princípio da tutela jurisdicional

75 A este propósito, Costa e Silva refere que tal prática não deve ser aceite de ânimo leve, já que “(...) estes novos decisores não estão abrangidos no estatuto dos magistrados” – Cfr. Costa e Silva, 2006: 559.

76 Não pretendemos desenvolver este ponto, uma vez que tal extravasaria o âmbito do presente artigo.

77 Cfr. Antoniou, 2007: 259.

78 Cfr. Maçãs, 2006: 44 e 45.

79 É aqui que estamos perante a função arbitral em sentido estrito.

efectiva, já que se constitui aqui um obstáculo à via jurisdicional⁸⁰. Efectivamente, deve ser equacionado se os tribunais e os juizes detêm em exclusivo o exercício de funções jurisdicionais ou se a resolução dos litígios pode ser feita por outras autoridades que não as pertencentes ao poder jurisdicional. Maçãs e Calvão da Silva no sentido da inexistência de um monopólio jurisdicional, apontando como principais argumentos a necessidade de celeridade na resolução de litígios em determinados sectores, bem como a maior especialização e proximidade das autoridades reguladoras que justificam a intervenção da Administração⁸¹. Adicionalmente, a reserva jurisdicional encontra-se assegurada desde que exista uma garantia de recurso para os tribunais, sendo-lhes concedida a última palavra⁸². Contudo, os referidos autores alertam para o facto de nem só os sectores regulados pelas ARI necessitarem de celeridade na resolução de litígios, abrindo portas a uma discussão de saber se, neste tipo de casos, não seria suficiente o mecanismo das medidas cautelares como técnica adequada a superar a lentidão dos tribunais, medida essa que bastaria para se evitarem factos já consumados.

3.2.4. O problema da captura

Acreditamos que, ainda em sede do uso dos poderes de que dispõem as ARI, será necessário fazer uma referência ao problema da potencial *captura* das entidades reguladoras pelas empresas reguladas. Efectivamente, será sempre necessário que as Autoridades Reguladoras se rejam por critérios de *imparcialidade e independência* (e prossecução do interesse público) em relação às empresas do sector que regulam. No entanto, a captura regulativa existe, traduzindo-se na situação em que os interesses privados que deveriam ser regulados acabam por ser os principais beneficiados com a regulação, encobrendo-se formas de *auto-regulação* do mercado. Haverá aqui a chamada “*captura do regulador pelos regulados*”⁸³. Poderemos assistir a cenários destes em múltiplas

80 Para tal deve lembrar-se o disposto no artigo 202.º, n.º 1, da CRP: “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.”

81 Cfr. Maçãs, 2006: 47 e 48 e Calvão da Silva, 2008: 176.

82 Cfr. Calvão da Silva, 2008: 176.

83 Neste sentido, Monte (2009: 243) alerta que por um lado existe, em alguns casos, uma certa relação com a tutela governamental e, por outro, “há o risco de os reguladores sectoriais poderem ficar sujeitos a tentativas de captura pelas empresas reguladas. Pretende-se que seja imparcial, mas na medida em que é árbitro, ao regular a aplicação de preços, e julgador, ao aplicar coimas, pode não ser sempre imparcial.” No mesmo sentido: Mwenda, 2006: 33.

situações da administração: veja-se, por exemplo, o caso das administrações públicas e dos políticos, que têm a seu cargo a aplicação e o desenvolvimento de uma dada intervenção regulativa, agirem favorecendo os interesses privados que deveriam regular e, nesse caso, serem eles os capturados⁸⁴.

Assim, se for demonstrado que as suas competências foram exercidas em benefício de um fim de interesse privado (e não de interesse público), fará com que se esteja perante uma actuação em “desvio de poder”, podendo ser accionados os mecanismos de reacção ao “acto administrativo ilegal”⁸⁵.

3.3. A necessária colaboração entre Autoridades Reguladoras Independentes

Será de referir, ainda no âmbito da análise às Autoridades Reguladoras Independentes, que estas, para lograrem os seus objectivos, deverão articular-se e cooperar entre si, de forma a evitarem conflitos de competência. Efectivamente, tem-se verificado que, se por um lado se assiste a uma multiplicação de entes reguladores, por outro se verifica um fenómeno de esbatimento das fronteiras entre os diversos sectores regulados⁸⁶. Daí que seja imperioso reforçar a cooperação entre as autoridades reguladoras a todos os níveis⁸⁷.

Quando ocorrerem casos de conflitos de competência, estes deverão ser ultrapassados mediante uma colaboração recíproca, justificando o seu objectivo comum de se assegurar um funcionamento íntegro e transparente dos mercados livres e concorrenciais⁸⁸.

Na nossa ordem jurídica, a Lei n.º 18/2003⁸⁹, de 11 de Junho, regula precisamente essa relação, impondo a troca de informação, pareceres e diálogo

84 Note-se, no entanto, que o conhecimento que a administração pública tem do mercado é sempre limitado, dependendo em larga escala das informações que cada empresa lhes presta.

85 Cfr. Costa e Silva, 2006: 552 e 553.

86 Wymeersch (2005: 995) realça que existe uma proliferação exagerada de autoridades reguladoras e que, por vezes, a sua cooperação não é conseguida, já que se verifica alguma competição entre elas, não permitindo celebrar acordos de cooperação.

87 Reforçando a necessidade de uma clara repartição de competências entre os reguladores sectoriais, e essencialmente, entre estes e a autoridade transversal (AdC), sublinhando a necessidade de um aprofundamento do diálogo e cooperação: Calvão da Silva, 2008: 150. Contudo, veja-se que tal nem sempre é tarefa fácil, já que todos prosseguem a mesma finalidade política.

88 Calvão da Silva, 2008: 152.

89 Veja-se, nomeadamente, os artigos 29.º e 39.º da Lei n.º 18/2003, nos quais se refere que as ARI têm deveres de colaboração, quer em matérias de processos relativos às práticas proibidas, quer em matéria de procedimento de controlo das operações de concentração das empresas, que se traduzem na comunicação de determinadas informações retidas, exigida para que se verifique o cumprimento daquele dever, à AdC, que detém o correspondente direito à informação.

entre as ARI sectoriais e a Autoridade da Concorrência (AdC), a qual se apresenta, no nosso Direito, como uma autoridade transversal com a missão da defesa da concorrência em todos os sectores liberalizados⁹⁰.

No entanto, um problema distinto é o da articulação entre este dever de colaboração e o *dever de sigilo* a que cada ARI está obrigada perante as sociedades por ela reguladas, o qual as impede de transmitir informações que possam levar à frustração do segredo da actividade económica empresarial ou da confiança na relação regulador – regulados. Embora não nos alongando sobre este assunto, corroboramos a ideia de que o dever de colaboração terá sempre como limite o dever de sigilo⁹¹.

II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

4. O regime jurídico português

4.1. Considerações genéricas

Uma vez feita a exposição dos motivos que levaram ao aparecimento das Autoridades Reguladoras Independentes, a sua caracterização e o estudo dos amplos poderes que lhes são conferidos, cremos já ser possível proceder ao estudo da sua responsabilidade civil.

Conforme procurámos demonstrar anteriormente, com o fenómeno da *regulação*, o Estado passou a assumir uma nova função, resultado de uma economia cada vez mais privatizada e dependente da livre iniciativa económica dos privados. Com efeito, assistiu-se a uma mudança de paradigma, tendo passado a ser notória a posição de *garante* para que o Estado foi tendencialmente remetido, assumindo a tarefa de manutenção das condições necessárias para um funcionamento eficaz do mercado e a manutenção do seu nível concorrencial.

Por sua vez, as ARI, ao desempenharem as tarefas que incumbiam ao Estado, integraram-se totalmente no âmbito da função administrativa, sendo pessoas colectivas de Direito Público.

90 Calvão da Silva, 2008: 149.

91 Cfr. Calvão da Silva (2008: 156), fazendo referência ao artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 309/2003, que criou a Entidade Reguladora da Saúde.

O Direito Português estabelece a responsabilidade civil das autoridades reguladoras em alguns preceitos legais⁹², nos quais se faz sempre uma referência remissiva para a CRP e para a lei geral da responsabilidade administrativa⁹³. Deste modo se compreende que, para estudarmos o regime da responsabilidade civil das ARI, será necessário passar em revista o regime legal que estabelece a responsabilidade civil do Estado.

Neste âmbito, é necessário ter sempre presente que a responsabilidade civil das ARI é objectiva por facto de outrem, visando compensar alguém de um prejuízo sofrido em consequência da sua actividade e não de prevenir a prática ulterior de um ilícito⁹⁴. Deste modo, essencial na atribuição da indemnização é o seu carácter *reparatório*⁹⁵, devendo realçar-se o *prejuízo* sofrido na esfera do particular e o *nexo de causalidade* que deve existir entre o dano e a actuação estadual⁹⁶.

A responsabilidade pelos danos causados será sempre da própria pessoa colectiva pública, ou seja, a autoridade reguladora responsável pela prática do acto⁹⁷. Conforme nota Costa e Silva, é de causar alguma estranheza o facto de o Estado conseguir desonerar-se patrimonialmente, mediante a transmis-

92 Poderemos coligir o exemplo do artigo 35.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 10/2003, relativo à AdC, o qual dispõe que: “Os titulares dos órgãos da Autoridade, bem como o seu pessoal, respondem financeira, civil e criminalmente pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar a que houver lugar” e o artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, relativo ao ICP-ANACOM, o qual estabelece que: “Os titulares dos órgãos do ICP-ANACOM e os seus trabalhadores e agentes respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável”.

93 Contudo, na maioria dos casos, os litígios que envolvem as ARI são na totalidade remetidos para a jurisdição comum, embora de competência especializada: veja-se o caso do que se passa com a AdC, cujos litígios são resolvidos pelo Tribunal de Comércio de Lisboa (*maxime, vide* artigos 50.º e 54.º da Lei n.º 18/2003). Tecendo fortes críticas a esta atribuição, *vide* Maças (2006: 33 e 34) e Ferrão (2007: 631 e 632).

94 Cfr. Garcia, 2004: 205. Adoptando esta posição, *vide* igualmente, Albuquerque & Pereira (2005: 213).

95 Para maiores desenvolvimentos sobre os motivos e finalidades, em geral, do dever de indemnizar, *vide* Larenz (1987: 421 e ss. – § 27.º). O Autor alerta que a questão mais problemática será a de aferir quais os factores que limitam este dever de indemnização, devendo recorrer-se a uma interpretação sistemática dos preceitos que o estabelecem, devendo a jurisprudência clarificar o sentido das disposições que estabelecem a indemnizabilidade de um dano e estabelecer critérios claros que permitam extrair os limites deste dever. Essencial será sempre o lesado ser compensado pelo prejuízo sofrido, devendo ser “colocado” na posição em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Para maiores desenvolvimentos sobre esta ideia de compensação: Larenz, 1987: 424 e 425.

96 Garcia, 2004: 206.

97 Prata Roque (2009: 409) menciona que, pelo facto das autoridades gozarem de plena autonomia jurídica, administrativa e financeira, faz com que só o seu próprio património possa responder pelos danos causados a terceiros.

são de atribuições que antes lhe pertenciam (por vezes, em exclusivo) para este tipo de autoridades reguladoras⁹⁸.

De facto, essa atribuição de funções a autoridades independentes poderá consistir numa forma do Estado deixar de ser responsabilizado por erros ou falhas na prestação de tais serviços, passando tal responsabilidade a pertencer às autoridades independentes⁹⁹.

No entanto, recai sobre o Estado um dever de garantia da solvabilidade da pessoa colectiva pública, designadamente através das transferências anuais previstas na Lei do Orçamento, as quais constituem receita dessa entidade administrativa independente e traduzem a “parcela de contribuição da comunidade para a prossecução das atribuições de manifesto e relevante interesse público”¹⁰⁰.

4.2. O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967

O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, estabeleceu a responsabilidade por danos causados no exercício da função pública e manteve-se em vigor durante cerca de 40 anos, até ser revogado pela Lei n.º 67/2007.

Quando este codificou as regras e os princípios relativos ao instituto da responsabilidade civil da Administração, o nosso ordenamento jurídico era típico de um “*Estado-de-legalidade*” e não de um “*Estado Constitucional*”¹⁰¹.

Tendo surgido para colmatar a lacuna no direito positivo que ocorreu com a publicação do Código Civil de 1966, o qual regulou a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas por actos ilícitos praticados no exercício de actividades de *gestão privada*¹⁰², este diploma consagrou, no seu artigo 1.º, o regime geral da “*responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio de actos de gestão pública*”.

O diploma veio regular, em 1967, no âmbito dos actos de gestão pública, não apenas a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas

98 Cfr. Costa e Silva, 2006: 562 e ss., chegando a Autora mesmo a sugerir uma possível aplicação do regime da responsabilidade do comitente pelos actos do comissário.

99 Antoniou, 2007: 287.

100 Prata Roque, 2009: 409 (a propósito do artigo 50.º, n.º 1, alínea a), dos Estatutos da ERC).

101 Expressões de Correia (1998: 450), notando que nessa altura o princípio básico que estruturava o sistema de fontes de direito era o da supremacia de lei ordinária e não o da supremacia da Constituição.

102 Cfr. Mesquita, 2004: 65.

em virtude de *actos ilícitos culposos*, mas também a chamada *responsabilidade administrativa*: responsabilidade por *factos causais* e responsabilidade por *actos ilícitos*¹⁰³.

De forma esquemática, no âmbito do diploma, eram tratadas três modalidades de responsabilidade da Administração: a responsabilidade por factos ilícitos e culposos, a responsabilidade por actos lícitos e a responsabilidade pelo risco¹⁰⁴. Cremos dever centrar a nossa atenção na primeira delas, relembrando-nos que esta é sempre *objectiva*, por *facto de outrem*¹⁰⁵.

A responsabilidade por factos ilícitos e culposos dependia de quatro pressupostos essenciais: o facto ilícito; a culpa; o prejuízo e o nexo de causalidade.

Conforme podemos extrair do seu artigo 2.º, a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas pressupõe a culpa dos titulares dos órgãos ou agentes, autores materiais do acto ilícito causador de danos, culpa essa apreciada nos termos do artigo 487.º do CC (*ex vi* artigo 4.º do diploma em análise)¹⁰⁶.

Será de referir ainda que os artigos 8.º e 9.º deste diploma sugeriam que o prejuízo sofrido pelo particular, para adquirir relevância ressarcitória, teria de configurar-se como um *prejuízo especial e anormal*¹⁰⁷.

Este diploma é então uma primeira abordagem ao tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado e merece aqui referência pelos seus 40 anos de vigência.

4.3. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007, actualmente em vigor, estabelece o regime da responsabilidade por danos resultantes da função

103 Mesquita, 2004: 66.

104 Cortez, 2000: 21.

105 Enfatizando sempre esta classificação, entendendo que a mesma não se encontra bem explicitada na doutrina, *vide* Albuquerque & Pereira (2005: 212 – com especial ênfase na n.13).

106 Cortez, 2000: 34.

107 Desenvolvendo estes pressupostos, Garcia (2004: 208 e 209) conclui que, para que seja especial, tem de provar-se “que um cidadão ou grupo de cidadãos tenha sido, através de um encargo público, colocado em situação desigual em relação à generalidade das pessoas”. Já quanto ao critério da anormalidade: “É ainda necessário que o prejuízo, pela sua gravidade, pela sua importância, pelo seu peso, ultrapasse o carácter de um ónus natural decorrente da vida em sociedade, mesmo no âmbito de um Estado intervencionista como é o Estado moderno”.

administrativa^{108/109}, tendo revogado o Decreto-Lei n.º 48051, por nós analisado anteriormente.

Neste regime contempla-se qualquer forma de actividade administrativa, da qual resulte o exercício de poderes de autoridade ou a sujeição a princípios e normas de Direito Administrativo, cuja *actuação* ou *omissão* seja lesiva do interesse dos particulares¹¹⁰.

Contrariamente ao anterior regime, esta Lei tem o mérito de não procurar a protecção do Estado e demais entidades públicas, nem dos seus órgãos, agentes ou representantes, obtendo a sua efectiva responsabilização¹¹¹.

Por um lado, procurou-se um alargamento da responsabilidade directa do Estado, responsabilizando-o não apenas quando ocorram *acções* ou *omissões* ilícitas cometidas com *culpa leve* (artigo 7.º, n.º 1), mas também quando os danos ocorram devido a um *funcionamento anormal do serviço*^{112/113} (o qual é também considerado ilícito, segundo o preceito que define o conceito de ilicitude – artigo 9.º), mesmo que para tal não tenha havido um comportamento concreto de um titular de um órgão, funcionário ou agente (artigo 7.º, n.º 3): esta é a denominada *culpa funcional* ou *culpa de serviço*¹¹⁴.

Assim se percebe que o legislador cobriu todas as hipóteses de responsabilização das entidades que exercem a função administrativa, desde a “falta leve à falta dolosa”¹¹⁵.

108 Esta Lei foi de difícil aprovação, já que se temiam as consequências que o alargamento da responsabilização do Estado poderia causar. Com efeito, esta Lei foi objecto de um veto político por parte do Presidente da República, obrigando a confirmação pela Assembleia da República, conforme o artigo 136.º, n.º 2 da CRP.

109 Neste contexto, veja-se o estudo efectuado por Sousa & Matos (2008: 11 e ss). e a anotação a esta lei de Cadilha (2008: 23 e ss).

110 Gomes, 2008: 31.

111 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 5.

112 Miranda & Medeiros (2005: 216) já constatavam que tal era o sentido decorrente do artigo 22.º da CRP, recorrendo a um argumento de ordem teleológica para apurar que as faltas anónimas e as faltas colectivas, decorrentes, *vg.*, de vícios de organização, estavam a coberto deste preceito constitucional. Faremos os necessários desenvolvimentos sobre este preceito no ponto 4.4.

113 Gomes (2008: 33) critica esta opção do legislador, afirmando que o mau funcionamento dos serviços apenas deve relevar em termos de responsabilidade civil quando o mesmo for causa adequada de um dano individualizado, não bastando “um incómodo para a colectividade em geral”. Contudo, isto é o que já nos parece ser de extrair do disposto nos artigos 9.º, n.º 2 e 7.º, n.º 3. Daí que não subscrevamos a crítica aqui feita por esta Autora.

114 Neste sentido, Calvão da Silva, 2008: 169.

115 Cfr. Gomes, 2008: 32.

Já relativamente à culpa, o artigo 10.º, n.º 2 estabelece que: “Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”. Assim concluímos, desde já, que não é necessária a demonstração de culpa no caso da prática de actos ilícitos^{116/117}.

Por outro lado, esta Lei consagrou a responsabilidade solidária por facto de outrem, no caso de existir dolo ou negligência grosseira por parte do órgão administrativo, com a consequente obrigatoriedade¹¹⁸ do exercício do direito de regresso. Isto resulta de uma análise conjunta do artigo 8.º, n.ºs 1, 2 e 3¹¹⁹ em conjugação com o artigo 6.º.

Veja-se ainda o disposto no artigo 16.º que estabelece uma indemnização pelo sacrifício sempre que o Estado ou as pessoas colectivas de direito público tenham, por razões de interesse público, imposto encargos ou danos *especiais* ou *anormais*¹²⁰, devendo atender-se (para o cálculo da indemnização a atribuir) ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

116 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 6.

117 Vejam-se as críticas tecidas por Gomes (2008: 35 e 36), a propósito da presunção de culpa leve decorrente da ilicitude, ainda que “sem possibilidade de identificação do culpado”. Embora a Autora reconheça que tal se justifique por uma ideia de proporcionalidade (só faltas com um determinado grau de culpa devem penalizar o funcionário) e por uma ideia de prossecução do interesse público e eficiência administrativa (a responsabilização do funcionário por qualquer falta poderia conduzir à paralisação da actividade administrativa), conclui que, “*de iure condendo*”, se deverá repensar nesta solução. Isto porque “deve ser admitida uma margem de risco de erro inerente à actuação da Administração prestadora, com múltiplas solicitações, crescentemente complexas. Quer devido a falhas humanas, quer em virtude de problemas de implementação de novas tecnologias de atendimento e processamento de pedidos, gera-se um risco de civilização neste contexto que deve ser suportado por todos, salvo em situações de danos anormais”. Quanto a nós, subscrevemos por inteiro esta posição.

118 Esta foi uma excelente novidade desta Lei: efectivamente, alguma doutrina já tinha alertado para a necessidade de consagração desta obrigatoriedade. Isto por duas ordens de razões: em primeiro lugar, a Administração nunca exerceu o direito de regresso previsto no artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei anterior; em segundo lugar, não devem ser os contribuintes os obrigados a suportar os prejuízos decorrentes da negligência grave ou dolo de funcionários da Administração.

119 Onde se pode analisar, segundo o artigo 8.º, n.º 1: “Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo”. O artigo 8.º, n.º 2 estabelece que: “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes (...)”. Por fim, o artigo 8.º, n.º 3 enuncia que: “(...) o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis (...)”, referindo o artigo 6.º que: “O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório (...)”.

120 O itálico é nosso.

4.4. O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa

O artigo 22.º da nossa Constituição¹²¹ é resultado do texto da revisão constitucional de 1982, aí se estabelecendo o princípio da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas por factos ilícitos danosos praticados no exercício das funções públicas e por causa desse exercício¹²².

A redacção deste artigo já era a que resultava da versão original da CRP de 1976, embora estivesse consagrada no artigo 21.º. Foi esta Constituição de 1976 que estabeleceu, pela primeira vez, um princípio geral de responsabilidade da Administração Pública¹²³.

Com o actual artigo 22.º é regulado o princípio geral de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, referindo-se genericamente “às acções ou omissões no exercício das suas funções”¹²⁴.

O seu âmbito de aplicação não se circunscreve apenas em actividades de gestão pública, não podendo a Administração esquivar-se às suas responsabilidades através da fuga para o Direito Privado ou da manipulação da natureza jurídica da personalidade colectiva¹²⁵. Este preceito constitucional representa, assim, o principal em matéria de responsabilidade civil extracontratual da Administração¹²⁶.

Com efeito, a inserção desta disposição na primeira parte da Constituição, relativa aos direitos fundamentais, denuncia que o legislador constitucional se preocupou em assegurar uma resposta ao princípio da indemnização como resultado da ocorrência de danos, tanto numa perspectiva organizatória, como

121 Recordamos aqui o disposto neste artigo: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”. Este artigo é socorrido pelo artigo 268.º, n.º 4 da CRP, o qual consagra o direito à tutela jurisdicional efectiva, implicando a natural exigência de responsabilização das pessoas colectivas públicas.

122 Correia (1998: 414), a propósito da análise a este artigo, funda este dever de indemnizar num princípio de justiça comutativa, devendo o Estado cumpri-lo porque deve “repor um *statu quo ante* privado que, com a sua acção, indevida e inadvertidamente se alterou”.

123 Não nos alargaremos neste ponto. Contudo, para superiores desenvolvimentos a respeito da análise às anteriores Constituições, *vide* Cortez (2000: 11 e ss).

124 Miranda & Medeiros (2005: 211), a propósito da anotação a este artigo, aplaudem a manutenção desta consagração genérica, já que não foi consagrada a posição defendida no projecto de 1980 por Francisco Sá Carneiro, a qual sugeria que o preceito constitucional se referisse apenas “às acções ou às omissões praticadas no exercício das funções administrativas”.

125 Neste sentido, Miranda & Medeiros, 2005: 211.

126 Cfr. Mesquita, 2004: 101.

numa perspectiva de instrumento essencial à protecção dos particulares¹²⁷. Assume, desta forma, uma dimensão de *garantia institucional*, constituindo um importante avanço no nosso “património” jurídico¹²⁸.

É de frisar também que a referência expressa à “solidariedade”¹²⁹ da responsabilidade visa, para além de tornar efectivo o direito do lesado à reparação do dano, estimular a diligência dos agentes encarregues da prossecução das tarefas do Estado.

Por último, deve ser realçado o facto do artigo 22.º da CRP apenas consagrar a responsabilidade do Estado por actos administrativos *ilícitos*¹³⁰. Remete-se esta problemática para o ponto seguinte, o qual constituirá o foco principal da nossa atenção nas restantes páginas do nosso artigo.

5. A responsabilidade por acção das Autoridades Reguladoras Independentes
É inegável que a actuação administrativa por parte das ARI é lícita e necessária à defesa de direitos e liberdades fundamentais contrapostos aos interesses dos regulados¹³¹.

Contudo, também é inegável que as autoridades reguladoras poderão vir a exceder os contornos dos poderes que lhes foram confiados, no âmbito do exercício das suas atribuições¹³².

Efectivamente, as ARI são dotadas de amplas prerrogativas de inspecção, de investigação e de sancionamento¹³³, as quais, se não forem exercidas *propor-*

127 Cfr. Miranda & Medeiros, 2005: 212.

128 Correia (1998: 457), considera este artigo “uma verdadeira *garantia de status quo*”, já que proíbe qualquer tipo de retrocesso a este nível.

129 Assim, qualquer norma legal que exclua a responsabilidade solidária perante acções ou omissões ilícitas realizadas por funcionários ou órgãos do Estado, com diligência e zelo manifestamente inferiores aos que estariam obrigados em razão do cargo, sofrerá de inconstitucionalidade. Neste sentido, *vide* Miranda & Medeiros, 2005: 215.

130 Entendemos por acto *ilícito* aquele que é contrário ao direito, fornecendo um pressuposto típico da genese de um dever de indemnizar. Neste sentido *vide*, nomeadamente, Correia, 1998: 423.

131 Prata Roque, 2009: 412.

132 Quem goza de poderes de autoridade poderá usá-los sem ter em consideração que os mesmos têm limites. Veja-se, a título de exemplo, os OPC, que por vezes *abusam* no uso dos seus poderes.

133 Veja-se, nomeadamente, os poderes de tipo policial atribuídos pelo artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11/06, à AdC, e também o que já foi estudado no presente trabalho a propósito dos poderes que são atribuídos a estas autoridades.

cionalmente, poderão atentar contra posições jurídico-subjectivas¹³⁴ dos regulados, implicando deveres de indemnização a cargo das ARI¹³⁵. Contudo, até onde se poderá estender esse direito à indemnização? Embora a actividade de fiscalização ou investigação possa contender com direitos fundamentais de empresas, sócios ou investidores, será que todos estes terão direito à indemnizabilidade dos danos que lhes foram causados?

É então necessário verificar em que casos se poderá proceder a uma *viável* responsabilização *por acção* das autoridades reguladoras¹³⁶.

Veja-se o caso dos poderes sancionatórios¹³⁷ que são atribuídos às ARI, os quais poderão suscitar diversos problemas a propósito da sua responsabilização pela prática de actos administrativos ilícitos¹³⁸, já que poderão ocasionar danos patrimoniais ou morais na esfera jurídica dos sujeitos que são “alvo” das actividades de regulação e de supervisão.

134 Cordeiro, 2005: 155. O Autor fala de atentados contra o bom nome e a reputação das empresas e até mesmo de atentado contra a sua propriedade privada, no sentido do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição.

135 Socorramo-nos de alguns exemplos que são avançados por Albuquerque & Pereira (2005: 215 e 216) para ilustrar o problema. Imagine-se que, o ICP-ANACOM, sem a precedência de quaisquer averiguações relativamente ao fundamento de queixas de utentes de um operador de comunicações licenciado, dá início a uma investigação, tornando pública a abertura do correspondente processo e as queixas vêm, mais tarde, a revelar-se manifestamente infundadas; ou que, a CMVM procede a um inquérito, destinado a averiguar a existência de uma infracção de uma entidade supervisionada e usa, para tal, meios desproporcionados à gravidade da infracção e o grau de probabilidade de ela ter sido efectivamente praticada. Em ambos os casos se causaram danos ao bom nome, clientela e valor das acções da sociedade investigada.

136 Wymeersch (2005: 1000) nota que: “Liability for deficiencies in supervision should be made clear: the supervisor in charge should assume full responsibility, including for the supervised subsidiaries. In case of deficient supervision, the supervisor should be held responsible, and this according to the liability standards applicable in the home State”.

137 Conforme já tivemos oportunidade de desenvolver no presente artigo. Uma autoridade reguladora, ao punir uma certa empresa, poderá fazer com que esta seja afectada, podendo contender, nomeadamente, com o “direito de funcionamento da empresa”, ou “*Recht am Gewerbebetrieb*”. Desenvolvidamente, considerando esse direito um “*Sonstiges Rechts*”, nos termos do § 823.º- I BGB, Larenz & Canaris (1994: 392 e 393).

138 Existe doutrina jus-administrativista que afasta a inclusão da “responsabilidade por acto lícito” no instituto da responsabilidade civil. Aquela corresponde tão só a uma compensação pelo sacrifício dos particulares pela privação ou restrição desproporcionada de um direito fundamental, em prol da prossecução de um interesse público. Neste sentido, entre outros: Prata Roque, 2009: 408.

Albuquerque & Pereira e Cordeiro têm proposto o critério do “alarido social”¹³⁹ para se determinar a ocorrência do “excesso administrativo”¹⁴⁰.

Segundo esse critério, o exercício dos poderes parajurisdicionais (*maxime*, o poder de buscas) deve ser exercido de modo proporcional, com prudência e cautela, evitando “alarido(s) desnecessários” ou “excesso de zelo”, defendendo mesmo que não são justificáveis as buscas que ultrapassem os “limites do razoável, da proporcionalidade ou do necessário”. Contudo, apenas perante circunstâncias concretas se poderá aferir esse excesso, pecando esta posição pela sua subjectividade terminológica.

No nosso ordenamento jurídico, a selecção dos danos que merecem ser ressarcidos resulta, em primeiro lugar, do artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil (CC), norma central em sede de responsabilidade civil¹⁴¹. Este preceito dispõe que: “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”¹⁴².

É necessário analisar o disposto no artigo 484.º do CC, relativamente ao dever de indemnizar por lesão do bom nome das próprias empresas reguladas¹⁴³, isto porque este artigo não vem *estender* a tutela delitual que resulta do artigo 483.º do CC, vem apenas confirmar o que já resulta desta norma central. Assim sendo, basta que para tal se verifique alguém *afirmar ou difundir*

139 Em sentido crítico a este conceito, Prata Roque (2009: 413) defende que este critério não se afigura como eminentemente normativo, “pecando pela sua fluidez terminológica e subjectividade de apreciação”. Para mais, também refere que tal critério demonstra a desconsideração pelo interesse público prosseguido pela entidade encarregue da regulação e supervisão, já que na maioria dos casos apenas a divulgação pública das diligências administrativas permite restabelecer o respeito pela legalidade democrática.

140 Albuquerque & Pereira, 2005: 204 e Cordeiro, 2005: 155.

141 O nosso sistema de responsabilidade civil, de clara inspiração alemã (contraposto, *v.g.*, ao sistema francês da *faute*), exige o preenchimento dos pressupostos diversos da ilicitude e da culpa, desde logo, nos termos e para os efeitos do artigo 483.º, n.º 1 do CC, o qual constitui a pedra-angular de todo este sistema. Para maiores desenvolvimentos, *vide*, por todos, Leitão (2009a: 237 e ss).

142 Sobre a análise do anteprojecto de Vaz Serra a propósito da elaboração deste artigo, e a referência de Direito Comparado aos sistemas jurídicos francês, alemão e italiano, os quais oferecem dois modelos essenciais em sede de responsabilidade civil, *vide* Vasconcelos (2007: 153 e ss.) e mais desenvolvidamente, Leitão (2009a: 239 e ss).

143 Apontando no sentido da sua admissibilidade, *vide*, nomeadamente, Albuquerque & Pereira (2005: 225) e Cordeiro (2005: 155). Sobre este assunto, a propósito da admissibilidade dos danos morais no contexto de pessoas colectivas, *vide*, desenvolvidamente, Dias (2001: 37 e ss.), que considera que “O teor do artigo 484.º do CC – *ofensa do crédito ou do bom nome* – constitui, igualmente, uma achega importante” (p. 40).

*factos susceptíveis de denegrirem a reputação de outrem*¹⁴⁴, para que se accione o dever de indemnizar.

Deste modo, se as autoridades reguladoras não respeitarem os limites que são impostos à sua actuação, poderão ser acusadas de lesar o direito subjectivo ao bom nome relativamente às empresas reguladas. No entanto, é necessário ter em consideração que, em última análise, essa acusação poderá propiciar o esvaziamento do conteúdo da própria actividade reguladora, já que estas poderão ser acusadas sempre que divulgarem qualquer facto que seja susceptível de lesar o direito subjectivo ao bom nome de uma certa empresa alvo da actividade reguladora.

Contudo, o maior problema com que nos deparamos é o de saber como se poderá desvendar uma natureza ilícita do acto causador do dano, já que existe uma expressa autorização legal para a divulgação deste tipo de informações. No entanto, não devemos olvidar que qualquer exercício de uma posição jurídica deverá passar sempre pelo crivo da boa fé, ou seja, pelo juízo da figura do *abuso de direito* consagrado no artigo 334.º do CC¹⁴⁵.

Prata Roque sugere que o exercício dos poderes de investigação constitui sempre o exercício de um direito e, até mais, de um dever cometido pela Constituição (artigo 39.º, n.º 1, da CRP), verificando-se sempre uma causa de exclusão da ilicitude¹⁴⁶. Deste modo, sugere que a aferição de um eventual “excesso administrativo” tenha como base sempre o princípio da *proporcionalidade* e não a concepção “empírica” de “alarido social”¹⁴⁷ para se aferir quando é que os limites de actuação são ultrapassados.

Pela nossa parte, consideramos que é necessário averiguar em que casos é que as Autoridades Reguladoras não respeitaram o princípio da *proporcionalidade*.

144 Neste sentido, Albuquerque & Pereira, 2005: 226.

Já no direito alemão, o § 824.º – I do BGB, ao contrário do nosso artigo 484.º do CC é uma disposição que alarga a responsabilidade delitual, sendo uma excepção ao princípio de que os danos puramente patrimoniais causados por negligência não são indemnizáveis no âmbito delitual (cfr. Larenz & Canaris, 1994: 463). Qualquer facto afirmado, para ser susceptível de originar um direito a indemnização, tem de ser apto a colocar em causa a credibilidade da entidade que foi lesada (p. 470). Contudo, estes Autores referem que o Tribunal Superior de Justiça Alemão (BGH) tem exigido um entendimento muito restritivo do § 824.º – I do BGB, já que a afirmação de factos falsos tem de ser *apta* a influenciar a decisão das “pelo menos potenciais” partes do “negócio”.

145 Albuquerque & Pereira, 2005: 219.

146 Prata Roque, 2009: 413.

147 Prata Roque, 2009: 413.

lidade, i.e., em que casos é que usaram dos seus poderes de intervenção, sem ter sido realmente necessário. Adicionalmente, é também imprescindível que sejam escolhidas as medidas mais apropriadas e proporcionais para alcançarem os seus objectivos¹⁴⁸.

Um outro problema neste âmbito é o facto da divulgação de informações relativas a procedimentos de investigação afectar grandemente o valor societário das principais entidades sujeitas à actividade de regulação¹⁴⁹.

Torna-se perceptível que, no que diz respeito às sociedades cotadas em bolsa, possam existir riscos de perda do valor patrimonial dos títulos representativos do capital daquelas, resultado da divulgação de informações lesivas do bom nome das entidades reguladas e dos seus administradores¹⁵⁰.

Quanto à posição dos investidores é verificável que os titulares de acções de sociedades sujeitas à ingerência das autoridades reguladoras possam sofrer um dano. Este dano consiste no facto de os accionistas, quando alienam as suas acções, o fazerem por um preço inferior àquele que seria normal. O dano será a diferença, para menos, entre as duas situações patrimoniais globais do lesado, i.e., do titular de uma parte das acções de certa sociedade¹⁵¹.

Para a análise deste problema, será essencial fazer uma referência, ainda que (inevitavelmente) breve, sobre a questão da *ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais em sede delitual*.

A questão central dos danos puramente patrimoniais consiste em saber se os mesmos são ressarcíveis em sede delitual¹⁵². Poderemos definir dano pura-

148 Hancher, Larouche, & Lavrijssen (2003: 365 e 366) sugerem que, para tal efeito, que se faça sempre uma análise custo-benefício.

149 Neste sentido: Cordeiro, 2005: 156 e Albuquerque & Pereira, 2005: 205.

150 Cfr. Cordeiro, 2005: 149 e ss. e Albuquerque & Pereira, 2005: 224 e ss. Estes autores defendem que, mediante uma apreciação casuística, se poderá defender uma extensão do direito à tutela do bom nome às pessoas colectivas.

151 Albuquerque & Pereira, 2005: 229. Veja-se o conceito de dano no direito alemão, em Larenz (1987: 426 e ss. – § 27.º – II). Resumidamente, Larenz entende que o dano apenas se pode aferir com a comparação de duas grandezas, i.e., a anterior à ocorrência do evento lesivo e a posterior à ocorrência desse efeito, considerando que o conceito de “dano natural” não basta: a comunidade jurídica deve partir dele e dar-lhe maior precisão (atendendo a lógica de compensação), até se chegar ao conceito de “dano indemnizável juridicamente”, pela qual certo agente seja responsável.

152 Cfr. Leitão, 2002: 197 e 198. A Autora refere que “[...] perguntar pelo núcleo dos danos puramente económicos indemnizáveis, é dar uma resposta aos limites da responsabilidade civil e ao modo como se inserem num sistema coerente”, não existindo ainda uma resposta estável e coerente a este problema. Nesse estudo, a Autora investiga os casos mais significativos da jurisprudência anglo-americana e as suas evoluções, tentando chegar a algumas conclusões. Mais recentemente, a Autora continuou a sua pesquisa, analisando jurisprudência norte-americana, a propósito da erosão da regra de não recuperação dos danos

mente patrimonial como sendo aquele em que se verifica um dano, traduzido numa perda patrimonial, sem que se tenha verificado uma prévia violação de um direito subjectivo absolutamente protegido^{153/154}.

Um dos argumentos que se costuma avançar é o de que não existe por parte dos sujeitos um direito subjectivo que incida sobre o património e, como tal, não podem existir na esfera delitual deveres de segurança no tráfego que incidam sobre a tutela do património, já que tal se mostraria incompatível com o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas¹⁵⁵.

Contudo, necessário é ter em consideração que na resposta à admissão da indemnização dos danos puramente patrimoniais, “não se joga uma resposta sobre uma protecção ampla do património, que nunca poderá ser subscrita, mas antes a resposta a quais os danos puramente patrimoniais em relação aos quais é materialmente justo que se preveja normativamente o seu ressarcimento”¹⁵⁶.

Também no âmbito dos danos puramente patrimoniais, será importante retomarmos novamente o instituto do abuso do direito, consagrado no artigo 334.º do CC^{157/158}.

puramente patrimoniais, afirmando “[ser] relevante traçar linhas de determinação de um *standard* para a indemnização”. Assim, conclui por um critério triplo que poderá contribuir para a uniformização dos danos puramente patrimoniais: “[a] previsibilidade dos lesados, previsibilidade dos prejuízos e transmissão do risco”. Este último estudo pode ser confrontado em Leitão, 2009b: 1059 a 1080.

153 Neste sentido, *vide*, por todos, Monteiro, 1989: 187. Este Autor inicia esta temática abordando a necessidade de limitação dos danos que são ressarcíveis (p. 175 e ss.).

154 Sobre a origem e evolução dos danos puramente patrimoniais, a sua análise no sistema de *common law* e nos sistemas continentais (particularmente, no francês e alemão): Leitão, 2009a: 295 e ss. (*maxime*, 301 e ss.)

155 Abstemo-nos de entrar em desenvolvimento sobre estes aspectos. Assim, desenvolvidamente, *vide*, Albuquerque & Pereira (2005: 235) e Vera-Cruz Pinto (2005: 176 e ss.). Todos estes Autores acabam por concluir que os organismos públicos não têm direito a um livre desenvolvimento da personalidade, o qual não deve ser tutelado em detrimento dos interesses puramente patrimoniais dos investidores.

156 Cfr. Leitão, 2009a: 273 e 274. Assim, a Autora defende que estes danos devem ser inseridos no sistema de responsabilidade civil e compreender em que situações é que deverão ser indemnizados.

157 Frada & Vasconcelos (2006: 158) referem que o abuso do direito assume uma particular relevância na tutela dos interesses puramente patrimoniais, já que o que conta para o abuso do direito é “(...) a circunstância de, no respectivo exercício [de um direito], o seu titular ter excedido manifestamente os limites, impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito”.

158 Monteiro (1989: 545 e 546) refere que a ausência, na secção da responsabilidade civil do nosso código, a disposição semelhante à consagrada no § 826.º do BGB (a qual possibilita o ressarcimento de danos causados dolosamente contra os bons costumes independentemente dos bens atingidos), não pode ser considerada uma lacuna no sistema da responsabilidade delitual, já que o nosso artigo 334.º do Código Civil desempenha precisamente a mesma função.

Este preceito diz respeito ao facto de um titular de um direito exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou económico desse direito¹⁵⁹. No entanto, para que o abuso possa dar lugar a responsabilidade civil é necessário que os pressupostos previstos no artigo 483.º do CC se encontrem preenchidos (*maxime*, a existência de culpa)¹⁶⁰. Note-se, no entanto, que o abuso do direito deverá ser de aplicação residual, já que só deverá intervir para tutelar interesses puramente patrimoniais quando não existir nenhuma disposição de protecção que tenha por objecto a tutela desse tipo de interesses¹⁶¹.

Cordeiro acaba por concluir que, quando o exercício dos poderes de autoridade por parte das ARI (no caso, analisando a AdC) atente contra direitos fundamentais ou de personalidade das empresas, tal irá dar azo à sua responsabilização civil por danos patrimoniais e morais, chegando mesmo a concluir que todos os danos causados (inclusive, aos próprios accionistas) deverão ser ressarcidos, dando como argumentos o facto de a sociedade confiar na actuação da ARI, sendo-lhe exigível um dever especial de ponderação e cuidado, e também o facto da própria defesa da concorrência o exigir¹⁶².

Vera-Cruz Pinto também entende que os danos causados aos investidores devem ser ressarcidos, dando uma resposta positiva ao problema da indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais em sede delitual¹⁶³.

Por sua vez, Albuquerque & Pereira também entendem que *todos* os danos decorrentes de uma actuação *desproporcionada* ou *injustificada* das ARI devem ser ressarcidos, referindo três argumentos:

Por um lado, a não aplicação do princípio do livre desenvolvimento da personalidade relativamente à prática de actos de gestão pública, entendendo que o estabelecimento desta responsabilidade não constitui um entrave à dinâmica da actuação dos sujeitos na vida económica ou de circulação de riqueza. Por outro lado, que as ARI, devido aos seus elevados poderes de ingerência na esfera das sociedades, estão em melhores condições para influenciar

159 A propósito do surgimento deste instituto e das suas concepções fundamentais, *vide* Vasconcelos (2007: 194). Esta Autora considera, no entanto, que essencial para efeitos de responsabilidade civil é o abuso por manifesto excesso dos limites impostos pelos bons costumes.

160 Neste sentido, Vasconcelos, 2007: 200.

161 Cfr. Leitão, 2000: 152.

162 Cordeiro, 2005: 156 e 157.

163 Vera-Cruz Pinto, 2005: 179 e ss.

as decisões dos investidores. E, por último, que tal é coerente com alguns preceitos do Código dos Valores Mobiliários, o qual consagra a protecção de uma informação clara e verdadeira aos investidores, justificando por aí a admissibilidade da responsabilidade das Autoridades Reguladoras por danos puramente patrimoniais causados aos titulares de acções das sociedades¹⁶⁴.

Calvão da Silva discorda dos entendimentos referidos e, embora reconheça o direito à indemnização por parte das entidades reguladas (as próprias empresas) no caso de existir uma actuação culposa das ARI que viole direitos subjectivos ou dispositivos legais destinados a “proteger, directa ou reflexamente, os seus interesses”, entende que no caso dos titulares das participações sociais dos regulados deve “impor-se uma abordagem cautelosa da possibilidade da sua indemnização pelas ARI”¹⁶⁵.

Num estudo recente, Menezes Leitão, em consonância com a opinião de Calvão da Silva, entende que são indemnizáveis os danos puramente patrimoniais que resultem da violação de uma norma de protecção, devendo considerar-se como tal as normas que estabelecem a responsabilidade das autoridades reguladoras.

No que diz respeito à indemnização dos accionistas, o Autor entende que estes são terceiros relativamente à empresa lesada e que tal constitui um dano reflexo. Acrescidamente, salienta o facto dessa indemnização aos accionistas poder colocar em causa a prossecução do interesse público por parte das autoridades reguladoras, de acordo com um argumento de realismo ou praticabilidade do direito. Salienta ainda o facto de as acções constituírem mais-valias latentes, e apenas quando são alienadas é que revelarão o dano¹⁶⁶. Por fim, ao indemnizar-se a empresa, já se estará indirectamente a indemnizar os

164 Albuquerque & Pereira, 2005: 247 e 248.

165 Cfr. Calvão da Silva, 2008: 170 e 171. Este Autor entende que se deve concretizar dessa forma a expressão “ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”, contida no artigo 9.º da Lei n.º 67/2007. Deste modo, conclui que deve ser dada uma resposta negativa a respeito da indemnizabilidade das situações em que os accionistas (das empresas reguladas) sofrem um dano, independentemente de ter sido violado qualquer direito absoluto seu ou normas legais destinadas à sua protecção. Este Autor também dá uma resposta negativa à questão da indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais, já que tal não ponderaria adequadamente os interesses públicos subjacentes à actividade da regulação, nem o valor do realismo ou praticabilidade do Direito.

166 Este problema é interessante: pense-se numa acção que foi comprada, ficticiamente, a “50”, antes do início da investigação valia “80”, tendo descido o seu valor para “60”. Será que existe algum dano? Quando é que se “cristalizará” o dano?

accionistas, não podendo existir uma dupla indemnização pelo mesmo facto, o qual consubstanciaria um enriquecimento sem causa¹⁶⁷.

Pela nossa parte, parece-nos que a razão está do lado destes últimos Autores, sendo necessário ponderar os interesses em jogo.

Considerada a efectivação de uma responsabilidade por *acção* das ARI a *todos os seus níveis*, conforme o defendem Albuquerque & Pereira, Cordeiro e Vera-Cruz Pinto, ir-se-á atentar contra o âmbito de actuação próprio das ARI. Ou seja, assim qual seria o motivo para que elas teriam sido criadas?¹⁶⁸

No nosso ponto de vista, cremos que deve ser adoptado um padrão de actuação conforme a um funcionário médio (no caso, regulador médio). É fundamental que o dano se verifique no círculo de interesses privados que a norma visa tutelar, não deixando de ter presente que estas normas são essencialmente dirigidas para proteger o funcionamento (eficaz) do mercado, mesmo que tal implique um risco genérico da ocorrência de danos.

Se todos os accionistas estivessem legitimados a exigir uma indemnização, os credores da obrigação de indemnizar multiplicar-se-iam para um número incomportável, pondo em causa a manutenção da indemnização dentro de limites *razoáveis*, gerando os chamados “danos em cascata”. Com efeito, apenas muito remotamente se poderá aferir a existência de qualquer nexo de causalidade¹⁶⁹ entre o acto da autoridade reguladora e aquele que produziu o dano decorrente da descida do valor das acções.

Em conclusão, não nos parece haver lugar à indemnização por parte destas autoridades a cada um dos accionistas pela descida do valor das suas participações sociais. Qualquer posição contrária levaria a que não houvesse uma ponderação adequada dos interesses públicos prosseguidos inerentes à actividade de supervisão das ARI, para além de que a atribuição dessa indemnização se traduziria num duplo ressarcimento dos sócios, uma vez que estes beneficiam, desde logo, ainda que indirectamente, da atribuição de uma indemnização à própria empresa, na qual detêm as suas acções. Semelhante ordem de ideias e

167 Estes argumentos podem ser confrontados em Menezes Leitão, 2010: 8 e 9.

168 A título ilustrativo, vejam-se as críticas de Larenz & Canaris (1994: 474), afirmando os Autores que alguém que seja impedido de comunicar um facto, do qual estivesse convencido da sua veracidade, no qual um terceiro ou o público tenham um interesse legítimo, mas não o consiga logo provar, deixaria de o fazer, constituindo uma violação do artigo 5.º I GG.

169 Adoptamos, nesta sede, a *teoria da causalidade adequada*, segundo a qual não basta que o facto tenha sido em concreto causa do dano, em termos de *conditio sine qua non*, mas sim que, em abstracto, seja também adequado a produzi-lo, segundo o curso normal das coisas.

o mesmo raciocínio, se nos parece impor quanto à responsabilidade das ARI relativamente a terceiros (sejam clientes ou agentes afectados que se relacionem com as empresas reguladas).

Afigura-se-nos, por outro lado, que já é sustentável, não devendo levantar qualquer tipo de objecção, o dever que recai sobre cada ARI em indemnizar as próprias empresas cujos respectivos direitos e interesses legalmente protegidos foram postos em causa com a sua actuação.

6. A responsabilidade por omissão das Autoridades Reguladoras Independentes

Problema distinto e, no nosso ponto de vista, mais complexo, é o da responsabilidade civil das ARI *por omissão*¹⁷⁰.

Efectivamente, nestes casos, gera-se um problema de responsabilidade administrativa *in vigilando*, sendo particularmente relevante a análise do disposto no artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007¹⁷¹. Assim, devemos indagar, ainda que de acordo com outro pressuposto, a possibilidade de se efectivar um direito à indemnização por responsabilidade extracontratual da entidade reguladora¹⁷².

Atente-se no exemplo de uma ARI não ter fiscalizado um qualquer ilícito concorrencial, o qual lesou o interesse dos concorrentes dessa empresa no mercado e, ainda, os consumidores.

Em primeiro lugar, devemos fixar o conceito de *omissão*. Omitir não significa “não fazer nada”, mas sim “não fazer algo que era esperado”¹⁷³. A *omissão como comportamento* esperado para o Direito é a ideia que devemos reter¹⁷⁴.

170 Importante a este respeito o estudo de Carvalho (1999), sobre uma teoria geral da omissão e dever de agir em Direito Civil.

171 Este preceito parece implicar a remissão para o artigo 493.º, n.º 1 do CC (cfr. Cadilha, 2008: 168).

172 A este respeito, Maçãs, 2006: 27 [n. 29]. A Autora, sem desenvolver este problema, refere o conhecido exemplo da falência da casa de câmbios “Deak e Companhia Macau Lda.”, de 1972, que foi resolvido em sentido desfavorável pelo Tribunal Superior de Justiça de Macau. Resumidamente, os clientes que se viram impedidos de receber a totalidade do que tinham depositado, intentaram acção de responsabilidade civil contra o Instituto Emissor de Macau, tendo vindo a ser negada a sua pretensão.

173 Carvalho, 1999: 115. O autor socorre-se dos seguintes exemplos, bastante elucidativos, para demonstrar que se deve verificar todo o contexto em que se verifica uma abstenção (p. 123): “Assim, se A ficou sentado na cadeira em casa, temos uma atitude sem qualquer sentido e é impossível falar em acção esperada. (...) Mas se considerarmos o evento «A não esteve no emprego», já se pode identificar a acção esperada e a atitude ganha relevância social. Por outras palavras, a omissão só pode ser considerada como forma de comportamento se a considerarmos no contexto conduta-evento”.

174 Desenvolvidamente, a propósito da omissão como resultado de uma falta de acção, *socialmente* esperada: Carvalho, 1999: 119.

Este problema tem ocupado poucas páginas na doutrina. Calvão da Silva aborda esta temática, ainda que de forma superficial¹⁷⁵, questionando se poderá existir responsabilidade das ARI por danos directamente causados por estas entidades reguladoras a terceiros (clientes, fornecedores, credores, entre outros): “Deve a entidade reguladora indemnizar os clientes de uma empresa sob a sua supervisão, quando os prejuízos daqueles se devam à *actuação ilícita e culposa da sociedade?*”¹⁷⁶. Este Autor dá uma resposta negativa a esta questão, justificando-a no facto da livre iniciativa económica implicar a responsabilidade dos operadores do mercado para com os seus clientes por danos que lhes causem. Contudo, entende que, se a actuação da empresa regulada, geradora dos danos, apenas foi possível devido a *falhas na vigilância* por parte das ARI, se poderá justificar a sua co-responsabilidade, “tendo em conta a legítima confiança depositada pelo público na supervisão estatal”¹⁷⁷. No entanto, após esta conclusão, parece retroceder no seu raciocínio, entendendo que se deve admitir um dever de indemnização das ARI *apenas* quando existirem acções ou omissões *graves* na supervisão¹⁷⁸.

Menezes Leitão entende que, para ser possível estabelecer este tipo de responsabilidade é necessário que o “fim da actividade de supervisão corresponda à tutela desses interesses [referindo-se à tutela de interesses alheios, correspondentes à segunda variante de ilicitude prevista no artigo 483.º, n.º 1 do CC] e que o dano se verifique no círculo de interesses que a norma visou impedir, quando estabeleceu a imposição desses comportamentos ao regulador”¹⁷⁹. Este Autor acaba por concluir que a Lei n.º 67/2007 é clara, de acordo com o artigo 10.º, n.º 3¹⁸⁰, estabelecendo que as ARI serão responsáveis

175 Calvão da Silva, 2008: 172 e 173.

176 O itálico é nosso.

177 Calvão da Silva, 2008: 172.

178 Cfr. Calvão da Silva (2008: 173), oferecendo um argumento de comparação com a responsabilidade dos juizes, atendendo à sua autonomia e responsabilidade dos regulados e à frequente escassez de meios técnicos e humanos dos reguladores para cumprir a sua missão.

179 Menezes Leitão, 2010: 9.

180 Cadilha (2008: 119) afirma que o artigo 10.º, n.º 3 inclui a omissão de deveres de inspecção, supervisão ou controlo sobre actividades que devam estar sujeitas a autorização administrativa, ainda que tal possa bastar-se numa corresponsabilidade da Administração com os particulares lesantes quanto aos danos produzidos. Assim, a ilicitude da omissão “resulta da existência, na situação concreta, de uma obrigação de agir (que deverá estar fixada por lei, regulamento, acto ou contrato administrativo), estando a culpa na omissão associada a um padrão médio de comportamento, segundo a definição constante do artigo 10.º, n.º 1”. Este Autor continua (p. 120), afirmando que “mesmo nos casos em que não haja presunção de culpa –

em caso de incumprimento dos deveres de vigilância, presumindo-se a culpa leve nessa situação. Quando haja pluralidade de responsáveis, aplicar-se-á o artigo 497.º do CC (*ex vi* artigo 10.º, n.º 4 da Lei n.º 67/2007), respondendo a ARI, solidariamente com o lesante principal, pelos danos causados¹⁸¹.

O problema principal, no âmbito da responsabilidade civil das ARI por *omissão*, tem a ver com o facto dos danos causados terem um lesante principal, distinto do regulador. É verdade que existiu uma omissão de regulação. Contudo, também é verdade que quem causou *directamente* o dano não foi a ARI, mas sim o agente económico que infringiu as regras¹⁸². Para mais, este poderá ter usado mecanismos subtis e evasivos para que não viesse a ser descoberto pela ARI. O uso de tais mecanismos e a frequente escassez de meios técnicos e humanos da própria ARI, poderá dificultar a prossecução eficaz dos objectivos tentados por esta. Efectivamente, se o “ladrão” fizer de tudo para que não seja descoberto pela “polícia”, será que ainda assim a devemos responsabilizar por não ter descoberto o “ladrão”?

Deve procurar-se formular o critério de determinação do nexo de causalidade entre uma omissão e um dado evento, adoptando a fórmula de Carvalho, segundo a qual existe nexo de causalidade entre uma omissão e um certo evento quando “dadas as regras da experiência e as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo sujeito, a prática do acto omitido teria, segura ou muito provavelmente, evitado esse evento, previsto ou previsível para o sujeito”¹⁸³.

como sucede em relação aos deveres prestacionais genéricos –, a culpa pode resultar de um funcionamento anormal do serviço, entendido, segundo o disposto no artigo 8.º, n.º 3, como correspondendo a uma situação em que, «atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigido ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos». Cremos que esta posição não pondera adequadamente os interesses em jogo, conforme teremos oportunidade de explicitar no texto principal.

181 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 10.

182 Veja-se, sobre este aspecto, o Direito inglês, que se encontra dividido sobre esta questão: o caso *Murphy vs Brentwood District Council*, em que o Senhor Murphy comprou uma casa licenciada e descobriu mais tarde que esta padecia de graves deficiências de construção. Assim, exigiu uma indemnização pelo dano à autoridade municipal *Brentwood District Council* por falha no dever de fiscalização. Contudo, a sua pretensão veio a ser rejeitada na Câmara dos Lordes, que entendeu que não se poderia responsabilizar o supervisor, já que não foi este a causar o dano. Esta decisão revogou o precedente *Anns vs Merton London Borough*, que perante o mesmo cenário tinha responsabilizado o supervisor por considerar que os órgãos municipais encarregados de fiscalizar as actividades de construção têm um *duty of care* relativamente aos adquirentes na actividade inspectiva. Sobre a análise destes casos, a propósito do estudo dos danos puramente patrimoniais: Leitão, 2002: 202 e ss.

183 Carvalho, 1999: 126.

A responsabilidade *por omissão* não pode encarar-se na mesma perspectiva dogmática da responsabilidade *por acção*. O dano não é directamente causado pela Administração, mas sim por facto de terceiro.

Em termos naturalísticos¹⁸⁴, não pode existir qualquer consequência da omissão da Administração: *ex nihilo nihil fit*. Daí ser necessário fundamentar o dever de indemnizar, decorrente da verificação de uma omissão, no *dever* e na *possibilidade de evitar* o resultado lesivo, sendo uma incumbência das ARI impedir o facto que causará a lesão. Embora pensemos que exista um *dever de agir*, que deve resultar da posição de garante que é dada à Administração, não se poderá dar uma resposta unívoca e de “ânimo leve” ao problema.

Pense-se, por exemplo, nos recentes casos em que a AdC não conseguiu esclarecer as controvérsias existentes em torno da evolução dos preços dos combustíveis, entendendo não existir qualquer cartelização de preços entre as gasolinehas¹⁸⁵. Ou no caso em que alguém compra uma casa com licença de utilização e ainda assim, o imóvel vem a revelar-se com graves deficiências de construção, implicando a sua reconstrução¹⁸⁶. Ou, ainda, no caso das recentes insolvências dos Bancos BPP e BPN, sendo legítimo questionarmo-nos a propósito da possível responsabilização, por deficiente regulação, por parte do Banco de Portugal. Com efeito, tais factos poderão levar a um crescente descrédito da sociedade relativamente à actuação das ARI¹⁸⁷. Mas será *viável* responsabilizá-las?

Cada caso é um caso e o julgador não poderá obrigar cada ARI a indemnizar *todo* e *qualquer* dano resultante da sua omissão de actuação, ou do incum-

184 Carvalho, 1999: 123. O Autor entende que entre omissão e evento não pode existir nunca um nexo causal naturalístico. Contudo, o nexo causal puramente naturalístico não se adapta às necessidades do Direito.

185 Contrariamente, veja-se a decisão da Autoridade da Concorrência Espanhola que, a 30 de Julho de 2009, condenou 3 empresas petrolíferas a uma coima total de 7.9 milhões de euros, por fixação indirecta dos preços de venda ao público em estações de serviço independentes, nomeadamente, através de cláusulas contratuais com esse fim. Essa Autoridade divulgou também, a 3 de Setembro de 2009, um relatório em que analisa as falhas identificadas no mercado dos combustíveis, propondo medidas estruturais para promover a concorrência.

186 Cfr. já foi abordado *supra*.

187 Jenny, 2009: 449. Este Autor alerta que os mercados financeiros se baseiam na confiança da estabilidade e solidez dos bancos e das instituições financeiras. Daí que, por norma, os bancos emprestem mais dinheiro do que aquele que recebem de depósito, permitindo a circulação do dinheiro e garantindo a “saúde” da economia. Quando um dos bancos entra em falência, tal poderá levar ao pânico generalizado, o que fará com que as pessoas retirem o seu dinheiro dos bancos, e consequentemente, se gerem efeitos sistémicos em toda a economia. Daí que a actuação do Banco Central deva ser eficaz, aniquilando a possibilidade de falência de qualquer desses bancos em risco, assegurando a estabilidade e segurança do sector.

primento dos deveres de vigilância, tal como parece resultar do artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007.

No caso de se entender que o artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 67/2007 poderá legitimar a indemnização por *qualquer* incumprimento dos deveres de vigilância da ARI, os contribuintes acabarão assim por ser duplamente prejudicados: por um lado, pagam os custos do (mau) funcionamento dos serviços administrativos; por outro, têm ainda que suportar as indemnizações por *qualquer* dano decorrente de uma falta leve ou do mau funcionamento (não raras vezes) da complexa máquina administrativa da Administração.

Afigura-se-nos que, *de iure condendo*, a opção do legislador deveria ser repensada: o dever de indemnizar por *falta leve* deveria limitar-se aos casos em que se geram *danos anormais* na esfera jurídica dos particulares, e não *todo e qualquer dano* resultado de uma *falta leve*, muitas vezes *inevitável* no funcionamento da Administração¹⁸⁸.

Assim, entendemos que deve ser exigida cautela e prudência na aplicação destes preceitos, devendo o julgador pautar-se por critérios de razoabilidade no estabelecimento de uma obrigação de indemnizar. Para tal, cremos que apenas danos *especiais* ou *anormais* deverão ser ressarcidos neste contexto, podendo para tal o critério consagrado no artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, relativo a este tipo de danos e que estabelece uma indemnização pelo sacrifício, dar-nos uma preciosa ajuda.

7. Síntese conclusiva

No final do caminho que nos propusemos percorrer, pensamos estar em condições de estabelecer algumas conclusões.

As ARI têm vindo a assumir-se como um dos produtos da evolução do Estado regulador e das novas tarefas e responsabilidades que este tem vindo a avocar nas últimas décadas, em consequência da gradual privatização de empresas e de funções que inicialmente cabiam ao Estado prestador.

Assim, as ARI poderão arrogar-se como uma nova forma de actividade administrativa, com independência face à Administração do Estado, que promove a modernização das estruturas económicas e sociais.

188 Bastante elucidativo a este respeito: Gomes (2008: 36 e 37), referindo que mesmo o artigo 22.º da CRP deve ser "submetido a um teste de compatibilidade com outras posições jurídicas, nomeadamente com valores constitucionalmente protegidos que possam provocar compressões no seu conteúdo". Veja-se o que foi dito *supra* [na nossa n. 107].

Este novo modo de exercício do poder estadual, que se tem vindo a intensificar, não pode, no entanto, desconectar-se da prossecução do interesse público, nem privilegiar a eficácia em detrimento das garantias inerentes a um Estado de Direito. A sua actuação deverá procurar sempre um equilíbrio entre a concorrência e a regulação, mediante a promoção de um mercado estável e seguro.

Como garantia da prossecução dessa eficácia, as entidades reguladoras movem-se num quadro de novos poderes administrativos e prerrogativas de autoridade, nomeadamente, de supervisão inspectiva, poderes repressivos, coercitivos, cautelares, de orientação do mercado regular e até de resolução de litígios.

Os poderes e a especial confiança que é depositada pela sociedade na actuação das ARI poderá suscitar o problema da sua responsabilização civil.

Como analisámos ao longo deste artigo e tivemos oportunidade de demonstrar, o instituto da responsabilidade civil da Administração tem vindo a sofrer uma evolução largamente favorável aos particulares.

O princípio da irresponsabilidade do Estado e demais entidades públicas deixou de ser a regra, confirmando-se isso com a Lei n.º 67/2007, que teve o mérito de não procurar a protecção das entidades públicas, introduzindo sim a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

É fundamental o aprofundamento do estudo da responsabilização das ARI, sob pena de estas serem consideradas anti-democráticas. No entanto, também é necessário que não nos procuremos refugiar no Estado para indemnizar *todos* os danos que possam ser causados pela actuação ou omissão da actuação destas autoridades.

É imprescindível aplicar o regime com prudência e cautela e não responsabilizar o Estado e as entidades públicas a todos os níveis. Embora tal possa parecer tentador à primeira vista, é importante interiorizarmos que os prejudicados seremos todos nós, ou seja, os contribuintes. Para além de o dinheiro público já ser usado para a criação e manutenção das ARI e dos seus órgãos, não se poderá sustentar que ainda se concedam indemnizações *sem limites* pela actuação (ou omissão de actuação) destas autoridades, canalizando ainda mais recursos públicos.

Apenas o julgador poderá aferir, prudentemente, quando se impõe um dever de indemnizar a ser atribuído pelas ARI pelos danos que estas tenham causado.

Parece-nos, por isso, que não se poderão responsabilizar as ARI por todo o tipo de danos que estas possam causar com a sua actuação, nem, por outro lado, responsabilizá-las ainda por todas as omissões ou falhas de supervisão que cometam.

Afigura-se-nos evidente que, por vezes, o controlo judicial dos actos praticados pelas ARI possa ser difícil, já que existe uma insuficiente preparação especializada dos magistrados para acompanhar a tecnicidade exigida para controlar este sector de actividade. Poderíamos acabar por ver provas obtidas pelas ARI totalmente desacreditadas e até um esvaziamento do conteúdo da actuação destas entidades reguladoras.

Com a evolução da Ciência do Direito, cremos que se deveria apostar na especialização dos juízes, para existir um melhor e mais efectivo controlo dos agentes que estão incumbidos da prossecução das tarefas tipicamente estatais¹⁸⁹.

Efectivamente, existe hoje uma cláusula geral facultativa de criação legislativa destas autoridades – o artigo 267.º, n.º 3 da CRP –, não nos devemos, contudo, esquecer, que estas não configuram uma forma normal e geral de organização administrativa.

Deve ser dada primazia a uma unificação da regulação no que concerne à criação das ARI, de forma a que se possa tornar claro um reconhecimento da importância que a administração indirecta constitui. Apenas assim se poderão tornar melhor aceites, pela comunidade em geral, os seus poderes legais, os seus mecanismos de supervisão e sancionamento, a sua organização e estrutura, bem como a possibilidade da sua efectiva responsabilização.

Densificados os pressupostos que presidem à criação de cada ARI e identificados, com maior rigor, os seus fins e poderes, consideramos que poderiam ser repensadas muitas entidades do nosso sector público.

Muitas destas figuras apareceram num contexto de “desregulamentalização”, de euforia do mercado, podendo algumas delas ser repensadas e (re) avaliadas.

Com efeito, se se verificar que certa ARI não cumpre os fins para que foi instituída e não responde eficazmente às necessidades do mercado, porque

189 Apostando-se exactamente nesta especialização dos juízes, veja-se a nova Proposta de Lei n.º 180/2010, onde a necessidade de “novos mecanismos para a uniformização da jurisprudência”, dão o mote à criação de um Tribunal de Competência Especializada para a Concorrência, Regulação, Supervisão, e outro de Propriedade Industrial, na Comarca de Santarém (www.asjp.pt/wp-content/uploads/2010/06/Parecer-sobre-Proposta-de-Lei-180-2010.pdf).

não proceder a um “*down-sizing*” desses órgãos e serviços *desnecessários* em vez de se pensar na sua responsabilização *a todos os níveis*?

Efectivamente, verificamos que a intensidade da regulação não é sequer igual em todos os sectores da economia. Existem actividades económicas que são alvo de uma regulação muito intensa e outras que, na sua essência, se mantêm desreguladas¹⁹⁰.

Neste último caso, é necessário melhorar a regulação desse tipo de sectores, fazendo com que as instâncias de supervisão, dotadas de autoridade e meios adequados para tal efeito, possam reforçar os seus deveres de transparência e informação.

De futuro, deve apostar-se num acerto e qualidade técnica irrefutável das decisões das ARI, e não, como parece que se tem vindo a fazer até agora, tentar responsabilizá-la por *tudo* (quando elas actuam) e por *nada* (quando já não o fazem). Só assim o público voltará a acreditar na qualidade destas entidades.

Em vez de nos refugiarmos numa responsabilização do Estado em geral que, ainda que tentadora, nos prejudica a todos, deverá ser repensada a função e a razão que presidiu à criação de cada ARI em especial.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de

1990 “Direito Português da Concorrência (Em torno do Decreto-Lei. n.º 422/83)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 50, Dezembro, pp. 577-669.

ALBUQUERQUE, Pedro de & PEREIRA, Maria de Lurdes

2005 “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 203-248.

190 Alertando para este facto: Moreira & Marques, 2003: 115 e ss. Estes autores dão o exemplo paradigmático das farmácias vs construção civil. No primeiro, verifica-se um sector estritamente protegido, onde as regras do mercado e da concorrência praticamente não têm aplicação. O segundo, pelo contrário, pauta-se por um défice de regras e de incumprimento das (poucas) que existem. É este segundo exemplo que nos trará um importante contributo ao tema que ora analisamos. Os autores perguntam-se: “Como se suporta que essas mesmas obras sofram com tanta frequência de defeitos graves, mal começam a ser utilizadas? (...) Quantos cidadãos não tiveram já que suportar do seu bolso reparações em casas novas, por não terem conseguido responsabilizar os respectivos construtores?”.

ANTONIOU, Theodora

2007 “The role of independent administrative authorities”, in *Staatsmodernisierung in Europa*, pp. 237-289.

ARAÚJO, Fernando

2005 *Introdução à Economia*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.

BOLINA, Helena Magalhães

2009 “O regime dos processos de contra-ordenação dos reguladores independentes”, in Ferreira, Eduardo Paz, Morais, Luís Silva & Anastácio, Gonçalo (coord.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes

2008 *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de

1999 *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*, Coimbra: Almedina.

CARDOSO, José Lucas

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição. Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da administração independente*, Coimbra: Coimbra Editora.

CORDEIRO, António Menezes

2005 “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 121-157.

2010 *Manual de Direito Bancário*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

CORREIA, Maria Lúcia Pinto

1998 *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora.

CORTEZ, Margarida

2000 *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora.

CUSTOS, Dominique

2006 “The rulemaking power of independent regulatory agencies”, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54 (Supplement), pp. 615-639.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira

2001 *O Dano Moral na Doutrina e na Jurisprudência*, Coimbra: Almedina.

FERRÃO, Marisa Caetano

2007 “As entidades administrativas independentes com funções de regulação económica e a dualidade de jurisdições. Breves notas”, in *O Direito*, ano 139, III, pp. 601-637.

FIGUEIREDO, André

2006 “A informação difundida no Mercado de Valores Mobiliários e os poderes da CMVM: uma «nova dimensão do direito administrativo?»”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 24, Novembro, pp. 63-100.

FRADA, Manuel Carneiro da & VASCONCELOS, Maria João Pestana de

2006 “Danos económicos puros – Ilustração de uma problemática”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, vol. II, pp. 151-176.

GARCIA, António Dias

2004 “Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas”, in Quadros, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 180-216.

GOMES, Carla Amado

2008 *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa: AAFDL.

HANCHER, Leigh, LAROCHE, Pierre & LAVRIJSSEN, Saskia

2003 “Principles of good market governance”, in *Journal of Network Industries*, vol. 4, n.º 4, pp. 355-389.

JENNY, Frédéric

2009 “The economic and financial crisis, regulation and competition”, in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 32, n.º 4, December, pp. 449-464.

LARENZ, Karl

1987 *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München: C. H. Beck.

LARENZ, Karl & CANARIS, Claus-Wilhelm

1994 *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, München: C. H. Beck.

LEITÃO, Adelaide Menezes

2000 *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina.

- 2002 “Os danos puramente económicos nos sistemas da common law-I”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 197-218.
- 2009a *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra: Almedina.
- 2009b “Jurisprudência nos danos puramente económicos nos sistemas da common law-II (jurisprudência norte-americana)”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1059-1080.
- LEITÃO, Luís Menezes
- 2010 *A Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras*, disponível em: <http://icjp.pt/seccoes/658> [consultado em 2.06.2010].
- LEITE, António Nogueira
- 2000 “Funcionamento dos mercados e regulação”, in *A Regulação em Portugal*, pp. 127-156.
- MAÇÃS, Maria Fernanda
- 2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58 – Julho/Agosto, pp. 21-49.
- MALINCONICO, Carlo
- 1998 “The institutional profile and powers of the utility regulator”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, anno 8, n.º 6, pp. 1213-1223.
- MEROÑO VÉLEZ, Pedro Maria
- 2002 “Influencia de los reguladores en el funcionamiento de las empresas privadas”, in *La Modernización de la Justicia en España: XXIV Jornadas de Estudio*, pp. 777-784.
- MESQUITA, Maria José Rangel
- 2004 “Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente”, in Quadros, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 45-126.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
- 2005 *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTE, Mário Ferreira
- 2009 “A regulação no contexto do direito sancionatório. Em especial, os sectores da energia e do ambiente”, in Palma, Maria Fernanda & Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 239-270.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde

1989 *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*, Coimbra: Almedina.

MORAIS, Carlos Blanco de

2001 “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, pp. 101-154.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Maria Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital & MARQUES, Maria Manuel Leitão

2003 *A Mão Visível: Mercado e Regulação*, Coimbra: Almedina.

MWENDA, Kenneth Kaoma

2006 *Legal Aspects of Financial Services Regulation and the Concept of a Unified Regulator*, Washington DC: The World Bank.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz

2005 “A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 159-201.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

2000 “A supervisão no novo código dos valores mobiliários”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril, pp. 90-103.

PROSSER, Tony

2005 “Competition Law and Public Services: from single market to citizenship rights?”, in *European Public Law*, vol. 11, Issue 4, pp. 543-563.

ROQUE, Ana

2004 *Regulação do Mercado: novas tendências*, Lisboa: Quid Juris.

2006 “A regulação do mercado: aspectos essenciais”, in *Galileu Revista de Economia e Direito*, vol. XI, n.º 1, pp. 63-74.

ROQUE, Miguel Prata

2009 “Os poderes sancionatórios da ERC- Entidade reguladora para a comunicação social”, in Palma, Maria Fernanda & Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 367-442.

SALVADOR MARTINEZ, Maria

2002a *Autoridades independientes; Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona: Ariel Derecho.

2002b “Función y competencias de las autoridades reguladoras en España”, in *La Modernización de la Justicia en España: XXIV Jornadas de Estudio*, pp. 719-730.

SANCHES, José Luís Saldanha

2000 “A regulação: história breve de um conceito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, pp. 5-22.

SILVA, João Nuno Calvão da

2008 *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.

SILVA, Paula Costa e

2006 “As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica”, in *O Direito*, ano 138, III, pp. 541- 569.

SOUSA, Marcelo Rebelo de & MATOS, André Salgado de

2008 *Responsabilidade Civil Administrativa. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa: D. Quixote.

VASCONCELOS, Maria João Sarmiento Pestana de

2007 “Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português”, in *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, pp. 147-206.

VEIGA, Raul Soares da

2009 “Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in Palma, Maria Fernanda & Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (org.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 139-173.

VELOSO, José António

2005 “Aspectos inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in Albuquerque, Ruy & Cordeiro, António Menezes (coord.), *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 29-106.

WYMEERSCH, Eddy

2005 “The future of financial regulation and supervision in Europe”, in *Common Market Law Review*, Vol. 42, n.º 4, pp. 987- 1010.

PREÇOS PREDATÓRIOS: ENCONTROS E DESENCONTROS DE JURISPRUDÊNCIA E PENSAMENTO ECONÓMICO

João Ilhão Moreira

ABSTRACT: *The present article analyses predatory pricing which has long proven to be one of the most controversial topics on Competition Law. On one side American jurisprudence, following the reasoning proposed by the influential Chicago School of economics, has held predatory pricing to be an implausible strategy and in practice refused to regulate price-cutting. On the other side, the European Court of Justice has established a stream of decisions, recently broadened by the France Telecom case, which upheld heavy fines applied by Commission to dominant undertakings that have at some point opted for deep-cut pricing strategies.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conceptualização económica da prática de preços predatórios. 2.1. A desconstrução do fenómeno de predação através de preços: a perspectiva da Escola de Chicago. 2.2. A prática de preços predatórios num contexto de informação imperfeita: o contributo da escola pós-Chicago. 2.2.1. Modelos de imperfeições de informação no mercado de capitais. 2.2.2 Modelos de sinalização e reputação em mercados com assimetrias de informação. 3. A construção de um *standard* de definição de preços predatórios: o teste *Areeda-Turner* e consequentes críticas e desenvolvimentos. 3.1. O teste *Areeda-Turner*. 3.2. Das críticas ao teste *Areeda-Turner*: a inclusão do longo prazo. 4. A evolução da jurisprudência norte-americana. 5. A evolução da jurisprudência europeia. 5.1. O acórdão *Akzo*. 5.2. Conclusões essenciais do acórdão *Akzo*. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A figura da grande empresa que através de preços predatórios exclui os pequenos concorrentes que com ela rivalizam no mercado desempenhou, tradicionalmente, um papel recorrente no folclore económico popular. A figura do pequeno empresário que, confrontado com a entrada de um grande operador económico, muitas vezes sem rosto, se vê forçado a abandonar a sua

actividade tradicional, rapidamente conquista a simpatia da opinião popular¹. Neste contexto, foi, desde cedo, convocado o direito da concorrência para prevenir que, através de baixas incomportáveis de preços, pudesse um operador dominante excluir empresas mais pequenas, sem capacidade para responder a tal pressão².

O fenómeno de eliminação dos concorrentes através de práticas de preços predatórios não convenceu, contudo, muitos dos estudiosos dos fenómenos de economia industrial. A ascensão e proeminência, a partir do final da década de 50, da chamada Escola de Chicago e a sua, muitas vezes inabalável, confiança nos mecanismos de auto-regulação do mercado viu surgir um conjunto numeroso de textos económicos onde a eliminação de concorrentes através de baixas de preços era apresentado como uma consequência do livre desenvolvimento do mercado, que resultava, necessariamente, em maior eficiência e económica e num maior nível de bem-estar geral.

Partindo-se desta construção, os fenómenos de preços predatórios foram proscritos como práticas irrealistas que, quando tentadas, redundariam, quase sempre, numa perda irracional de recursos por parte do operador dominante³. Esta configuração do pensamento económico foi, contudo, sucessivamente abalada pela introdução de modelos complexos e dinâmicos baseados em assimetria de informação que demonstravam que os arquétipos anteriores se descobriam demasiado simplistas ao rejeitar, de forma incondicional, a existência de tais fenómenos⁴.

1 Assim foi nos finais do Séc. XIX onde a aprovação em 1890 do Sherman Act foi contemporânea da feroz reacção da opinião popular ao desenvolvimento e ascensão dos *trusts* na vida económica norte-americana. Ver Letwin, 1956: 221-222.

2 Recorde-se a este propósito a dissolução em 1911 da *Standard Oil* e da *American Tobacco*, duas famosas empresas dominantes nos seus respectivos domínios de actividade. *Standard Oil Co. of N. J. v. United States*, 221 U. S. 1 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U. S. 106 (1911).

3 Não se afirme, porém, mesmo quando se assuma uma posição que recuse a racionalidade destas estratégias, que uma acção de cortes de predatórios dos preços praticados nunca se desenvolverá na vida económica prática. Ainda que estas estratégias se assumissem, necessariamente, como irracionais do ponto de vista económico, donos ou gestores de empresas podem encontrar razões não pecuniárias para ainda assim utilizarem esta estratégia. Efectivamente, razões emocionais, como a inimizade pessoal ou quebra de relações profissionais podem levar, em certas ocasiões extremas, a que alguns actores económicos optem por, mesmo desviando-se do objectivo de maximizar os seus rendimentos, utilizar estas estratégias para eliminar determinado concorrente. Elzinga, 1970: 239.

Descrevendo a influência que a presunção de racionalidade dos agentes económicos teve no desenvolvimento da jurisprudência norte-americana abordando preços predatórios, ver Leslie, 2010: 269-272.

4 Ver Hay, 1982: 364.

Dependente da vasta e complexa literatura económica dedicada ao tema, a jurisprudência norte-americana e europeia demonstram uma interessante história onde se podem ler, por vezes, não só meras construções económicas, mas também opções ideológicas ligadas ao funcionamento dos mecanismos de mercado, o nível ideal de intervenção no desenrolar deste e os objectivos últimos do Direito da Concorrência.

Procuraremos, neste texto, num primeiro momento, descrever de forma evolutiva as teses fundamentais que se debateram sobre a existência, racionalidade e probabilidade destas práticas, procurando, num segundo momento, confrontar as ideias fundamentais revistas com o desenvolvimento jurisprudencial dedicado a esta matéria no contexto europeu e norte-americano. Concluiremos este texto com algumas notas sobre alguns dos temas mais controversos que se colocam à jurisprudência dos dois lados do atlântico, procurando encontrar propostas para o aperfeiçoamento do tratamento desta problemática no contexto europeu.

2. A CONCEPTUALIZAÇÃO ECONÓMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS

Contrastando com a indiscutível complexidade do tema, a base esquemática das práticas de preços predatórios apresenta-se de simples compreensão. Construído como um abuso de posição dominante, a prática de preços predatórios concretiza-se, num primeiro momento, no corte dos preços de um determinado bem por parte de um operador de grande dimensão para, após a monopolização do mercado, subir esses mesmos preços, capturando lucros superiores às perdas ocorridas naquele primeiro momento⁵.

Central a esta possibilidade de eliminar os seus concorrentes através de uma substancial descida de preços, estaria a disponibilidade de maiores recursos financeiros apresentada pela empresa dominante em determinado mercado. Capaz de financiar, através de recursos próprios, um período de prejuízo que uma empresa de menor dimensão não poderia acompanhar, uma empresa dominante poderia, assim, subverter, sem apresentar nenhuma vantagem verdadeiramente competitiva, determinado mercado, reduzindo níveis de produção, riqueza e bem-estar.

5 Não se pode deixar de considerar como simplista esta apresentação do fenómeno da predação através da descida de preços. Como veremos em maior detalhe, *infra*, a estratégia de preços predatórios pode ser utilizada, não como um método de eliminação de rivais, mas sim como uma estratégia com vista a erguer uma barreira à entrada de novos competidores.

2.1. A desconstrução do fenómeno de predação através de preços: a perspectiva da Escola de Chicago

A análise mais cuidada das estratégias de preços predatórios revelou, porém, que estas se mostram bem mais custosas, difíceis de executar e bem menos possíveis de se mostrar bem sucedidas que uma reflexão menos atenta poderia indicar. Na sequência de um seminal artigo de McGee⁶, um conjunto vasto de literatura económica⁷, por norma integrado no mais amplo movimento da Escola de Chicago⁸, pôs em causa os pressupostos que sustentariam a possibilidade da predação através de preços, influenciando de forma decisiva a jurisprudência, sobretudo norte-americana, e constituindo-se como modelo dominante de análise desta problemática.

Puseram em evidência, estes autores, os enormes custos que uma estratégia de preços predatórios implica para a empresa que decidir tentar eliminar os seus concorrentes através deste estratagem. Efectivamente, se, como afirmámos, uma estratégia de preços predatórios se encontra dependente de um maior nível de recursos financeiros, será legítimo presumir que uma estratégia desta natureza apenas estará disponível a uma empresa de grande dimensão que procure eliminar competidores que não possuam os mesmos recursos. Assim sendo, facilmente se compreende que uma depressão de preços provocada por aquela empresa acarretará prejuízos consideravelmente maiores a esta do que aos seus rivais, visto ter que suportar perdas não só em todas as unidades subtraídas aos concorrentes mas, também, em todas as unidades já por si fornecidas ao mercado⁹.

6 McGee, 1958: 137-169.

7 Destaque-se Isaac & Smith, 1985: 320-345; Easterbrook, 1981: 263-337; McGee, 1980: 289-330; Bork, 1978: 149-159; Elzinga, 1970: 223-240.

8 Recorde-se que a Escola de Chicago surge nos anos 50 do século passado na sequência do trabalho de análise económica do Direito realizado por Aaron Director naquela Universidade. Ao trabalho deste juntou-se um conjunto vasto de elaborações e desenvolvimentos realizados por colegas e discípulos do referido Autor e onde se podem destacar Bowman, Bork, McGee e Telsler. O trabalho destes autores constituiu o corpo essencial do trabalho realizado por aquela Escola. Posner coloca a crítica à possibilidade de realizar preços predatórios como arma eficaz de eliminar a concorrência como uma das três ideias-chave da Escola de Chicago ao lado da demonstração da irracionalidade de contratos de *tie-in* como instrumento de obtenção de uma segunda fonte de lucros monopolistas e da análise realizada ao estabelecimento de acordos verticais entre empresas. Posner, 1979: 926-927. Ver, ainda, Crane, 2009: 1912-1913.

9 McGee, 1958: 140. Relembre-se, ainda, que uma expansão anormal de *output* implica, por norma, uma combinação menos eficiente de factores de produção, resultando em custos marginais crescentes com os correspondentes maiores prejuízos para a empresa predatória. Ver Easterbrook, 1981: 268.

Acrescente-se, ainda, que a baixa de preços provocada pela estratégia predatória resultará numa subida do número total de unidades consumidas no mercado, aumento tão maior quanto o nível de elasticidade da procura do produto em causa¹⁰. Assim, a empresa que procure realizar tal estratégia deve contabilizar um prejuízo que ocorrerá em todas as unidades por si já produzidas, todas as desviadas aos concorrentes através da baixa de preços e todas as resultantes do acréscimo de procura decorrente do mesmo decréscimo. A predação apresenta-se, então, como uma estratégia dispendiosa, de custos crescentes, necessariamente maiores à medida que a fatia que esta domina no mercado sobe.

Uma estratégia de preços predatórios estará ainda dependente de factores estruturais no mercado, concretamente, da existência de relevantes barreiras à entrada¹¹. Em todos os mercados em que a subida de preços possa ser automaticamente respondida com a entrada de novos competidores, atraídos pela possibilidade de realizar preços supra concorrenciais, a tentativa de monopolização falhará por, no momento em que a empresa predatória procurar recuperar o prejuízo realizado na eliminação dos seus rivais, novas empresas tomarem o lugar das empresas eliminadas.

Da mesma forma, deve levar-se em linha de conta que a estratégia predatória, mesmo no caso de se apresentar bem sucedida na tarefa de forçar a saída a determinado concorrente, não significa uma saída permanente do conjunto de meios físicos e humanos que constitui a empresa. A empresa forçada a sair do mercado pode conseguir, no momento de subida de preços, que o conjunto de bens que a constituem ser colocados novamente em utilização pelos antigos proprietários da mesma ou simplesmente comprados por novo investidor atraído pelos preços crescentes praticados¹²⁻¹³.

10 A inelasticidade da procura é, então, um elemento essencial de uma possível estratégia predatória, não só pela razão apontada, mas também, por no momento de, em posição monopolista, recuperar o prejuízo efectuado, uma elevada elasticidade impedir a empresa dominante de aumentar consideravelmente os preços. Joskow & Klevorick, 1979: 226-227; Bork, 1978: 149-151.

11 McGee, 1958: 142. Sobre o conceito de barreira à entrada, ver Carlton, 2004: 466-470; McAfee, Mialon & Williams, 2004: 461-465; Demsetz, 1982: 47-57.

12 Bork, 1978: 151; McGee, 1958: 140-141.

13 Acrescente-se que o raciocínio apresentado se estende a todos os outros tipos de práticas exclusórias praticadas por uma empresa dominante em mercados desprovidos de barreiras à entrada. Na ausência de custos de entrada e saída, ou seja, perante um *contestable market*, a subida do nível de preços significa uma automática entrada de novos competidores. Da mesma forma, qualquer desvio do preço para um nível inferior ao custo marginal, por parte de qualquer particular, levará todas as outras empresas no mercado a optarem por saírem temporariamente deste. Num mercado com as características referidas,

Também do lado da procura poderão surgir acções que se concretizem como obstáculos insuperáveis a uma tentativa de monopolização a partir de uma descida de preços. Efectivamente, perante uma descida acentuada de preços, especialmente quando percebida como artificial e temporária, muitos dos consumidores, distribuidores e especuladores aproveitarão essa baixa para comprar quantidades superiores do produto, que serão utilizadas em períodos futuros de consumo¹⁴.

A antecipação, do lado da procura, da estratégia de predação prejudica a empresa que tente a monopolização de dois modos. Num primeiro momento, a percepção da baixa não sustentável de preços desencadeará um aumento do número de unidades produzidas que a empresa dominante terá de fornecer, originando a esta maiores prejuízos. Num segundo momento, no improvável caso de sucesso de completa eliminação dos rivais, a armazenagem realizada por consumidores e distribuidores do produto diminuirá o número de unidades consumidas no novo período de alta de preços, tornando menos proveitoso o processo de monopolização do mercado através de uma estratégia de preços predatórios.

A dificuldade de uma estratégia de preços predatórios se apresentar como uma estratégia racional de eliminação da concorrência é, ainda, posta em causa quando se analisa o maior nível de recursos da empresa dominante como pressuposto do processo de eliminação da concorrência através de um processo de baixa de preços. Certamente que empresas que dominem uma maior fatia de mercado terão uma maior facilidade em acumular recursos internos que lhes permitam enfrentar o período de prejuízo decorrente da primeira fase de uma estratégia de preços predatórios. Contudo, a utilização de recursos internos não se realiza sem custos. Ao desviar para aquela estratégia recursos que de outro modo poderiam ter outra utilização, a empresa dominante incorre num custo de oportunidade tendencialmente semelhante ao juro praticado no mercado e a que a empresa-vítima pode encontrar financiamento no mercado de capitais¹⁵.

independentemente do número de empresas participantes, o preço praticado será igual ao preço marginal, ou seja, na ausência total de barreiras à entrada um mercado ainda que com apenas um participante reportará os mesmos níveis de eficiência económica que um mercado de concorrência perfeita. Sobre as características e funcionamento dos chamados *contestable markets*, ver Baumol, 1982: 1-15. Ver, ainda, Baumol & Willig, 1981: 425.

14 Easterbrook, 1981: 269.

15 Easterbrook, 1981: 270.

Por último, deve-se levar em conta que uma estratégia predatória, para se apresentar como um processo racional de eliminar a concorrência, não se pode apresentar apenas como um método possível de eliminação dos concorrentes, mas, ainda, como o processo com menores custos para a empresa dominante. Na realidade, métodos directos de diminuição da concorrência, como a aquisição e fusão de rivais¹⁶ ou a criação de cartéis maximizadores de lucros conjuntos¹⁷, ou métodos indirectos, como o forte investimento em publicidade e divulgação¹⁸, apresentam-se, muitas vezes, como técnicas mais baratas e racionais de eliminar a concorrência em certo mercado¹⁹.

Em conclusão, deve-se afirmar que, mais do que assumir uma absoluta impossibilidade de sucesso de estratégias predatórias, os Autores integrados no movimento da Escola de Chicago procuraram pôr em evidência a pequena probabilidade de sucesso destas práticas²⁰. Realçaram estes Autores, sobretudo, o facto de uma descida de preços, motivada por uma competição feroz no mercado, ou resultado de uma resposta natural à entrada de um novo competidor no mercado, poder ser confundida com uma estratégia predatória de uma empresa dominante. Para evitar que empresas se comportassem de forma excessivamente cautelosa, com os naturais decorrentes prejuízos para os consumidores que não beneficiariam do normal desenrolar da competição no mercado, indispensável se tornaria a não intervenção no mercado²¹.

16 McGee, 1958: 139.

17 Yamey, 1972: 129; Telser, 1965: 495-496.

18 Merkin, 1987: 187.

19 É, porém, importante destacar que, na realidade, as estratégias predatórias e as estratégias de aquisição de rivais não são métodos necessariamente alternativos podendo ser utilizados conjuntamente para a obtenção de uma estrutura monopolista em certo mercado. Demonstrando ter sido esta a estratégia da antiga *American Tobacco Company* perante os seus rivais nos finais do séc. XIX e princípios do séc. XX, ver Burns, 1986: 290-291. Ver, ainda, Saloner, 1987: 182.

20 Não se leia, porém, que dentro da Escola de Chicago de pensamento não existiram vozes que viram nas estratégias de preços predatórios, riscos suficientemente sérios para procurar um exigente teste para a sua determinação e controlo destes comportamentos. Ver Posner, 2001: 207-223. Ainda dentro do pensamento de Chicago, demonstrando um possível caso de uma estratégia de preços predatórios bem sucedida, apesar de alertar que tal sucesso deriva, apenas, da forte intervenção regulatória, ver Hazlett, 1995: 609-644.

21 Easterbrook, 1981: 267.

2.2. A prática de preços predatórios num contexto de informação imperfeita: O contributo da Escola Pós-Chicago

Tendo apresentado os Autores da Escola de Chicago um conjunto extenso e diversificado de argumentos que procuraram demonstrar as dificuldades desta prática se apresentar como uma estratégia racional de monopolização do mercado e os riscos que implica uma regulação da descida de preços por parte dos actores económicos dominantes, é importante porém referir que muitos dos argumentos apresentados têm um escopo menor do que o apresentado.

Por exemplo, quando se afirma que uma empresa que tente uma estratégia predatória encontrará prejuízos crescentes em todas as unidades já por si fornecidas e todas aquelas que passa a fornecer, tem de se levar em atenção ser possível a uma empresa predatória, em certos mercados, criar um esquema de preços discriminatórios²². Cobrando diferentes preços em diferentes unidades, a empresa conseguiria, baixando o preço unicamente para aqueles clientes fornecidos por um competidor, diminuir seriamente os custos desta estratégia, permitindo à empresa predatória manter margens de lucro assinaláveis em largo número das unidades produzidas.

Da mesma forma, deve-se salientar que, na maior parte dos mercados, a saída de um concorrente não se realiza sem um elevado número de custos não recuperáveis. Com a saída do mercado, um determinado operador económico apenas consegue recuperar, normalmente, uma fracção dos custos fixos em que incorreu para realizar a sua entrada no mercado. Como a contratação e despedimento de trabalhadores, a realização e rescisão de contratos e a construção e desconstrução das estruturas físicas necessárias à produção não se realiza, normalmente, sem custos, as empresas não podem simplesmente entrar e sair automaticamente do mercado conforme os preços praticados flutuem positiva ou negativamente.

Na mesma linha deve-se acrescentar que a capacidade de os consumidores se aperceberem e se aproveitarem de uma estratégia predatória levada a cabo por um concorrente é menor do que uma análise mais superficial indicaria. Desde logo, muitos produtos apresentam-se perecíveis, não podendo

22 Uma empresa poderá conseguir obter o propósito de exercer uma estratégia de predação sem realizar uma baixa de preços em toda a sua produção, baixando os preços somente nos mercados directamente em competição com a empresa que se pretende excluir ou recorrendo, por exemplo, a uma diversificação de marcas que permita a criação de uma *fighting brand*, idêntica àquela da empresa predada e onde se realizará a baixa de preços. Ver Posner, 2001: 210; Yamey, 1972: 136.

ser armazenados para períodos de consumo futuro, ou desactualizáveis, perdendo valor e interesse comercial com a passagem de períodos temporais. Acrescente-se, também, que em muitas situações não será possível a consumidores e distribuidores intermédios diferenciarem cortes competitivos, de carácter permanente, de cortes de preços temporários de carácter predatório que resultarão, mais tarde, em subidas de preços para níveis monopolistas.

Deve-se considerar, igualmente, que quando se expôs a existência de técnicas alternativas à utilização de preços predatórios não se evidenciou as limitações que estas estratégias demonstram. Desde logo, investimentos em publicidade e divulgação dependem da disponibilidade dos consumidores para alterarem os seus padrões de consumo e optarem pelo produto fornecido pela empresa dominante. Diferenças no produto e preferências de consumo podem tornar uma considerável parte da procura tendencialmente insensível a investimentos em publicidade.

Da mesma forma, técnicas de monopolização como a aquisição ou a cartelização de determinado mercado demonstram dificuldades que podem explicar a preferência por estratégias de preços predatórios. É que, desde logo, tentativas de cartelização do mercado não são aceites na maior parte dos modernos ordenamentos jurídicos. No mesmo sentido, deve-se citar que a maior parte dos ordenamentos jurídicos prevêem igualmente barreiras jurídicas à aquisição e fusão de concorrentes no mesmo mercado, não sendo esta estratégia, por isso, em muitas situações, possível para uma maximização monopolista dos lucros.

Diga-se, ainda em relação à possibilidade de adquirir uma empresa rival, que esta estratégia não se encontra, necessariamente, como alternativa a uma estratégia de preços predatórios. Efectivamente, uma estratégia de preços predatórios pode ser utilizada como um complemento a uma estratégia de aquisição de rivais²³. Um período ou a ameaça de um período de preços a níveis não lucrativos pode ser utilizado com vista a provocar uma reavaliação dos lucros expectáveis por parte de um rival e, conseqüentemente, uma revisão do preço de aquisição.

Assinale-se, porém, que, mesmo quando somados no seu conjunto, os contra-argumentos avançados, ainda que colocando pertinentes questões sobre a interpretação realizada pela Escola de Chicago do fenómeno de eliminação de concorrentes através de preços, não estabelecem como realista uma

²³ Yamey, 1972: 130-131.

estratégia desta natureza. Só através da introdução de modelos dinâmicos, possibilitados pela expansão da utilização da teoria dos jogos no mundo da economia industrial, hipóteses mais sustentadas da utilização racional de preços predatórios são susceptíveis de ser descritas²⁴.

A introdução de modelos dinâmicos permite reformular as concepções de partida da Escola de Chicago²⁵. Introduzindo situações em que existem imperfeições de informação no mercado de capitais ou em que se parte de uma assimetria de informação, disponível à empresa dominante e ao concorrente de menor dimensão, permitem estes novos modelos descrever condições em que a utilização de preços predatórios se apresenta como uma estratégia racional²⁶.

2.2.1. Modelos de imperfeições de informação no mercado de capitais

Como vimos nos tradicionais modelos de explicação do fenómeno de eliminação da concorrência através da descida de preços, uma empresa, em posição dominante, utilizaria o facto de possuir um maior número de recursos próprios para financiar um período de depressão nos rendimentos obtidos num certo mercado. A superior capacidade de suportar prejuízos por parte da empresa dominante permitir-lhe-ia eliminar os seus rivais de menor dimensão. Como já afirmámos, porém, tal mecanismo, nesta simples formulação, não se mostra susceptível de accionar uma saída de mercados dos elementos com menos recursos, visto poderem estes concorrentes, no caso de se demonstrarem empreendimentos rentáveis a longo prazo, encontrarem financiamento a curto prazo junto a instituições de crédito a funcionar no mercado de capitais.

Esclareça-se, contudo, que se podem encontrar deficiências no desenvolvimento da actividade dos mercados financeiros que podem explicar que

24 A perspectiva estática que informa a análise oferecida por esta escola de pensamento económico é, aliás, uma das críticas que se apontam em termos gerais a esta corrente de pensamento. Ver, por todos, Hovenkamp, 1985: 256-264.

25 E, assim, se lê igualmente uma reconceptualização do conceito de racionalidade no contexto da aplicação da teoria de jogos. Se na Escola de Chicago cada actor realiza as suas decisões a partir de um feixe de opções ordenadas em função da utilidade, sendo a incerteza da decisão incorporada na definição da utilidade expectável, já a escola de pensamento económica designada como pós-Chicago usa uma compreensão mais complexa e interdependente do mesmo conceito. Assim, a recompensa de cada participante já não é lida como uma escolha individual de um pré-determinado feixe de opções, mas sim como o resultado de um conjunto de decisões tomados não só pelo primeiro actor mas também por todos os participantes no mercado. Cada actor joga, então, não apenas com as consequências e resultados das suas acções mas também com o expectável espaço de decisão e incentivos disponíveis aos outros concorrentes.

26 Ver Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2247; Saloner, 1987: 182-183.

concorrentes mais eficientes e, conseqüentemente, viáveis, em teoria, a longo prazo, não consigam encontrar financiamento junto a instituições de crédito²⁷. Tal se deve à inexistência de informação perfeita por parte das instituições de crédito, que se confrontam, assim, com problemas de agência e riscos morais da parte dos seus devedores. Destaque-se, entre os riscos de conceder crédito a entidades empresariais, que os agentes decisórios destas não se encontrem tão motivados a expandir os capitais investidos como no caso de se tratar de capitais próprios. Realce-se, ainda, a possibilidade destes tomarem uma postura excessivamente arrojadada no mercado, tomando riscos excessivos com o capital fornecido por entidades externas.

Como resposta aos riscos de conceder crédito, a entidade investidora tem de criar os mecanismos que permitam minimizar as dificuldades enunciadas. Assim, para superar os riscos de fornecer a capital a um terceiro, os credores exigirão, normalmente, a presença de bens e capitais próprios que garantam o investimento por eles realizado no caso de má gestão ou má sorte do empreendimento financiado. É desta exigência que surge a possibilidade de empresas dominantes explorarem a sua maior capacidade de obter crédito perante terceiros e, conseqüentemente, puderem suportar, através do recurso a investimento externo ou capitais próprios, períodos de depressão de receitas, com maior facilidade que empresas de menor dimensão.

Some-se ao facto de uma empresa dominante possuir um maior nível de recursos próprios e capacidade de garantir endividamentos externos, a natural tendência de investidores e instituições de crédito, num ambiente de informação imperfeita, de apoiarem empresas com longas histórias de presença e sucesso no mercado. Desconhecendo, muitas vezes, a estrutura de custos de todos os participantes no mercado e reconhecendo o perigo dos agentes financiados tomarem riscos excessivos, os mercados de capitais tomarão uma acção defensiva, fornecendo crédito a custos menores a empresas incumbentes do que a novas empresas que entrem no mercado.

Em conclusão, pode-se afirmar que a existência destas discrepâncias no custo de capital justifica que não se possa negar a existência de estratégias predatórias que eliminem concorrentes tão ou mais eficientes, afirmando, simplesmente, que o financiamento externo por parte de entidades de crédito

27 Bolton & Scharfstein, 1990: 104-105. Destacando que as teorias de predação com base em imperfeição dos mercados financeiros não se confundem com as tradicionais teorias de "deep pocket", ver Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2285-2286.

e a existência de custos de oportunidade por parte da empresa predatória não permitem que aquelas estratégias se mostrem racionais.

Deve, contudo, esclarecer e reforçar-se que as referidas discrepâncias no custo de acesso a capital apenas demonstram uma possível racionalidade destas estratégias verificando-se, cumulativamente, uma dependência da vítima da estratégia de financiamento externo, uma incapacidade por parte de entidades financiadoras de reconhecerem o desenvolvimento de uma estratégia temporária de depressão dos preços praticados, uma maior capacidade da empresa dominante de se financiar através de recursos próprios ou acesso ao crédito e a existência de uma dependência, na empresa a eliminar, entre resultados iniciais e capacidade de obter financiamento²⁸.

2.2.2. Modelos de sinalização e reputação em mercados com assimetrias de informação

Para além dos modelos de predação baseados na demonstração de falhas no funcionamento no mercado de capitais, podem-se mostrar, ainda, estratégias predatórias credíveis em mercados onde existem relevantes assimetrias de informação entre a empresa dominante e um concorrente²⁹. Explorando um assimétrico conhecimento do mercado e respectivos custos de produção, uma empresa dominante pode procurar transmitir uma imagem da existência de um ambiente concorrencial mais duro que o real com vista a induzir a saída ou dissuadir a entrada de novos competidores³⁰.

Num mercado onde uma empresa dominante seja confrontada com a entrada de um novo concorrente, pode aquela optar por realizar uma considerável diminuição de um preço, num primeiro período, com vista a simular um maior nível de eficiência. Confrontado com essa descida de preços, a nova empresa tem, necessariamente, de recalcular a sua expectativa de retorno sobre o capital investido, considerando as probabilidades da empresa dominante ser mais eficiente do que o inicialmente previsto. A realização deste

28 Esta última condição mostra-se verdadeiramente essencial à possibilidade de uma estratégia de preços predatórios se mostrar bem-sucedida. Caso se verifique uma inexistência de ligação causal entre resultados iniciais e a possibilidade de obter financiamento, inexistente, também, a capacidade da empresa dominante afastar a nova empresa através da estratégia referida. Porém, é de assinalar que, muitas vezes, os contratos de financiamento e a possibilidade de encontrar novos financiadores dependem de demonstrações de *cash flow* que facilmente se podem ver afectadas pela prossecução de estratégias predatórias. Ver Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2290-2291.

29 Ver Motta, 2004: 415-418; Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2300-2304.

30 Ver Hemphill, 2001: 1604; Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2318-2320.

novo cálculo pode levar o novo concorrente a reponderar a sua decisão de entrada no mercado.

A racionalidade de tal estratégia depende, porém, como já se afirmou, da existência de falhas de informação que permitam à empresa dominante explorar a sua posição de incumbência no mercado. Deve, assim, existir, desde logo, um desconhecimento por parte dos potenciais novos concorrentes dos verdadeiros custos de produção da empresa dominante. No caso de os concorrentes conhecerem aqueles custos, a descida de preços realizada pela empresa dominante será incapaz de forçar a saída do novo concorrente, visto este compreender que aquela descida de preços não resulta de um maior nível de eficiência e agressividade, mas sim de uma estratégia de depressão de preços temporária que não pode ser mantida e que não afectará os lucros potenciais obteníveis a longo prazo³¹.

De forma idêntica a estas estratégias, conhecidas por estratégias de sinalização, processam-se as estratégias de preços predatórios através de modelos de reputação. Neste caso, porém, a descida de preços não irá pretender forçar a saída de um novo concorrente, mas sim desmotivar outros potenciais competidores de entrarem no mercado. Encontrando-se uma empresa dominante perante uma multiplicidade de potenciais concorrentes, aquela pode decidir-se por uma feroz reacção perante o primeiro concorrente com vista a desencorajar os outros potenciais competidores a entrarem naquele mercado ou em mercados paralelos em que a empresa dominante também actue³². Através desta acção, a empresa dominante procurará obter uma reputação de competidor feroz que combaterá através de todos os meios a entrada de qualquer novo concorrente no mercado.

Repita-se, porém, as considerações já avançadas acerca das estratégias de sinalização. Não existindo desconhecimento sobre os reais custos de produção da empresa dominante, o corte de preços logrará criar um verdadeiro efeito de reputação. Sendo externamente observáveis os custos de produção, a empresa dominante não irá criar um efeito de reputação de ferocidade, visto que a estratégia de preços predatórios, não se baseando em mercados com

31 Bolton, Brodley & Riordan, 2000: 2302.

32 Ver Hemphill, 2001: 1603-1604.

assimetrias de informação, encontra as dificuldades explanadas pelos Autores afectos à escola de pensamento económico de Chicago³³.

Em conclusão, demonstra-se, com a aplicação de modelos económicos dinâmicos, então, a possibilidade de preços predatórios se apresentarem como estratégias racionais e passíveis de surtir efeitos negativos na vida económica e no bem-estar geral produzido³⁴. Decidindo racionalmente sob a opção de permitir ou não entrada de um novo competidor, a empresa dominante exerce a sua escolha de radical descida de preços, ponderando se os custos e prejuízos decorrentes da extrema depressão de preço se apresentam menores aos prejuízos consequentes de nova entrada e consequente repartição de mercados e pressão consequencial. Provam os modelos da Escola Pós-Chicago que pode, efectivamente, conceptualizar-se diferentes situações em que a opção predatória se apresenta como a opção racional.

Advirta-se, porém, que o realismo dos modelos e possibilidades propostas como demonstração da frequência apresenta-se fortemente controverso, não realizando irrefutável prova da sua frequência, quando são tomadas em consideração os rigorosos pressupostos fácticos que os modelos exigem³⁵.

3. A CONSTRUÇÃO DE UM *STANDARD* DE DEFINIÇÃO DE PREÇOS PREDATÓRIOS: O TESTE *AREEDA-TURNER* E CONSEQUENTES CRÍTICAS E DESENVOLVIMENTOS

Se se demonstra contido o verdadeiro risco que as estratégias predatórias representam para o bom desenvolvimento do mercado, mostra-se necessário o desenvolvimento e escolha de critérios que permitam distinguir situações de genuína concorrência de planos ilegítimos de eliminação de rivais através de deflação de preços. Naturalmente, existe uma íntima relação entre a utilização de diferentes critérios e as diferentes concepções sobre a ameaça que constituem as estratégias predatórias.

33 Questão interessante é saber se a vantagem de informação obtida, legitimamente, pela empresa dominante e que justifica um melhor posicionamento estratégico não deverá ser considerada igualmente uma vantagem competitiva legítima. Pronunciando-se no sentido de que punir este tipo de vantagens competitivas poderá desencorajar investimentos benéficos na recolha de informação sobre a estrutura de mercado, ver Kate & Niels, 2002: 22.

34 Hay, 1982: 366.

35 Evans & Padilla, 2005: 74; Elzinga & Mills, 2001: 2477.

São claras as vantagens da utilização de um critério pré-definido e uniforme de determinação do carácter predatório de um certo preço. Desde logo, a existência de tal regra torna-se indispensável para os próprios operadores económicos, visto que uma insuficiência de segurança jurídica nesta área poderia levar a que as empresas cumprissem comportamentos excessivamente conservadores³⁶. Permite tal regra, ainda, que entidades jurisdicionais, muitas vezes sem a preparação necessária para o exercício de complexa avaliação económica, encontrem pontos de apoio na apreciação dos comportamentos concorrenciais de empresas dominantes e de controlo da acção de entidades reguladores da concorrência³⁷.

3.1. O teste *Areeda-Turner*

A busca por um critério objectivo utilizável na definição de uma situação de prática de preços predatórios começa com a proposta de Areeda e Turner³⁸. Em 1975, e na sequência de jurisprudência norte-americana onde empresas em posição dominante se viram condenadas por cortes nos preços praticados, foram estes dois Autores os primeiros a procurarem desenvolver uma proposta sistemática de avaliação de comportamentos de preços com vista a determinar a sua conformação com os preceitos concorrenciais³⁹.

Partindo dos cânones conceptuais da micro-economia Marshalliana, onde a empresa em mercado de concorrência perfeita produz até à unidade em que o seu custo de produção marginal atinge o preço de mercado e o monopolista produz até à unidade em que o seu custo marginal se equivale com as receitas marginais, argumentam os autores inexistir a possibilidade de uma empresa dominante incorrer na prática de preços predatórios enquanto praticar preços superiores aos seus custos marginais.

Como intuitivamente se compreende, se uma empresa coloca o seu preço acima do seu custo marginal, ou seja, cobra um preço mais alto do que lhe

³⁶ Kate & Niels, 2000: 787.

³⁷ Ver Hay, 1982: 366. Avisa, porém, o Autor que mais importante que a escolha de determinado critério é que a entidade jurisdicional responsável pela aplicação ou revisão da aplicação de tais critérios compreenda o espírito da regra que subjaz ao controlo do comportamento da empresa dominante.

³⁸ Areeda & Turner, 1975: 697-733.

³⁹ Citaram os Autores como principais deficiências da jurisprudência, à altura existente nos tribunais norte-americanos, a incapacidade de definir de forma correcta e clara que práticas deveriam ser consideradas preços predatórios e a existência de um receio exagerado que empresas dominantes usem, com frequência, tal estratégia. Areeda & Turner, 1975: 698.

custa criar uma unidade extra de produção e a sua empresa rival não consegue acompanhar aquele preço, tal significa um maior nível de eficiência do primeiro produtor. Por outro lado, nos casos em que a empresa necessita de baixar os seus preços a um nível inferior aos seus custos marginais com vista a eliminar os seus concorrentes, tal demonstra uma menor eficiência desta, devendo este comportamento, por isso, ser punido pelo direito da concorrência⁴⁰.

Importa, ainda, esclarecer que apesar de os Autores utilizarem o conceito de custo marginal como fronteira para determinarem se certo comportamento se apresenta como predatório, reconhecem, também, a dificuldade de definir o valor daquele custo. Efectivamente, o custo de produção de uma unidade extra, como se intui, não pode, comumente, ser inferido da contabilidade de determinada empresa, obrigando, assim, as autoridades responsáveis pela aplicação do direito da concorrência a recorrerem a outros dados de mais fácil leitura a partir da contabilidade de uma empresa. Assim, propõe os Autores que se utilize, como *proxy* de custo marginal, os custos variáveis médios.

Não se confundem, porém, como reconhecem os Autores, custos marginais e custos variáveis médios⁴¹. Contudo, quando os custos marginais são crescentes (ou seja, a situação em que o custo variável médio é critério menos exigente que o custo marginal), tal significa que a empresa está a produzir unidades de forma sucessivamente menos eficiente. Estes são os casos em que a empresa produz já ao seu nível óptimo, encontrando-se limitada a

40 Areeda e Turner recusam a legalidade de preços *infra* custos marginais mesmo quando a empresa dominante procura justificar tais opções argumentando tratarem-se de preços promocionais ou de uma resposta a um corte de preços realizados por um concorrente. Em relação a preços promocionais, afirmam, essencialmente, os Autores que uma empresa em situação monopolista, ao contrário de um novo concorrente ou de um rival de menor dimensão, não necessita de reduções extremas de preços (como são necessariamente aquelas que colocam o preço abaixo do custo marginal de produção) para estimular a procura dos seus produtos. Em relação à justificação de resposta a um corte de preços realizados por um concorrente, afirmam os Autores que, apesar de, por vezes, tais justificações pudessem ser aceitáveis, as dificuldades administrativas decorrentes de determinar se o preço do rival de menor dimensão era, ou não, ilegal somadas às dificuldades de avaliar a legalidade de tal resposta desaconselham a aceitação desta defesa. Areeda & Turner, 1975: 713-716.

41 Recorde-se que os custos marginais, como *supra* mencionado, referem-se ao custo de produção de uma unidade extra. Pelo seu lado, custos variáveis médios é o resultado da divisão dos custos da empresa que variam com o volume de produção pelo número de unidades produzidas.

Certo é que apenas existirá coincidência entre custos marginais e custos variáveis médios quando os custos marginais se apresentam constantes, ou seja, a produção de mais uma unidade apresenta sempre o mesmo custo para a empresa. Normalmente, porém, não existirá coincidência entre estes dois custos. Como se conhece, quando os custos marginais são crescentes, este valor apresenta-se superior aos custos variáveis médios. Inversamente, custos marginais decrescentes determinam que o custo marginal seja inferior ao custo variável médio.

sua capacidade de expandir o seu nível de produção. Nestas circunstâncias, a probabilidade de se realizar uma estratégia predatória assume-se como consideravelmente baixa, visto a empresa, nesse momento, dificilmente poder responder a aumentos de procura decorrentes da baixa de preço.

De forma inversa, quando os custos marginais são decrescentes, ou seja, a situação em que o custo variável médio é critério mais exigente que o custo marginal, os maiores riscos que as empresas dominantes optem por estratégia predatórias encontram-se regulados por um critério mais severo, protegendo-se, assim, o bom funcionamento do mercado de possíveis estratégias predatórias.

Pode, então, finalmente, depois de abreviadamente recolhidos os pontos essenciais do texto dos dois autores, resumir-se o teste *Areeda-Turner*. Recordando que, por questões de exequibilidade do referido teste, se substituí o critério do custo marginal pelo critério do custo variável médio, defendem os Autores que preços colocados acima do custo variável médio devem ser, definitivamente, considerados como não violando as regras concorrenciais. Por oposição, preços colocados abaixo do custo variável médio devem ser considerados como violando as regras concorrenciais e ser punidos, por isso, a título jus-concorrencial.

3.2. Das críticas ao teste *Areeda-Turner*: A inclusão do longo prazo

O carácter revolucionário da proposta dos dois autores norte-americanos originou amplo debate sobre as virtudes e falhas do referido teste. Desde logo se destacaram as críticas à utilização por Areeda e Turner da categoria de custos marginais como fronteira para determinar a conformidade de certo preço com os valores da concorrência. Efectivamente, tanto a categoria de custos marginais como a categoria de custos variáveis médios apenas incorporam o curto prazo, visto não incluírem nos seus cálculos os custos fixos de produção.

Neste sentido, aponta-se a possibilidade de o teste *Areeda-Turner* permitir que uma empresa dominante elimine um concorrente globalmente mais eficiente. Ao apenas incluir nos seus cálculos a categoria de custos variáveis médios, o teste autoriza que uma empresa dominante baixe o seu preço a um nível inferior ao seu custo total médio sem porém nunca ferir o padrão estabelecido por Areeda e Turner⁴². Assim, a empresa dominante pode forçar prejuízos globais de actividade a longo prazo, ao não permitir a si e ao

42 Ver Greer, 1979: 240-241.

seu concorrente recuperar a totalidade de custos fixos, mas concretizando uma monopolização de mercado devido à sua maior resistência ao período de prejuízos.

Pense-se, ainda, nos casos em que a empresa vítima de uma estratégia predatória possua custos variáveis mais altos que compense com uma estrutura mais leve de custos fixos. Não se duvida que tal empresa se pode apresentar tão eficiente a longo prazo como a empresa dominante. Porém, uma aplicação estrita do teste *Areeda-Turner* tornaria permissível à empresa dominante baixar os seus preços ao seu nível de custo variável médio, mais baixos que os do seu concorrente, eliminando, assim, um concorrente de igual ou superior eficiência.

O auto-reconhecimento estratégico de uma posição de dominância no mercado permite inclusivamente à empresa dominante determinar uma capacidade de produção que lhe facilite utilizar estratégias predatórias que não violarão o teste *Areeda-Turner*⁴³. Concretize-se, exemplificando com a situação de uma empresa dominante que planeia a sua capacidade produtiva num ponto consideravelmente superior ao ponto óptimo face à procura expectável.

Nesta situação, caso ocorra a entrada de um concorrente, a empresa dominante pode aumentar a sua produção e baixar o seu preço, forçando o preço praticado no mercado a um nível abaixo dos custos totais médios do novo competidor mas acima dos custos marginais do incumbente. Caso optasse o novo concorrente por uma capacidade produtiva sub-óptima, ou seja, preparasse a sua capacidade para um nível menor à escala necessária a um nível ideal de produção, a empresa dominante aumentaria a sua produção e baixaria os seus preços para um nível que levasse à saída do novo concorrente. No cenário descrito, a empresa dominante pode, assim, maximizar os seus lucros a curto prazo, desencorajando através de técnicas predatórias qualquer entrada de um novo concorrente sem realizar uma violação do teste *Areeda-Turner*.

Mantendo o desejo de uma eficiência na alocação de recursos, e reconhecendo que as estratégias predatórias podem conter um carácter estratégico de longo prazo que não é entrevisto na simples realização de uma comparação entre preços praticados e custos marginais, diversos autores propuseram

43 Williamson, 1977: 293.

regras alternativas ao teste *Areeda-Turner*⁴⁴. Não encontraram, porém, estes critérios alternativos, a influência jurisprudencial do teste *Areeda-Turner*.

Efectivamente, como de outro modo contra-argumentam Areeda e Turner⁴⁵, deve, certamente, ter-se em conta que critérios menos exigentes ou menos claros criam um forte incentivo para que empresas menos eficientes se procurem defender de empresas dominantes, mais eficientes, afirmando que o comportamento destas se apresenta como predatório.

Não se discute, certamente, a influência do teste *Areeda-Turner* no desenvolvimento do pensamento económico no tocante à baixa de preços por empresas dominantes. Discute-se, porém, se a simplicidade da regra proposta abarca a complexidade que estratégias predatórias podem assumir em mercados de características assumidamente distintas. É, ainda assim, fundamental a compreensão do referido teste para uma avaliação da jurisprudência presente, sobre este assunto, nos Tribunais superiores norte-americano e europeu.

4. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

A jurisprudência norte-americana reflecte, em grande medida, o desenvolvimento da percepção económica do fenómeno de predação através de preços,

44 Destacam-se um elevado número de propostas de diferentes e destacados Autores fruto do intenso debate sobre as propostas avançadas por Areeda e Turner. Assim, defende, por exemplo, Posner que se condene tanto a colocação de preços abaixo do custo marginal, como abaixo dos custos totais médios exigindo, porém, neste segundo caso, a existência de uma intenção de eliminar um concorrente. Ver Posner, 2001: 214-220.

Em sentido diverso a proposta de Joskow e Klevorick centra-se na criação de um duplo teste de aferição do comportamento predatório. Num primeiro momento determinar-se-ia, através de uma análise estrutural do mercado, se se encontram reunidas as condições para uma efectiva acção monopolização. Caso resultasse positiva aquela avaliação, estabelecer-se-ia uma análise dos preços praticados, estabelecendo como ilegítimos preços abaixo de custos variáveis médios e preços entre custos variáveis médios e custos totais (excepto no caso de se demonstrar a existência de capacidade produtiva excessiva não intencional). Estendem, também, os autores censura a qualquer redução de preço que seja seguida, no espaço de dois anos, por uma nova subida de preço, considerando demonstrar, tal comportamento, uma presunção de um comportamento predatório. Joskow & Klevorick, 1979: 242-259.

Nem todas as propostas de controlo das estratégias predatórias se concretizaram, porém, na comparação de preços praticados com custos internos da entidade económica. Com vista a proteger a entrada de novos concorrentes em determinado mercado, Williamson propõe, como regra complementar às análises comparativas entre custos internos de produção e preços praticados, que se proíba o aumento do nível de produção por um período de 12 a 18 meses na sequência da entrada de um novo concorrente. Ver Williamson, 1979: 295-296.

Propondo, igualmente, regra alternativa à comparação de preços com custos internos, Baumol consideraria preferível um sistema onde se estabelecesse uma obrigação de a empresa dominante, excepto se justificado por um incremento de custos, manter o corte de preços por um largo período temporal se daquele resultasse uma saída de um novo concorrente ou de uma empresa de menor dimensão operando no mercado. Baumol, 1979: 4-6.

45 Areeda & Turner, 1978: 1339.

desempenhando a influência de Chicago, neste campo, papel determinante. Efectivamente, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Americano e restantes relevantes autoridades jurisdicionais norte-americanos revelam uma história de crescente desconfiança dos mecanismos de preços predatórios como verdadeiras ameaças ao correcto funcionamento dos mercados.

O paradigma analítico da jurisprudência norte-americana começou com uma posição largamente protectora dos concorrentes de menor dimensão, como exemplarmente ilustrado no caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co*⁴⁶. No citado caso uma empresa local denominada *Utah Pie Co.*, a actuar no mercado de produtos congelados na cidade de Salt Lake, confrontava-se com a concorrência de três empresas de âmbito nacional que realizavam preços consideravelmente mais baixos no mercado de Salt Lake City do que a média nacional. A evolução das quotas de mercado demonstrou uma acentuada diminuição da quota obtida pela citada empresa local, apesar de aquela ter demonstrado, também, um crescendo de volume absoluto de vendas e um contínuo rendimento lucrativo da sua operação.

Na sua análise, o Supremo Tribunal considerou que indícios da existência de uma intenção de eliminação de rivais podem ser utilizados para determinar, quando combinados com uma política de baixa de preços, como consequência, um menor nível de competição no mercado. Na prática, concluiu o Tribunal que, mesmo numa situação em que a empresa de menor dimensão nunca perdeu dinheiro e nunca parou de aumentar as suas vendas, uma empresa dominante que baixasse os seus preços abaixo dos seus custos totais médios, com vista a eliminar um concorrente de menor dimensão, poderia ser responsabilizada por esta prática ao abrigo do Clayton Act.

Esta primeira fase da jurisprudência norte-americana, marcada por posições onde se destacava uma análise subjectiva do comportamento dos actores económicos⁴⁷, no respeitante ao estabelecimento de uma linha distinguindo uma saudável competição de preços predatórios, foi em grande parte alterada com as propostas de Areeda e Turner. O teste proposto por aqueles Autores foi, a partir de 1975, em grande medida, adoptado como base, pelas instâncias jurisdicionais norte-americanas, para a resolução de disputas envolvendo acusações de uso de estratégias de carácter predatório por parte de empresas dominantes.

46 *Utah Pie Company v. Continental Baking Co* 386 US 685 (1967).

47 Neste sentido, ver Broadley & Hay, 1981: 792.

A primeira vez que o Supremo Tribunal norte-americano se voltou a debruçar sobre uma situação de preços predatórios, após a contribuição dos dois Autores norte-americanos e o subsequente debate doutrinal, ocorreu em 1986 no acórdão *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp*⁴⁸. Versou o Acórdão sobre um processo judicial movido pela empresa *Zenith*, actuante no mercado de manufactura de produtos electrónicos, contra os seus concorrentes com sede no Japão, argumentando que estes conspiravam para dominar o mercado norte-americano através de cortes de preços, financiando a sua operação de monopolização com os lucros obtidos no cartelizado mercado japonês.

Considerou, porém, o Supremo Tribunal que a tese defendida pelos demandantes se apresentava pouco plausível. Tomando por base os cânones de análise da escola de Chicago, destacou o acórdão que, mesmo que lograssem os competidores japoneses eliminar o seu concorrente norte-americano, futuras subidas de preços iriam sempre atrair novos concorrentes, impedindo as empresas nipónicas de obter lucros com a sua estratégia anti-concorrencial⁴⁹. Com base no raciocínio brevemente descrito, e referindo a existência de um consenso, entre economistas, da raridade das tentativas de monopolização através de práticas predatórias⁵⁰, determinou o Tribunal que, caso o demandante não alcançasse demonstrar racionalidade na estratégia predatória, teria o demandado a possibilidade de obter um julgamento sumário do processo.

A influência do acórdão *Matsushita* estendeu-se aos vários degraus jurisdicionais norte-americanos, sendo interpretada pelos Tribunais norte-americanos como determinando que um juiz deverá concluir que, caso um demandante descreva uma estratégia de preços predatórios não racional, deve ser o

48 *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp* 475 U.S. 574 (1986).

49 Afirmou o Supremo Tribunal Americano, de forma conclusiva, «*the success of such schemes is inherently uncertain: the short-run loss is definite, but the long-run gain depends on successfully neutralizing the competition. Moreover, it is not enough simply to achieve monopoly power, as monopoly pricing may breed quick entry by new competitors eager to share in the excess profits. The success of any predatory scheme depends on maintaining monopoly power for long enough both to recoup the predator's losses and to harvest some additional gain. Absent some assurance that the hoped-for monopoly will materialize, and that it can be sustained for a significant period of time "[t]he predator must make a substantial investment with no assurance that it will pay off.*» *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp* 475 U.S. 574 (1986), 589.

50 São conhecidas, neste ponto, as palavras do Supremo Tribunal Norte Americano, apoiadas nos textos de Bork, Areeda, Turner, Easterbrook e Koller: «*there is a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful.*» *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp* 475 U.S. 574 (1986), 589.

seu pedido automaticamente negado, independentemente da prova circunstancial que logre realizar⁵¹.

Se o referido acórdão já, em grande medida, avançou as teses propostas pelas Escola económica de Chicago, a desconfiança do realismo e racionalidade das práticas predatórias ficou, porém, ainda mais em claro, em 1993, data em que o Supremo Tribunal norte-americano voltou a ter a possibilidade de se pronunciar sobre um caso paradigmático de preços predatórios num mercado oligopolista.

O conhecido caso *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*⁵² versou sobre o mercado norte-americano de comercialização de cigarros que era, à altura do início do processo começado pela empresa *Liggett*, dominado por 6 concorrentes, entre os quais a *supra* citada empresa. A empresa *Liggett*, confrontada com uma decrescente procura dos seus cigarros de marca, decidiu avançar com uma versão de marca branca do seu produto. Provando ser uma decisão bem sucedida, a empresa *Liggett* conseguiu aumentar a sua quota de mercado de um valor de 2% para um valor de 5%. À decisão daquela empresa, respondeu a *Brown & Williamson* com a criação da sua própria linha branca de cigarros, de mais baixo preço, desencadeando uma escalada sucessiva de preços mais baixos naquele mercado.

A empresa *Liggett* contestou a opção da *Brown & Williamson*, considerando que a mesma mais não era do que uma tentativa de punir a sua decisão de avançar com uma marca genérica e fuga ao equilíbrio oligopolista, afirmando que o verdadeiro objectivo da *Brown & Williamson* era conseguir forçar uma subida, a longo prazo, do preço no mercado genérico, e, assim, colocar menor pressão no descrito mercado oligopolista de cigarros de marca.

Na sua análise, começou o órgão jurisdicional norte-americano por deixar claro que apenas preços abaixo de custo seriam suficientes para determinar responsabilidade de um concorrente pela prática de preços predatórios, recusando uma interpretação das normas jus-concorrenciais no sentido destas impedirem preços acima de custo mas abaixo dos níveis praticados no mercado ou abaixo dos custos de produção das empresas concorrentes.

É certo que o Supremo Tribunal não se pronunciou sobre a exacta definição de custos para efeitos de definição de um preço como predatório, não deixando, porém, o racional utilizado por este naquelas conclusões de ser um

⁵¹ Leslie, 2010: 269.b.

⁵² *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

excelente ponto de partida para a compreensão da actual posição deste tribunal sobre estas práticas. Neste ponto é, também, clara a proximidade deste órgão jurisdicional com a exegese deste fenómeno fornecida pela Escola de Chicago, sendo, segundo o Tribunal, decisivo para sua análise os intoleráveis riscos de esfriamento da concorrência decorrentes de uma interpretação das normas da concorrência como limitando a descida de preços, ainda que estabelecidos acima do nível de custo.

Para o órgão máximo da magistratura norte-americana, o incremento da competição num mercado de oligopólio, como se apresentava o mercado de produção e comercialização de cigarros, é, principalmente, realizado através da competição de preços mesmo quando o objectivo de uma das diminuições de preço possa ser demonstrar a uma empresa desviante do equilíbrio oligopolista o carácter não lucrativo da sua decisão. Resumindo de forma clarificadora a sua opinião, o Tribunal considerou que simplesmente não parece ser de aceitar uma política de concorrência que prive os consumidores de baixos preços como os que decorrem de uma guerra de preços entre empresas oligopolistas.

Relevante, ainda, da decisão *Brooke* foi a decisão do Tribunal sobre a adopção de um critério de recuperação de perdas. Através desta análise propõe-se que a entidade jurisdicional estabeleça a possibilidade de sucesso da estratégia predatória de forçar a saída das empresas vítimas da referida estratégia e a probabilidade de entradas de novos concorrentes. Foi o Supremo Tribunal claro ao determinar competir ao demandante demonstrar a probabilidade da empresa predatória poder obter, através da radical descida de preços efectuada no início da estratégia predatória, maiores lucros após a conclusão daquela estratégia⁵³.

Ao adoptar este critério, o Supremo Tribunal criou um duplo teste onde para demonstrar uma estratégia predatória capaz de resultar na responsabilização da empresa que a utiliza, a empresa vítima tem, em primeiro lugar, de analisar a capacidade financeira da empresa predatória e respectivas capaci-

53 Afirmou o Supremo Tribunal «*If circumstances indicate that below cost pricing could likely produce its intended effect on the target, there is still the further question whether it would likely injure competition in the relevant market. The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the predatory scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level that would be sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it.*». *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993). Na prática impôs o Tribunal, ao demandante, na linha de raciocínio do acórdão *Matsushita*, o ónus deste demonstrar a racionalidade da acção da empresa dominante.

dades e custos de financiamento⁵⁴ para determinar a capacidade de sucesso da estratégia de eliminação e, em segundo lugar, verificar a viabilidade que a empresa predatória encontra de manter, após a saída da empresa vítima, preços elevados, tempo suficiente para recuperar os prejuízos iniciais da estratégia.

Em conclusão, o desenvolvimento histórico da jurisprudência norte-americana coloca hoje sérios obstáculos a uma empresa que procure demonstrar ter sofrido prejuízos resultantes de uma estratégia predatória. Não se apresentando assumida uma negação *tout court* da possibilidade da realização de preços predatórios, na prática o Supremo Tribunal norte-americano criou obstáculos dificilmente ultrapassáveis a quem queira procurar definir a conduta de um concorrente como predatória⁵⁵. A referida entidade jurisdicional não pode deixar de aceitar os argumentos daqueles que alertavam para os riscos de controlos apertados à decisão de uma empresa cortar preços com os consequentes incentivos contrários ao desenvolvimento do processo competitivo⁵⁶.

A construção interpretativa da *tentativa de monopolização*, conduta punível ao abrigo do Sherman e Clayton Acts, cria, então, um importante ponto de apoio contrastante e comparativo com o corpo de texto jurisprudencial do TJUE. Serão os momentos mais importantes e posições mais marcadas daquela última entidade jurisdicional, no tocante ao fenómeno dos preços predatórios, que procuraremos sumariar no ponto seguinte, para, ao mesmo tempo, destacar algumas notas essenciais de contraste entre a jurisprudência dos dois lados do Atlântico.

54 Ao admitir a importância das diferentes capacidades e custos de financiamento, reconhecendo implicitamente imperfeições nos mercados de capitais, afasta-se, neste ponto, o Supremo Tribunal da argumentação proposta pela Escola de Chicago, que, como se viu *supra*, apontava a capacidade de um concorrente para encontrar financiamento no mercado capitais, como uma das razões que não permitiria a eliminação de uma empresa mais eficiente. Ver Hawker, 1999: 217.

Apesar desta pequena divergência, o acórdão recebeu o aplauso de diversos autores ligados àquela Escola de pensamento económico. Ver Gifford, 1994: 482-483; Schwartz, 1994: 299; Elzinga & Mills, 1994: 584.

55 Hemphill, 2001: 1585.

56 Efectivamente, o Tribunal foi expresso ao demonstrar o seu receio que "*antitrust suits themselves became a tool for keeping prices high*" – Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993), 227.

5. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

5.1 O acórdão *AKZO*

A construção da Jurisprudência Europeia no tema dos preços predatórios inicia-se com o acórdão *AKZO* do Tribunal de Justiça datado de Julho de 1991⁵⁷. Em Dezembro de 1985, numa proeminente decisão da Comissão⁵⁸, a multinacional *AKZO* foi condenada numa coima de 10 milhões de Euros pela prática de um abuso de posição dominante no mercado de produção de peróxidos orgânicos, consubstanciado numa política de cortes de preço selectivos, abaixo dos custos de produção do produto.

Recordando-se a factualidade na origem desta relevante decisão, a *AKZO Chemie*, parte do grupo multinacional de origem holandesa *AKZO NV*, era uma empresa a produzir um conjunto diverso de produtos químicos num abrangente quadro geográfico e para quem o mercado de aditivos de farinha no Reino Unido se apresentava, na prática, como um sub-mercado de relativa pouca importância e dimensão. Do outro lado, a *ECS* era uma empresa de pequena dimensão cuja actividade se centrava na produção de aditivos de farinha, incluindo a produção de peróxido de benzol. No contexto europeu, a utilização do referido químico como agente de branqueamento de farinhas era autorizado somente no Reino Unido e Irlanda, delineando-se um mercado local bem definido para este aditivo particular.

Porém, o referido produto químico é utilizado igualmente, e sobretudo, no fabrico de plásticos. Na sequência de uma decisão de expansão de produção, a *ECS* deixou de fornecer somente consumidores no mercado de aditivos de farinha, passando a actuar no mercado de plásticos. Em Setembro de 1979, a *ECS* começou a fornecer a empresa *BASF* em Ludwigshafen, ao tempo um dos principais clientes da *AKZO Chemie*, a um preço 15 a 20% menor do que aquele praticado pela multinacional holandesa.

A retaliação da *AKZO Chemie* substanciou-se num conjunto de ameaças dirigidas à *ECS*, afirmando aquela que caso a empresa inglesa não cessasse a sua produção dirigida ao mercado dos plásticos, esta assumiria uma política de baixa de preços no mercado britânico de aditivos de farinha, abaixo dos custos de produção se necessário, utilizando os lucros decorrentes do restante da sua actividade para financiar tal possível período de resultados negativos.

57 TJUE, ac. “AKZO”, de 3 de Julho de 1991, Proc. C-62/86.

58 Decisão da Comissão de 14 de Dezembro de 1985 – *ECS/AKZO*, Proc. n.º IV/30.698.

Alternativamente, a empresa *AKZO* ponderou comprar a *ECS* de forma a eliminar a concorrência ofertada por esta.

Em Junho de 1982, a *ECS* apresentou uma queixa junto da Comissão por violação do artigo 102.º do TFUE (à época artigo 86.º do Tratado da CEE), decidindo-se, esta, por aplicar uma pesada coima à *AKZO* por ter infringido o referido preceito comunitário⁵⁹. Na sua decisão, a Comissão não baseou a sua decisão num teste objectivo, preferindo destacar a intenção predatória da empresa dominante, focando o vasto conjunto de documentação que provava a intenção de eliminar o seu concorrente como elemento central da referida condenação⁶⁰.

Na sequência da decisão da Comissão, a *AKZO* rapidamente instaurou uma acção de anulação da mencionada decisão. Proporcionando-se como a primeira oportunidade oferecida ao Tribunal de Justiça para se pronunciar sobre a questão dos comportamentos de mercado predatórios, esta decisão contém, ainda hoje, o essencial da visão do Tribunal Europeu sobre as estratégias predatórias, sendo ponto de suporte da subsequente jurisprudência Europeia neste tema.

No seu acórdão, o Tribunal começou por afastar-se da decisão da Comissão, destacando o carácter objectivo do conceito de abuso de posição dominante. Repetindo a influente fórmula presente no acórdão *Hoffman-La Roche*, o Tribunal começa por afirmar que a noção de abuso é um conceito objectivo relacionado com o comportamento de uma empresa em posição dominante que influencie a estrutura de um mercado e debilite o grau de concorrência através do recurso a métodos diferentes dos que regem a concorrência normal⁶¹. Nesta sequência, o Tribunal afirma, porém, que nem toda a competição de preços poderá ser considerada legítima.

Desde logo, preços abaixo dos custos variáveis médios deverão ser considerados predatórios, pois, segundo o Tribunal, uma empresa não terá interesse em aplicar tais preços, excepto com vista a eliminar um concorrente para, em

59 Revisitando os factos na origem da Decisão da Comissão, defendem Philips e Moras ser a actuação da empresa *AKZO* não uma estratégia predatória, mas sim um desenvolvimento natural do mercado concorrencial decorrente da estrutura duopolista formada pelas empresas citadas. Ver Philips & Moras, 1993: 319-321.

60 Criticando a excessiva preponderância atribuída pela Comissão Europeia a uma análise subjectiva, na opinião do Autor, potencialmente arbitrária, ver Mastromanolis, 1998: 214-215. Ver, ainda, Ehr, 1987: 289-290.

61 TJUE, ac. “Hoffman-La Roche”, de 13 de Fevereiro de 1979, Proc. n.º 85/76, para. 91.

seguida, realizar um aumento dos preços por si praticados. Relembra o Tribunal, que nestas circunstâncias, cada unidade vendida representa um prejuízo visto não contribuir, de todo, para financiar os custos totais de produção e não cobrir sequer a totalidade dos custos marginais de produção de cada unidade.

Em segundo lugar, em relação a preços praticados entre os custos variáveis médios e custos totais médios, determinou o Tribunal deverem estes ser considerados abusivos no caso de se demonstrar a existência de um plano para eliminar a empresa rival⁶². Afirma o Tribunal que estes preços podem determinar a exclusão de um concorrente tão eficiente como a empresa dominante mas que, por possuir menos recursos financeiros, mostra-se incapaz de enfrentar o período de depressão de preços provocado pelo seu rival.

5.2. Conclusões essenciais do acórdão *AKZO*

Do acórdão *AKZO* retiram-se duas regras essenciais. A primeira, como *supra* afirmado, reconduz-se à proibição de preços abaixo de custos variáveis médios, não se afastando, neste ponto, do *standard* proposto por Areeda e Turner. Compreende-se, com facilidade, o substrato da decisão do Tribunal. A venda abaixo de custos variáveis médios torna insustentável a manutenção, a longo prazo, da empresa no mercado, não encontrando justificação tal conduta no mercado que não seja a injustificada eliminação de um rival.

Ainda que devendo limitar-se o alcance de tal afirmação, descontando, nomeadamente, situações em que uma empresa baixa os seus preços para ir de encontro a preços praticados pela concorrência ou integrados em práticas promocionais de curto prazo, a regra de que, *a priori*, preços abaixo de custos variáveis se apresentam como prejudiciais à concorrência apresenta-se como consideravelmente transversal na jurisprudência e doutrina económica que sobre o assunto se têm debruçado.

A segunda regra decorrente do acórdão *AKZO* apresenta-se, porém, mais controversa, afastando-se do teste previsto por Areeda e Turner. Considera o Tribunal que preços colocados entre custos variáveis médios e custos totais médios, quando acompanhados da intenção de eliminar um concorrente⁶³,

62 Aproxima-se, assim, o TJUE da proposta avançada por Posner. Ver, *supra*, nota 44. Igualmente, em sentido, próximo, ver Greer, 1979: 240-241.

63 Intenção essa que deverá, porém, ser aferida por referência a "*indícios sérios e concordantes*". TG, ac. "France Télécom", de 30 de Janeiro de 2007, para. 197.

implicam uma subversão dos valores da concorrência concretizada numa violação do art. 102.º do TFUE.

A polémica decorrente da fórmula proposta pelo TJUE compreende-se por não só representar um significativo alargamento do escopo do teste *Areeda-Turner*, como também por determinar uma complexa tarefa de determinação da intenção do concorrente dominante. Naturalmente, que, por um lado, o desejo de eliminação de rivais, no desenvolvimento saudável do processo concorrencial, não parece, à primeira vista, dever ser de censurar. Por outro lado, estabelecendo-se o critério da intenção de eliminação de um rival como requisito de punição levará a que, simplesmente, as empresas se protejam evitando o uso de comunicações internas e externas que demonstrem a aparência de tal intenção, ainda que realizando a mesma actuação no mercado⁶⁴.

5.3. A Jurisprudência subsequente ao acórdão *AKZO*: um critério de recuperação de prejuízos iniciais?

A estrutura de análise de custos proposta no acórdão *AKZO* influenciou directamente a decisão do Tribunal no acórdão *Tetra Pak II*⁶⁵. Neste relevante texto jurisprudencial, analisou o Tribunal a interposição de recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância que considerou correcta a coima aplicada pela Comissão Europeia a um conjunto de práticas da empresa *Tetra Pak* no mercado de cartões assépticos e não assépticos.

Destaca-se o referido acórdão por ser a primeira vez que o Tribunal analisou a exigência da observância de um critério de possibilidade de recuperação dos prejuízos iniciais para se considerar determinado corte de preços predatório. Recorde-se a lógica que justifica a estratégia predatória. Uma empresa dominante diminui, num primeiro momento, os preços praticados com vista a impedir a entrada de um novo concorrente ou forçar a saída de uma empresa existente para, em seguida, aumentar os preços por si praticados. Tal estratégia, naturalmente, compreende-se, apenas, caso a empresa dominante recupere mais recursos no período de expansão de preços em relação ao período de recessão daqueles.

64 Buttigieg, 2005: 1211. Neste sentido, pronuncia-se, também, Posner. Porém, acabando por propor um critério de definição de preços predatórios baseado na de preços abaixo de custos totais médios somados da existência de uma intenção de eliminação de concorrentes, vê este Autor a determinação de intenção como um critério que, apesar das suas graves limitações, se encontra insubstituível na distinção de legítimas descidas de preço de condenáveis estratégias predatórias. Posner, 2001: 214-216.

65 TJUE, ac. “Tetra Pak”, de 14 de Novembro de 1996, Proc. n.º C-333/94-P.

O acórdão do Tribunal foi, porém, em sentido divergente da jurisprudência norte-americana vertida no acórdão *Brooke*. Foi o Tribunal Europeu da opinião que “nas circunstâncias do presente caso, não seria oportuno exigir também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que a *Tetra Pak* tinha uma possibilidade real de recuperar as suas perdas”⁶⁶. Não ousou, então, o Tribunal retirar da jurisprudência afirmada no acórdão *AKZO* mais do que uma mera regra comparativa de preços praticados e de custos internos, não se detendo na exigência de uma demonstração da racionalidade do comportamento da empresa dominante, ainda que justificadamente se pudesse argumentar esta já existir incorporada na fórmula utilizada naquele acórdão.

Tendo afirmado no acórdão *AKZO* que teleologicamente a empresa dominante entra numa estratégia predatória “para poder, a seguir, aumentar os preços utilizando a situação de monopólio”, pareceria ter o Tribunal margem para reinterpretar o teste explanado neste acórdão, como excluindo situações em que a empresa dominante não pudesse recuperar os custos investidos na estratégia predatória⁶⁷. Porém, foi mecânica a exegese do Tribunal Europeu, satisfazendo-se, como vimos, pela realização comparativa dos custos internos da empresa *Tetra Pak* com os preços aplicados no mercado.

A sucinta expressão de inexistência de um requisito de recuperação de perdas foi abordado em maior detalhe no acórdão *France Télécom*⁶⁸. O presente acórdão encontra a sua origem no recurso da decisão do Tribunal Geral que manteve a aplicação da coima aplicada pela Comissão Europeia à empresa *France Télécom*. Considerou a Comissão que a empresa *France Télécom* tinha realizado um abuso de posição dominante, no mercado de prestação de serviços de ADSL, ao oferecer aos seus clientes preços inferiores aos seus custos variáveis como parte de uma estratégia de dominar o mercado de internet de alta velocidade, durante uma fase decisiva do seu desenvolvimento.

Afirmou o Tribunal, neste acórdão, confirmando a decisão da Primeira Instância, que “a inexistência de qualquer possibilidade de recuperação dos prejuízos não pode bastar para excluir que a empresa em posição dominante consiga reforçar a sua posição dominante, designadamente na sequência da saída do mercado de um ou mais dos seus concorrentes, de modo a que o grau de concorrência existente no mercado já enfraquecido, precisamente em razão da presença da empresa em

66 TJUE, Ac. “*Tetra Pak*”, de 14 de Novembro de 1996, Proc. n.º C-333/94 P, para. 44.

67 Ver Buttigieg, 2005: 1213.

68 TJUE, Ac. “*France Télécom*”, de 2 de Abril de 2009, Proc. n.º C-202/07 P.

*questão, seja mais reduzido e que os consumidores sofram um dano em resultado da limitação das suas possibilidades de escolha.*⁶⁹ É claro, então, o Tribunal ao afirmar a inexistência de um requisito autónomo de recuperação de perdas.

A expressão do Tribunal não parece, a nosso ver, porém, ser de aceitar. Justificando-se apenas como a representação de um ordoliberalismo, inatamente desconfiado das possíveis consequências nefastas do poder de mercado de determinados actores económico, parece o Tribunal estar disposto a ceder na necessidade da demonstração lógica das possibilidades de realização de uma estratégia predatória, com vista a um exercício de maior controlo sobre actividades potencialmente predatórias de empresas dominantes⁷⁰. Diga-se, contudo, que sem uma firme construção teórica e uma concreta demonstração prática da exequibilidade da estratégia predatória, o controlo de uma baixa de preços por uma autoridade jurisdicional ou concorrencial derivará numa tarefa nefasta ao desenvolvimento do processo concorrencial.

Não se deve deixar de salientar o carácter de raridade de um fenómeno de exclusão de concorrentes através de baixas de preços e os prejudiciais efeitos de um excessivo controlo sobre cortes de preços. A percepção por parte de agentes económicos dominantes que a reacção à entrada de um novo concorrente ou uma atitude mais agressiva no mercado perante concorrentes presentes poderia resultar numa sanção impeliria aqueles mesmos agentes a uma atitude defensiva. Recorde-se que constrangimentos à acção de baixa de preços representam sempre, ainda que apenas a curto prazo, um prejuízo para os consumidores.

Não se pretende assumir uma posição em que se advogue, com base numa negação mais ou menos peremptória da própria possibilidade de realizar estratégias predatórias racionais e bem sucedidas, a desnecessidade de qualquer regra nesta área ou qualquer escrutínio a cortes de preços por parte de empresas dominantes. Mas não se nega que, sem um estabelecimento de critérios seguros que controlem verdadeiras situações predatórias, os efeitos de regras sobre descidas de preços terão superiores consequências negativas

69 TJUE, Ac. "France Télécom", de 2 de Abril de 2009, Proc. n.º C-202/07 P, para. 104.

70 Perspectiva ordo-liberal que associada, ainda, à influência do paradigma Structure-Conduct-Performance, proposto pela Escola de Harvard de pensamento económico define, também, em grande medida a política da Comissão Europeia relativa aos preços predatórios. Monti, 2007: 87. Em detalhe sobre o paradigma Structure-Conduct-Performance, ver Kovacic & Shapiro, 2000: 49-52; Weiss, 1979: 1104-1140.

às suas potenciais vantagens⁷¹, permitindo que empresas menos eficientes encontrem refúgio, nestas regras, das naturais consequências do desenvolvimento do processo concorrencial⁷².

Na prática, é certo que o estabelecimento de um critério que exija uma demonstração da possibilidade de recuperação de perdas é um sério obstáculo à condenação de empresas por ofensas concorrenciais predatórias. Porém, é, este elemento, indiscutivelmente necessário a um controlo eficaz dos preços predatórios. Reitere-se, sem a demonstração da possibilidade de recuperação dos prejuízos decorrente da fase de baixa de preços, falha a demonstração da racionalidade económica do agente dominante e, conseqüentemente, cria-se o risco de punição de comportamentos competitivos e pró-concorrenciais.

6. CONCLUSÃO

A construção do conceito e tratamento jurisprudencial do fenómeno conhecido como preços predatórios apresenta-se com uma história complexa derivada de evoluções do pensamento económico, pressões de carácter político e social e da definição dos objectivos que presidem à lei da concorrência.

De um lado Autores como McGee, Easterbrook ou Bork mantiveram firmemente a impossibilidade, ou pelo menos a falta de seriedade dos riscos, de uma estratégia predatória⁷³. Por outro lado, no espectro oposto, Autores igualmente consagrados, como Williamson, com a sua proposta de limites quantitativos para uma empresa dominante, Scherer, argumentando por uma aplicação caso a caso de uma *rule of reason* de carácter jurisprudencial, ou Baumol, que propôs a obrigação de manutenção de cortes de preços por empresas dominantes, leram neste mesmo fenómeno um risco suficientemente sério ao funcionamento do mercado para exigir uma série e complexa intervenção nesta área.

O actual quadro do pensamento económico apresenta, portanto, uma complexa literatura que urge compreender com vista a perceber-se que resposta

71 Perante a dificuldade de distinguir situações de predação de estruturas de mercado ferozmente competitivas, considerou o Advogado-Geral Ján Mazák que “[a] menos que exista uma possibilidade de recuperação dos prejuízos, é provável que a empresa dominante esteja numa situação de concorrência normal”. Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák, de 25 de Setembro de 2008, in Ac. “France Télécom”, de 2 de Abril de 2009, Proc. n.º C-202/07 P, para. 73.

72 Ver Melícias, 2010: 589-591.

73 Neste sentido, é conhecida a comparação, certamente hiperbólica, de Easterbrook com outro dos mitos folclóricos ocidentais. Ver Easterbrook, 1981: 264.

dar a cortes de preços por parte de actores económicos dominantes. E se neste ponto a Escola de Chicago de pensamento económico avançou fortes argumentos, descrevendo os imensos obstáculos ao sucesso de uma estratégia predatória, a verdade é que não se encontra excluída a possibilidade de, em determinadas estruturas concorrenciais, a realização de estratégias predatórias poder ter, a longo prazo, efeitos contrários aos interesses de consumidores e prejudiciais à concretização de objectivos de eficiência económica global.

É, neste ponto, essencial recordar que risco de punição regulatória é elemento necessariamente incorporado no processo decisório de uma empresa. Excesso de zelo regulatório, criando excessivos incentivos a uma empresa para uma postura defensiva, privaria consumidores de preços mais competitivos. Ao mesmo tempo, cria uma possível defesa para operadores menos eficientes, permitindo que empresas, incapazes de competir com concorrentes mais eficientes, recorram a alegações de estratégias predatórias para, assim, forçarem a uma subida generalizada de preços naquele mercado.

Sendo certo que a construção de modelos teóricos permite encontrar situações abstractas onde imperfeições no mercado poderiam favorecer uma intervenção no normal desenvolvimento das relações entre os agentes do mercado, impedindo que cortes excessivos de preços permitam, a longo prazo, subverter a estrutura de mercado, a realidade é que as dificuldades em detectar tais raras situações sugere, pelas razões *supra* aduzidas, especial precaução na realização de proibições de baixas de preços por empresas dominantes.

É, neste contexto, clara a divergência de abordagem entre a jurisprudência norte-americana e os testes aplicados no contexto europeu. Enquadrada numa maior confiança nos mecanismos de mercado, a exigência de demonstração da racionalidade de uma estratégia predatória criou enormes obstáculos ao sucesso de qualquer procedimento iniciado por uma empresa que se considere vítima de uma estratégia predatória é, hoje, jurisprudência firmemente estabelecida pelos Tribunais Superiores norte-americanos.

Em contraste se apresenta, contudo, a acção regulatória da Comissão Europeia, suportada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com vista a procurar manter competitivos diversos mercados em que uma empresa dominante pode ter um papel central e retaliatório contra empresas de menor dimensão, a Comissão aplica, na prática, uma intervenção regulatória estrutural que, porém, se deverá reputar insuficientemente fundada numa análise de ganhos de longo prazo para consumidores, baseando-se, excessivamente, numa interpretação de intenções dos operadores económicos.

É certamente de aceitar que caso um agente económico tenha ponderado uma determinada estratégia de cortes de preços como modo racional de eliminar um concorrente mais eficiente do mercado, aquele juízo não tenha de ser reponderado pela entidade regulatória. Porém, o mero desejo de eliminar um concorrente não é, nem pode ser, *proxy* de um comportamento com efeitos económicos nefastos em níveis gerais de bem-estar. A necessidade de alicerçar futuras decisões e intervenções no mercado em análises objectivas de efeitos económicos aparece, portanto, evidente, sobretudo quando se recorda que o efeito essencial, a curto prazo, da intervenção regulatória se eleva na privação de preços mais baixos para os consumidores.

BIBLIOGRAFIA

AREEDA, Phillip & TURNER, Donald

1975 “Predatory pricing and related under Section 2 of the Sherman Act”, in *Harvard Law Review*, 88, n.º 4, pp. 697-733.

1978 “Williamson on Predatory Pricing”, in *The Yale Law Journal*, 87, n.º 7, pp. 1337-1352.

BAUMOL, William

1979 “A quasi-permanence of price reductions: A policy for prevention of predatory pricing”, in *The Yale Law Journal*, 89, n.º 1, pp. 1-26.

1982 “Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure”, in *The American Economic Review*, 72, n.º 1, pp. 1-15.

BAUMOL, William & WILLIG, Robert

1981 “Fixed costs, sunk costs, entry barriers, and sustainability of monopoly”, in *The Quarterly Journal of Economics*, 96, n.º 3, pp. 405-431.

BOLTON, Patrick, BRODLEY, Joseph & RIORDAN, Michael

2000 “Predatory pricing: Strategic theory and legal policy”, in *Georgetown Law Journal*, 88, August, pp. 2239-2330.

BOLTON, Patrick & SCHARFSTEIN, David

1990 “A theory of predation based on agency problems in financial contracting”, in *American Economic Review*, 80, n.º 1, pp. 93-106.

BORK, Robert

1978 *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*, New York: The Free Press.

BROADLEY, Joseph & HAY, George

1981 “Predatory pricing: Competing economic theories and the evolution of legal standards”, in *Cornell Law Review*, 66, n.º 4, pp. 738-803.

BURNS, Malcolm

1986 “Predatory pricing and the acquisition cost of competitors”, in *The Journal of Political Economy*, 94, n.º 2, pp. 266-296.

BUTTIGIEG, Eugene

2005 “Consumer interests and the antitrust approach to abusive practices by dominant firms”, in *The European Business Law Review*, 16, n.º 5, pp. 1191-1285.

CARLTON, Dennis

2004 “Why barriers to entry are barriers to understanding”, in *The American Economic Review*, 94, n.º 2, pp. 466-470.

CRANE, Daniel

2009 “Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago”, in *The University of Chicago Law Review*, 76, pp. 1911-1933.

DEMSETZ, Harold

1982 “Barriers to entry”, in *The American Economic Review*, 72, n.º 1, 1982, pp. 47-57.

EASTERBROOK, Frank

1981 “Predatory strategies and counterstrategies”, in *The University of Chicago Law Review*, 48, n.º 2, pp. 263-337.

EHR, Thomas

1987 “The European Commission’s ECS/AKZO standard for predatory pricing in the E.E.C.: Deterrence or disorder?”, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 17, n.º 2, pp. 271-302.

ELZINGA, Kenneth

1970 “Predatory pricing: The case of the Gunpowder Trust”, in *Journal of Law and Economics*, 13, n.º 1, pp. 223-240.

ELZINGA, Kenneth & MILLS, David

1994 “Trumping the Areeda-Turner test: The recoupment standard in Brooke Group”, in *Antitrust Law Journal*, 62, n.º 3, p. 559-584.

2001 “Predatory pricing and strategic theory”, in *Georgetown Law Journal*, 89, n.º 8, pp. 2475-2494.

EVANS, David & PADILLA, Jorge

2005 “Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: A Neo-Chicago approach”, in *The University of Chicago Law Review*, 72, n.º 1, p. 73-98.

GIFFORD, Daniel

1994 “Predatory pricing analysis in the Supreme Court”, in *The Antitrust Bulletin*, 39, n.º 2, pp. 431-483.

GREER, Douglas

1979 “A critique of Areeda and Turner’s standard for predatory practices”, in *The Antitrust Bulletin*, 24, pp. 234-261.

HAWKER, Norman

1999 “Predatory pricing law in the United States and Canada”, in *University of Miami Business Law Review*, 7, n.º 2, p. 201-242.

HAY, George

1982 “Economics of predatory pricing”, in *Antitrust Law Journal*, 51, n.º 4, p. 361-374.

HAZLETT, Thomas

1995 “Predation in local cable TV markets”, in *Antitrust Bulletin*, 40, n.º 3, pp. 609-644.

HEMPHILL, Scott

2001 “The role of recoupment in predatory pricing analyses”, in *Stanford Law Review*, 53, n.º 6, pp. 1581-1612.

HOVENKAMP, Herbert

1985 “Antitrust policy after Chicago”, in *Michigan Law Review*, 84, n.º 2, pp. 213-284.

ISAAC, Mark & SMITH, Vernon

1985 “In search of predatory pricing”, in *The Journal of Political Economy*, 93, n.º 2, pp. 320-345.

JOSKOW, Paul & KLEVORICK, Alvin

1979 “A framework for analyzing predatory pricing policy”, in *The Yale Law Journal*, 89, n.º 2, pp. 213-270.

KATE, Adriaan & NIELS, Gunnar

2000 “Predatory pricing standards: is there a growing international consensus?”, in *Antitrust Bulletin*, 45, p. 787-809.

2002 “On the rationality of predatory pricing: The debate between Chicago and Post-Chicago”, in *Antitrust Bulletin*, 47, pp. 1-24.

KOVACIC, William & SHAPIRO, Carl

2000 “Antitrust policy: A century of economic and legal thinking”, in *Journal of Economic Perspectives*, 14, n.º 1, pp. 43-60.

LESLIE, Christopher

2010 “Rationality analysis in antitrust”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 158, n.º 2, pp. 261-353.

LETWIN, William

1956 “Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890”, in *The University of Chicago Law Review*, 23, n.º 2, pp. 221-258.

McAFEE, Preston, MIALON, Hugo & WILLIAMS, Michael

2004 “What is a barrier to entry?”, in *The American Economic Review*, 94, n.º 2, pp. 461-465.

McGEE, John

1958 “Predatory price cutting: The Standard Oil (N.J.) case”, in *Journal of Law and Economics*, 1, pp. 137-169.

1980 “Predatory pricing revisited”, in *Journal of Law and Economics*, 23 n.º 2, pp. 289-330.

MASTROMANOLIS, Emmanuel

1998 “Predatory pricing strategies in the European Union: A case for legal reform”, in *European Competition Law Review*, 19, n.º 4, pp. 211-224.

MELÍCIAS, Maria João

2010 “The use and abuse of intent evidence in antitrust analysis”, in *World Competition*, 33, n.º 4, 569-594.

MERKIN, Robert

1987 “Predatory pricing or competitive pricing: Establishing the truth in English and EEC law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, n.º 2, pp. 182-214.

MONTI, Giorgio

2007 *EC Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

MOTTA, Massimo

2004 *Competition Policy: Theory and practice*, Cambridge: Cambridge University Press.

PHLIPS, Louis & MIGUEL MORAS, Ireneo

1993 “The *AKZO* decision: A case of predatory pricing?”, in *The Journal of Industrial Economics*, 41, n.º 3, pp. 315-321.

POSNER, Richard

1979 “The Chicago School of antitrust analysis”, in *The University of Pennsylvania Law Review*, 127, n.º 4, pp. 925-948.

2001 *Antitrust Law*, 2.^a ed., Chicago: The University of Chicago Press.

SALONER, Garth

1987 “Predation, mergers and incomplete information”, in *The RAND Journal of Economics*, 18, n.º 2, pp. 165-186.

SCHWARTZ, Mark

1994 “The Brooke decision: The Supreme Court revisits predatory pricing”, in *Commercial Law Journal*, 99, n.º 1, pp. 276-299.

TELSER, Lester

1965 “Abusive trade practices: An economic analysis”, in *Law and Contemporary Problems*, 30, n.º 3, pp. 488-505.

WEISS, Leonard

1979 “The Structure-Conduct-Performance paradigm and antitrust”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127(4), April, pp. 1104-1140.

WILLIAMSON, Oliver

1977 “Predatory pricing: A strategic and welfare analysis”, in *The Yale Law Journal*, 87, n.º 2, pp. 284-340.

YAMEY, Basil

1972 “Predatory price cutting: notes and comments”, in *Journal of Law and Economics*, 15, n.º 1, pp. 129-142.

O ALINHAMENTO DE PREÇOS NAS VENDAS COM PREJUÍZO

Deolinda de Sousa¹

ABSTRACT: This article aims to present and discuss the Courts' interpretation of Article 3 of Decree-Law No 370/93. The prohibition to sell below cost, referred to in such legal disposition, is intended to prevent non-transparent behaviors against a fair competition between undertakings. We here discuss the possibility of justification of selling below cost on the basis of price alignment, foreseen in Article 3 (4) (d). Criticizing the Courts' interpretation of price alignment, that has been until now contradictory, we defend that price alignment depends on equality of price, in a particular moment of time and place, bearing in mind the potential consumers of the undertaking that sells below cost.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Venda com prejuízo. 2. Exceções à proibição de venda com prejuízo. 3. O alinhamento de preços 4. Jurisprudência. 4.1. Processo n.º 67/2001, do Tribunal Judicial de Ponte de Lima. 4.2. Processo n.º 1202/10.7TYLSB, do Tribunal de Comércio de Lisboa. 4.3. Processo n.º 849/10.6TYLSB, do Tribunal de Comércio de Lisboa. 4.4. Processo n.º 887/10.9TYLSB, do Tribunal de Comércio de Lisboa. 5. Apreciação crítica. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A liberdade de determinação do preço e das condições de venda são elementos fundamentais da concorrência entre as empresas. O preço é um vector de concorrência essencial, porquanto o funcionamento do mercado e o seu nível de eficiência dependem em larga medida da liberdade que cada operador

¹ Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso na Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são estritamente da responsabilidade da autora, pelo que não vinculam a Autoridade da Concorrência.

económico detém, em cada momento, para fixar os preços dos produtos e serviços que oferece.

Todavia, essa liberdade, designadamente a de fixação do preço, encontra limitações legais diversas, decorrentes da necessidade de impedir que os concorrentes utilizem instrumentos desleais que obstem à dinâmica do mercado.

É neste âmbito que surge o Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro (Decreto-Lei n.º 370/93¹), o qual visa criar, entre outras, regras de comportamento para os agentes económicos, no sentido de limitar a sua acção quanto à determinação dos preços e das condições de venda.

Este diploma legal regula as chamadas práticas comerciais individuais, “[...] *que de per se constituem comportamentos menos transparentes embora sem efeitos graves a nível da concorrência*”².

No essencial, este diploma veio disciplinar a actividade do agente económico, não com enfoque na concorrência, mas na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre os agentes económicos, bem como na protecção dos direitos dos consumidores.

Como se refere no preâmbulo, retomaram-se “[...] *neste diploma as figuras das práticas individuais que constavam do Decreto-Lei n.º 422/83, acrescentando-lhe a figura de ‘venda com prejuízo’* já existente na legislação nacional na actividade do comércio a retalho (Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto), abrangendo agora as relações entre agentes económicos. Evita-se, desta forma, a ocorrência de tratamento legal discriminatório mais susceptível de ocorrer dado que se esbateram as fronteiras anteriormente rigidamente definidas”.

Deste modo, no aludido diploma legal determina-se que o agente económico, no exercício da sua actividade e na sua actuação no mercado, não adopte comportamentos que sejam susceptíveis de lesar ou causar danos a outros agentes económicos ou aos consumidores, nem que sejam propensos a falsear as regras próprias da actividade.

1. VENDAS COM PREJUÍZO

A venda com prejuízo é descrita no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 370/93 como um comportamento menos transparente que pode impedir uma concorrência leal entre as empresas, consistindo “[...] *precisamente numa situação*

1 Alterado pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

2 Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 370/93.

*em que se articula o interesse do concorrente médio com o interesse do consumidor no funcionamento racional do mercado*³.

A sua regulamentação foi objecto de uma actualização, por forma a adequar o relacionamento das empresas no contexto do peso crescente da denominada “grande distribuição” nos circuitos económicos⁴.

A redacção actual do artigo 3.º teve por objectivo não só eliminar as dúvidas decorrentes da redacção anterior relativamente ao cálculo do denominado preço de compra efectivo, mas também incorporar a previsão da venda com prejuízo ao consumidor, bem como alargar e detalhar as excepções admitidas.

No contexto da presente situação do comércio retalhista, pode entender-se que os grandes comerciantes dispõem de um maior leque de possibilidades para proceder à venda com prejuízo, *“funcionando assim como uma forma de esmagamento do pequeno comércio, ao mesmo tempo que cria no consumidor a ilusão de que o grande comerciante pratica preços mais baixos, o que só efectivamente sucede nalguns casos, [pois] esse desconto é largamente compensado pelo impulso à aquisição de uma série de produtos, a maior parte dos quais dispensáveis para o consumidor*⁵.

Aliás, é também esta a opinião do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), no acórdão n.º 5354/2008-5, de 21.4.2009, ao considerar que *“a denominada ‘venda com prejuízo’ é um poderoso mecanismo de enfraquecimento dos concorrentes mais débeis pelos que são economicamente mais poderosos e que, por isso, estão em condições de suportar a prática de preços ‘com prejuízo’ por tempo suficiente para arruinar e afastar os demais. Por este motivo, a última alteração ao Dec. Lei n.º 370/93, de 29/10, pelo Dec. Lei n.º 140/98, de 16/05, que reformulou a redacção do artigo 3.º, visou delimitar com mais rigor o leque de descontos que podem ser atendidos na definição do ‘preço de compra efectivo’, restringindo-os unicamente aos que estão directamente relacionados com a transacção concreta, e afastar todas as vantagens, descontos ou bónus de que beneficiam as grandes empresas ou grupos económicos, detentores das designadas ‘grandes superfícies’, junto dos fornecedores em virtude da enorme capacidade de escoamento do produto de que dispõem que lhes confere uma posição privilegiada no circuito comercial*⁶.

3 Menezes Leitão, 2002-2003: 85.

4 Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

5 Menezes Leitão, 2002-2003: 85.

6 On-line: www.dgsi.pt (consultado em 10.1.2011).

O artigo 3.º, n.º 1, do aludido Decreto-Lei proíbe os agentes económicos de oferecer para venda, ou vender, um bem a um consumidor, ou a outro agente económico, por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo.

Esclareça-se que, neste contexto, venda com prejuízo não significa que exista um verdadeiro e real prejuízo para o agente económico que a pratica, mas antes que a mesma se efectua “*por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo*”, *i.e.*, o resultante daquele que consta da factura de compra, após a dedução dos descontos directamente relacionados com a transacção em causa⁷.

Contudo, a atendibilidade dos descontos, para efeito do preço de compra efectivo, depende do preenchimento, cumulativo, de dois requisitos: a previsão dos descontos na factura, directamente, através de uma concreta descrição ou, indirectamente, através de remissão para o contrato de fornecimento ou para as tabelas de preços (natureza formal) e a imposição de que o momento da determinação dos descontos seja aquele em que a factura é emitida (natureza temporal)⁸.

2. EXCEPÇÕES À PROIBIÇÃO DE VENDA COM PREJUÍZO

O legislador, no aludido diploma legal, determinou um conjunto de condições excepcionais em que é permitida a venda com prejuízo e que se encontram previstas no artigo 3.º, n.º 4.

Dispõe o citado normativo que a proibição de venda por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo, nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo, não é aplicável a:

- a) Bens perecíveis, a partir do momento em que se encontrem ameaçados de deterioração rápida;*
- b) Bens cujo valor comercial esteja afectado, quer por ter decorrido a situação que determinou a sua necessidade, quer por redução das suas possibilidades de utilização, quer por superveniência de importante inovação técnica;*
- c) Bens cujo reaprovisionamento se efectue a preço inferior, sendo então o preço efectivo de compra substituído pelo preço resultante da nova factura de compra;*

⁷ O artigo 3.º, n.º 3, elenca os tipos de descontos directamente relacionados com a transacção em causa, a saber: os descontos de quantidade, os descontos financeiros e os descontos promocionais, desde que identificáveis quanto ao produto, respectiva quantidade e período em que vão vigorar.

⁸ Neste sentido, Cunha, 2004: 208 ss.

- d) Bens cujo preço se encontra alinhado pelo preço praticado para os mesmos bens por um outro agente económico do mesmo ramo de actividade que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento;*
- e) Bens vendidos em saldo ou liquidação”.*

Sumariamente, podemos integrar as excepções em 3 tipos de categorias, a saber: as referentes ao mercado, à empresa e ao produto⁹.

As excepções relacionadas com o mercado¹⁰ encontram-se plasmadas nas alíneas *c)* e *d)*; as concernentes à empresa na alínea *e)*; e, por último, as referentes ao produto nas alíneas *a)* e *b)*.

É sobre as excepções relativas ao mercado, mais concretamente a prevista na alínea *d)*, o designado alinhamento de preços, que nos iremos debruçar.

3. O ALINHAMENTO DE PREÇOS

Para existir alinhamento de preços, nos termos em que o artigo 3.º, n.º 4, alínea *d)*, do Decreto-Lei n.º 370/93 o define, o comportamento do agente económico em causa tem de coincidir no preço praticado para o mesmo produto com o de outro agente económico do mesmo ramo de actividade com o qual se encontre em situação de concorrência efectiva, quando comparado e confrontado temporal e espacialmente.

A anterior redacção¹¹ da citada alínea exceptuava a proibição desse comportamento quando “[...] o preço se encontre alinhado pelo preço licitamente praticado para os mesmos bens por um outro comerciante do mesmo ramo de actividades”, sendo que na redacção em vigor foram aditados os requisitos temporal e espacial, bem como a exigência de verificação de uma situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento.

A figura da venda com prejuízo, no presente diploma legal, abrangendo as relações entre os agentes económicos, pretendeu evitar “a ocorrência de tratamento legal discriminatório” ao nível das relações entre agentes económicos¹².

Da análise da alínea *d)* do n.º 4 do artigo 3.º deste diploma legal concluímos que a excepção decorrente do alinhamento pelo preço praticado por

⁹ Cf. Cunha, 2004: 229.

¹⁰ Aqui numa acepção lata.

¹¹ Anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

¹² Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 140/98.

outro concorrente pretende garantir uma saudável concorrência entre agentes económicos que estejam temporal e espacialmente nessa situação.

A Autoridade da Concorrência (AdC), em conformidade com a presente disposição legal, tem entendido que uma venda com prejuízo só pode ser subsumida na excepção do alinhamento de preços quando os elementos de prova relativos à localização dos estabelecimentos (espacial) e ao período de venda dos produtos (temporal) demonstrem, indubitavelmente, que os estabelecimentos se encontravam temporal e espacialmente em concorrência efectiva, quanto ao mesmo produto.

A interpretação da AdC do aludido preceito legal já foi corroborada pelos Tribunais, em sede de recurso judicial de impugnação de decisões desta Autoridade, não obstante haver também arestos divergentes, que importa analisar nesta sede.

Realce-se que a parca jurisprudência existente nesta matéria, não obstante o elevado número de processos de contra-ordenação por práticas comerciais restritivas, resulta do reduzido número de processos nos quais as empresas arguidas invocam a excepção prevista na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93.

Neste particular, saliente-se ainda que alguma dessa jurisprudência não concretiza qualquer interpretação da figura do alinhamento, mas apenas procede à apreciação (no estrito cumprimento das suas competências) das questões de direito alegadas no recurso.

Seja como for, a jurisprudência coligida sobre o alinhamento de preços no contexto da venda com prejuízo, apesar de escassa, revela, ainda assim, que não há um entendimento uniforme sobre o tema.

Como explicitaremos seguidamente, a disparidade de fundamentos das duas instâncias judiciais prende-se com o tema deste artigo.

Optou-se por efectuar a resenha e comentário às decisões por ordem cronológica.

4. JURISPRUDÊNCIA

4.1. Processo n.º 67/2001, do Tribunal Judicial de Ponte de Lima

A Direcção Geral do Comércio e da Concorrência (DGCC), por decisão de 13 de Fevereiro de 2001, proferida no processo de contra-ordenação n.º 64/99, aplicou à Companhia Portuguesa de Lojas de Desconto a coima de

2.000.000\$00¹³ pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/93.

A arguida tinha exposto para venda, na sua loja de Ponte de Lima, nos dias 17.8.1999 a 19.8.1999, o produto “Cerveja [...]” ao preço de 49\$00 cada garrafa, sendo o seu preço de compra efectivo de 60\$83.

Não se conformando com a decisão da DGCC, a arguida procedeu à sua impugnação judicial junto do Tribunal Judicial de Ponte de Lima.

Dos diversos fundamentos alegados pela arguida importa, nesta sede, destacar os que se referem à verificação dos pressupostos da “coincidência temporal e espacial”, contidos na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93¹⁴.

Neste âmbito, a arguida alegou a coincidência espacial, atenta a sua dimensão nacional, de forma a ser comparada aos supermercados de uma concorrente, cujas lojas da Amadora e de Oeiras venderam, em 10.8.1999 e 29.9.1999, respectivamente, o mesmo produto, ao mesmo preço.

O Tribunal Judicial de Ponte de Lima¹⁵, no que concerne aos alegados pressupostos da coincidência temporal e espacial, considerou verificada a coincidência espacial, fundamentando que, atenta a cobertura nacional da rede de supermercados da arguida (que classifica como sendo do conhecimento público), esta concorreria com todas as redes comerciais e supermercados existentes em Portugal.

Já no que concerne à alegada coincidência temporal, considerou o Tribunal que este pressuposto não se verificava, tendo em atenção que o ónus da prova recaía sobre a arguida; *i.e.*, cumpria à arguida fazer a prova de que, nos mesmos dias em que praticava o referido preço, outra superfície comercial também o fazia, o que não demonstrou.

Para uma melhor compreensão do caso em análise, refira-se que, tal como consta na sentença, a recorrente não logrou provar a relação entre o preço que estava a praticar nos dias 17.8.1999 e 19.8.1999 no seu estabelecimento com o preço do seu concorrente no dia 10.8.1999; nem a relação do preço de dia

13 Atenta a matéria em causa, entendemos desnecessária a conversão dos escudos em euros, razão pela qual, no que respeita ao processo em análise, será aquela a unidade monetária utilizada.

14 Na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

15 2.º Juízo.

10.8.1999 do mesmo concorrente com o preço de 29.9.1999, num outro concorrente, nem deste último com o preço que praticou na data mencionada”¹⁶.

Propugnou o Tribunal que, “*se a recorrente reclama a dimensão nacional para praticar certos preços, também deve pugnar pelo controle rigoroso dos preços, como lhe era exigível, por forma a não praticar preços como no caso sub judice*”¹⁷.

Julgou o Tribunal improcedente o recurso da arguida no que respeita à aplicabilidade da excepção consagrada na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 370/93, tendo sido interposto recurso para o Tribunal da Relação do Porto (TRP).

O TRP, no acórdão proferido em 17.4.2002¹⁸, onde conheceu do recurso interposto pela arguida, produziu uma extensa e fundamentada decisão, circunscrita à matéria de direito¹⁹, o que, como refere, obistou à alteração do montante da coima, “*apesar de se entender que o seu montante é exíguo*”²⁰.

Relativamente à motivação do recurso da arguida, o TRP, não obstante a mesma “*não haver retirado benefício económico da sua conduta, de a prática ilícita ter durado apenas 3 dias, tendo cessado por iniciativa da recorrente na medida em que não pôde manter o preço por razões económicas*”, confirmou a decisão do Tribunal *a quo*²¹.

Entende o TRP que, não sendo matéria controvertida que a arguida vendeu a cerveja a preço inferior àquele pelo qual a tinha adquirido, só poderia obstar à condenação provando, documentalmente, que o preço que praticava estava alinhado com o preço praticado pela outra empresa; que à data em que se verificou a prática do preço estava temporalmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento; e que o estabelecimento onde foi detectada a venda se encontrava espacialmente em situação de concorrência com o autor do alinhamento. O que considerou não ter sido demonstrado,

16 Sentença de 13.7.2001, pp. 5-6.

17 *Ibidem*.

18 Recurso n.º 1536.01 do processo de impugnação judicial n.º 67/2001.

19 Atento o disposto no artigo 75.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-ordenações (RGCO).

20 Como esclarece o mencionado acórdão, “*conforme o disposto na alínea a) do n.º 2 do mesmo preceito legal (artigo 75.º, do RGCO), este tribunal não está vinculado aos termos e ao sentido da decisão recorrida; no entanto não pode efectuar a denominada reformatio in pejus – artigo 72.º-A do mesmo diploma legal*”.

21 Tendo reiterado que a coima aplicada, “*se por algo peca, é por exiguidade, não podendo, todavia, este tribunal aumentá-la em obediência à proibição da reformatio in pejus*”.

discordando, em consequência, da decisão do Tribunal Judicial de Ponte de Lima.

O TRP assentou a sua fundamentação na necessidade de recorrer aos princípios da interpretação das normas, plasmados no artigo 9.º do Código Civil.

Como se refere no presente aresto, é também a partir de elementos essenciais – tais como: a coerência interna do preceito; o lugar em que se encontra e as suas relações com outros preceitos; a situação que se verificava anteriormente à lei e toda a sua evolução histórica; a génese do preceito, que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios; o fim particular da lei ou do preceito em singular, *i.e.*, a interpretação teleológica – que podemos aferir o significado do preceito legal.

Ora, *in casu*, o TRP acabou por considerar que o Decreto-Lei n.º 370/93 é parco em explicações, o que dificulta a sua interpretação. Seja como for, o TRP socorreu-se, para além do teor literal da norma, dos elementos histórico e teleológico.

No que concerne à letra da lei, o TRP esclareceu que o legislador utiliza na aludida alínea *d*) duas vezes o verbo “encontrar” e, em ambas, o futuro do conjuntivo, razão pela qual, “*gramaticalmente, a expressão ‘bens cujo preço se encontre alinhado pelo preço praticado para os mesmos bens por outro agente económico do mesmo ramo de actividade’ significa: caso um outro agente económico do mesmo ramo pratique (no presente) um determinado preço*”²².

Concluiu o TRP que a expressão “*que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*” só pode ser entendida como “*o preço tem de estar a ser praticado naquele momento e naquele local*”.

Por outro lado, o TRP recorreu ao elemento histórico e ao teleológico para reforçar a sua interpretação, procedendo à descrição da evolução histórica do regime, cujo teor importa aqui sumariar. Foi com o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, que surgiu “*uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus*”. Contudo, é com a publicação do Decreto-Lei n.º 253/86, de 25 de Agosto, que se regulamentam as vendas a retalho com redução de preços, com o objectivo de favorecer “*uma sadia concorrência e uma transparência de mercado*”, sendo que o artigo 14.º, n.º 1, proibia “*na actividade de comércio a retalho oferecer para venda ou vender ao consumidor um produto por preço inferior ao seu preço de compra efectivo acrescido dos impostos aplicáveis à venda*”.

22 P. 8 do acórdão.

Mas é com a sua revogação pelo Decreto-Lei n.º 370/93 que surge a figura da venda com prejuízo, cuja redacção inicial veio a sofrer alterações²³.

E, assim, o n.º 1 do artigo 3.º, que inicialmente proibia “*oferecer para venda ou vender um bem por preço inferior ao preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte*”, passou a ter a seguinte redacção: “*É proibido oferecer para venda ou vender um bem a um agente económico ou a um consumidor por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte*”.

No que respeita à aludida alínea *d*), cuja redacção excepcionava a aplicação do n.º 1 a “*bens cujo preço se encontre alinhado pelo preço licitamente praticado para os mesmos bens por um outro comerciante do mesmo ramo de actividade*”, passou a estabelecer “*bens cujo preço se encontra alinhado pelo preço praticado para os mesmos bens por um outro agente económico do mesmo ramo de actividade que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*”.

Comparando a redacção inicial da alínea *d*) do n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 370/93²⁴ com a redacção resultante da alteração do Decreto-Lei n.º 140/98, considerou o TRP que o legislador substituiu a palavra “*licitamente*” por “*que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*”.

Da análise feita com recurso aos elementos histórico e teleológico, forçoso é concluir que o legislador pretendeu que a concorrência efectiva seja avaliada num momento e num local determinados, tendo sempre em atenção os potenciais consumidores do estabelecimento que vende com prejuízo, o que corresponde ao elemento literal do preceito.

Tendo presente que o objectivo do legislador é obstar à prática de concorrência desleal, proceder a uma outra interpretação conduziria a uma situação que, na prática, se traduziria neste comportamento.

23 Por se reconhecer que este diploma legal padecia de “*várias debilidades decorrentes quer da sua formulação pouco precisa no plano da tipificação de algumas das práticas ali previstas, quer da opção nele contida em termos de organismos responsáveis pela instrução e decisão dos respectivos processos*”, bem como “*tendo em vista, por um lado, eliminar as incertezas geradas pela redacção anterior no que respeita ao cálculo do chamado ‘preço de compra efectivo’ como também, por outro, nela incluir a venda com prejuízo ao consumidor, já que sendo esta uma prática exclusivamente lesiva dos interesses dos agentes económicos não faria sentido mantê-la, como até aqui, em sede legal autónoma*” (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 370/93).

24 Actualmente alínea *d*) do n.º 4 do artigo 4.º.

Aliás, veja-se como, no referido aresto, o Tribunal demonstra que a tese defendida pela arguida é dissonante com o espírito e com a letra da norma, tendo na sua origem uma conduta ilícita.

“Um determinado agente económico, no período de 2 a 15 de Janeiro faz uma campanha promocional de um determinado produto em Faro, que vende com prejuízo. Um outro agente económico estabelecido em Faro, naquele período, pode vender, na referida cidade, o mesmo produto, ao mesmo preço, mesmo que se trate de venda com prejuízo. Disso não há dúvidas.

“Todavia, este agente económico tem também um estabelecimento em Monção. Pratica, por questões internas, como alega a recorrente, o preço único para os dois estabelecimentos”²⁵.

Assim, a aceitar a tese defendida pela arguida, e em parte acolhida na sentença do Tribunal *a quo*, também poderia praticar o dito preço em Monção.

Neste exemplo há outros agentes económicos que não têm qualquer ligação a Faro e, conseqüentemente, com os potenciais compradores do primitivo estabelecimento. Contudo, por razões concorrenciais, passam a praticar o preço de venda com prejuízo, o qual, aceitando a dita tese, também seria legal.

Ora, tendo estes últimos estabelecimento em outros pontos do país e também praticando a política do preço único, o preço estende-se a esses pontos, desencadeando um efeito em cadeia que o legislador não pode ter querido.

Saliente-se a conclusão extraída pelo TRP, à qual aderimos sem qualquer reserva:

“A expressão temporal e espacialmente em situação de concorrência tem de ser entendida como referente ao mesmo momento (que pode ser dia ou dias, mas há-de coincidir com aqueles em que é praticada a venda com prejuízo, especialmente no termo ad quem, embora se admita uma ligeira tolerância, a apreciar casuisticamente) e ao mesmo local, isto é, onde existem potenciais compradores do estabelecimento concorrente, já que é aí que existe a verdadeira situação de concorrência, e não noutra ponto do país”.

“A política de preços de cada empresa é da sua exclusiva responsabilidade. E não pode praticar venda com prejuízo em local diferente daquele em que outro agente económico vende por preço inferior àquele por que ela comprou, sob pena de violar o transcrito preceito legal”²⁶.

25 P. 11.

26 P. 12

4.2. Processo n.º 1202/10.7TYLSB do Tribunal de Comércio de Lisboa

No presente processo, o TCL²⁷ considerou não haver fundamento para afastar a aplicação da referida alínea *d*) do n.º 4, do artigo 4.º, “quando o preço praticado não seja exactamente igual ao de um dos concorrentes, como é o caso, porquanto o preço praticado pela arguida encontra-se no intervalo entre o preço que os seus concorrentes directos apresentavam”²⁸.

Refira-se que, não obstante a sentença clarificar que os preços em apreciação são diversos, € 3,41 (o mais baixo), € 3,48 (o da arguida) e € 3,99 (o mais alto da concorrência), entendeu o TCL que se tratava de alinhamento com um concorrente directo, excluindo, em consequência, a ilicitude da conduta, nos termos do disposto no citado artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 370/93.

Ora, da leitura da aludida sentença não se alcança qual o concorrente directo com o qual a arguida se encontrava em alinhamento, nem se pode falar num verdadeiro alinhamento do preço, porquanto estamos perante valores distintos, *i.e.*, não existe uma real coincidência de preço.

O TRL considerou que a sentença não padece de nulidade por omissão de pronúncia, porquanto a sentença “pronunciou-se sobre todos os factos relevantes para a decisão da causa: preço de aquisição do produto, preço de venda, quer no estabelecimento da arguida quer nos concorrentes directos e na mesma data, bem como a distância entre os estabelecimentos concorrentes”²⁹.

Não podemos concordar com a interpretação do TRL, porquanto o artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), refere, expressamente, o elemento “autor do alinhamento”, relativamente ao qual o Tribunal *a quo* não se pronunciou.

Por outro lado, o mesmo Tribunal entende que “o preço de venda do referido produto pela arguida, naquela data, é, segundo os factos provados, mais elevado do que o preço mais baixo de um dos concorrentes directos, apesar de inferior ao preço de aquisição. Para o MP, para haver alinhamento, o preço teria de ser precisamente igual, não podendo ser diferente. Não tem, porém, razão. A lei apenas impede que seja mais baixo. Se a lei permite baixar o preço, alguém do preço de aquisição e até ao menor valor pedido pelo concorrente directo, por maioria de razão estará autorizada a arguida a comercializar por valor superior àquele preço mínimo, neste caso com menor prejuízo para si do que se vendesse por um preço precisamente igual

27 1.º Juízo.

28 P. 11.

29 Acórdão de 12.7.2011.

ao dito concorrente. É esse o espírito da lei, ‘alinhado’ com os interesses que visa defender”.

Também neste âmbito discordamos do entendimento do Tribunal, pois o aludido diploma legal utiliza a expressão “alinhamento”, não existindo qualquer fundamento para a interpretação de “a lei apenas impede que seja mais baixo”.

Não existe, assim, qualquer correspondência da interpretação feita pelo TRL com a letra e o espírito da norma.

4.3. Processo n.º 849/10.6TYLSB do Tribunal de Comércio de Lisboa

Também no presente processo, não obstante ter dado como provado que o alegado concorrente directo da arguida vendia ao mesmo preço na semana anterior à data da prática dos factos, o TCL concluiu que se tratava de um alinhamento, mostrando-se excluída a ilicitude da conduta, nos termos do artigo 3.º, n.º 4, alínea d), do Decreto-Lei n.º 370/93³⁰.

O TRL, face ao fundamento do recurso apresentado pelo Ministério Público (MP) – a saber: contradição insanável entre a fundamentação e a decisão – decidiu pela sua improcedência, porquanto “o tribunal, face à facticidade dada como provada sob o ponto 16 (‘O Pingo Doce pratica o mesmo preço de venda ao público do mesmo produto em todos os seus estabelecimentos’), concluiu tratar-se de um alinhamento com concorrente directo e como tal considerou excluída a ilicitude da conduta da arguida, [...] impondo-se a sua absolvição”³¹.

No que concerne à alegada omissão de pronúncia “quanto à empresa (autora) que se encontrava em situação de concorrência efectiva e com a qual se pretendeu alinhar”, o TRL considera que o Tribunal *a quo* não só se pronunciou como fundamentou, utilizando o argumento expandido para uma outra questão tratada no mesmo aresto.

Entendemos que nesta decisão o TRL incorre no mesmo equívoco que o TCL já cometera. Veja-se que, como referimos anteriormente, não pode entender-se que o alinhamento é feito com uma qualquer empresa situada em território nacional. A concorrência tem que ser efectiva, *i.e.*, onde existam os potenciais compradores do estabelecimento concorrente e não num outro local do país.

³⁰ 4.º Juízo.

³¹ Acórdão de 9.6.2011.

4.4. Processo n.º 887/10.9TYLSB do Tribunal de Comércio de Lisboa

Igualmente, no recurso de impugnação da decisão da AdC que motivou este processo, o TCL³² absolveu, parcialmente, a arguida com fundamento no alinhamento dos preços com outro concorrente. O MP apresentou recurso por entender que o pressuposto da coincidência temporal não se verificou, por “*não ter sido apurado por que preço era vendido*” um dos produtos, “*no próprio dia da infração em causa*”, concluindo pela existência de contradição insanável entre a fundamentação e a decisão.

O TRL considerou improcedente este fundamento de recurso apoiado no argumento de “*que a lei se basta com a verificação de coincidência temporal, o que não é necessariamente o mesmo que coincidência no dia*”³³.

Ora, tendo presente o entendimento do TRP³⁴, anteriormente explicitado, quanto ao requisito de exclusão de proibição de venda com prejuízo de um bem “*que se encontre temporal e espacialmente em situação de concorrência efectiva com o autor do alinhamento*” só poder ser interpretado como “*o preço tem de estar a ser praticado naquele momento e naquele local*” e ao qual aderimos, tal impossibilita a nossa consonância com o entendimento do TCL na decisão aqui narrada.

5. APRECIACÃO CRÍTICA

O entendimento do TRP, expresso no acórdão proferido em 17.4.2002 aqui relatado em 4.1., não foi sufragado pelo TCL, nem pelo TRL, na sequência dos recursos interpostos pelo MP, sendo que os fundamentos das decisões adoptados quer pelo TCL, quer pelo TRL suscitam-nos diversas dúvidas, expressas no decurso da exposição de cada um dos processos, mas que cabe sumariar mais perceptível especificar, por se nos afigurar adequado a mais fácil percepção.

A decisão do processo n.º 1202/10.7TYLSB, do TCL, por um lado, não esclarece qual o concorrente directo com o qual a arguida se encontrava em alinhamento, por outro lado, conclui que existe um alinhamento de preços quando os preços dos produtos em causa, nos estabelecimentos considerados, para efeitos da excepção do artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 370/93, apresentam discrepâncias de 17%, 15% e 2%.

32 4.º Juízo.

33 Acórdão de 29.6.2011.

34 Acórdão de 17.4.2002.

No caso do processo n.º 849/10.6TYLSB, o TCL aceita o alinhamento operado com uma qualquer empresa situada em território nacional, não tendo em conta que a concorrência tem que ser efectiva, *i.e.*, onde existem os potenciais compradores do estabelecimento concorrente e não num outro local do país, nem quem é o autor do alinhamento.

Por último, no processo n.º 887/10.9TYLSB o mesmo Tribunal aplicou a excepção do alinhamento, não obstante não se ter apurado se o preço praticado num dos produtos pela empresa concorrente o foi no próprio dia da infracção em causa.

Para nós, só pode ser subsumida na excepção do alinhamento de preços a venda com prejuízo quando o preço praticado pelas empresas para o mesmo produto em questão seja idêntico e desde que as mesmas se encontrem espacial e temporalmente em situação de concorrência com a autora do alinhamento.

Por isso, discordamos da aplicação feita pelo TCL e pelo TRL da excepção do artigo 3.º, n.º 4, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 370/93, nos presentes processos.

CONCLUSÃO

Com o presente texto procurámos trazer algum debate sobre a interpretação da alínea *d*) do n.º 4, do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 370/93, que, pese embora não nos levante grandes dúvidas, começa a ser alvo de uma aplicação que consideramos distanciar-se do espírito que esteve subjacente à sua feitura.

Como bem referiu o TRP, *“o legislador pretendeu que a concorrência efectiva seja avaliada num momento e num local determinados, tendo sempre em atenção os potenciais consumidores do estabelecimento que vende com prejuízo, o que corresponde ao elemento literal do preceito”*.

Além do mais, atento que o objectivo que norteou as opções do legislador foi o de impedir a prática de concorrência desleal, proceder a uma outra interpretação conduziria a uma situação que, na prática, permitiria que a mesma vingasse.

BIBLIOGRAFIA

CUNHA, Carolina

2003 “Vendas com prejuízo”, in AA.VV., *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 207-242.

FERREIRA, João E. Pinto & BANGY, Remtula Azeem

1998 *Guia prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Europeia*, Lisboa: AJE, pp. 152-157.

MENEZES LEITÃO, Luís de

2003 “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, Revista *O Direito*, anos 134.º-135.º, pp. 84 e 85 ss.

PORTO, Manuel & ANASTÁCIO, Gonçalo

2010 *Legislação de Concorrência*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

DOSSIER TEMÁTICO

Infracções ao artigo 4.º da Lei da Concorrência ou ao artigo 101.º do TFUE

THE NEW EU FRAMEWORK OF HORIZONTAL COOPERATION AGREEMENTS

*Luís D. S. Morais*¹

ABSTRACT: This Article deals with horizontal cooperation between undertakings, critically reviewing the new EU framework for the competition law scrutiny of such cooperation, as arising from the new 'Guidelines on the applicability of Article 101 of the TFEU to horizontal cooperation agreements' adopted by the European Commission in December 2010, in conjunction with the approval of the new Block Exemption Regulations for research and development agreements and for specialization agreements. While emphasizing some essentially positive developments resulting from this new EU competition law framework of horizontal cooperation agreements, the Article also critically underlines several sensitive areas in which this 2010 review of horizontal restraints could have gone further. That applies in particular, as commented throughout the Article, to the possible design of a more comprehensive analytical model for the assessment of horizontal agreements and to a further degree of assimilation of the more economics based and flexible principles developed in recent precedents of the European Court of Justice and the General Court (while ensuring at the same time as much predictability as possible to undertakings).

SUMMARY: 1. Introduction. 1.1. General Overview. 1.2. General Perspective on the Analytical Framework adopted in the Horizontal Guidelines. 1.2.3. (a) Restrictions of Competition by Object – In General. 1.2.3. (b) Restrictive Effects on Competition – In General. 1.2.3. (c) Criteria for Identifying the Functional Type of Horizontal Cooperation Agreements. 1.2.3. (d) Competitive Assessment of Information Exchange. 2. Global Perspective of the Application of Article 101 TFEU to Joint Ventures. 2.1. (a) The Notion of Joint Venture. 2.1. (b) The Notion of Joint Venture and Relevant Aspects for its Assessment. 3. Specific Types of Horizontal Cooperation Agreements Covered by the Horizontal Guidelines. 3.1. General Overview. 3.2. Research and Development Agreements. 3.2. Research and Development Agreements. 3.3. Commercialization Agreements. 3.4. Standardisation Agreements.

¹ A different version of this Article, also under a different Title, will appear as Chapter 2 on horizontal cooperation agreements of Research Antitrust Handbook, Edited by Damien Geradin, Ioannis Lianos, ELGAR, Forthcoming 2011 or 2012.

1. INTRODUCTION

1.1. General Overview

1.1.1. This Article examines the application of article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter ‘TFEU’)² to multiple forms of cooperation between undertakings (covering, as such, agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices, that will be here comprehensively referred to as ‘agreements’). More specifically, the Article deals with horizontal co-operation between undertakings, that may be characterized, as put forward in the recent 2010 “*Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*” (approved in December 2010 and published in 2011, hereinafter the ‘Horizontal Guidelines’³), as cooperation involving agreements or understandings “*between actual or potential competitors*”⁴ (this type of competitive link conferring to those forms of cooperation its ‘horizontal nature’).

This area of EU competition law covers, in particular, the establishment and functioning of joint ventures between actual or potential competitors [meaning partial function joint ventures which do not qualify as concentrations and are not accordingly submitted, as such, to the concentration control regime on the basis of Council Regulation N.º 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (hereinafter ‘Merger Regulation’⁵]. It also covers other looser forms of cooperation between actual or potential competitors which do not involve the organization level and functional

2 As from 1 December 2009, Article 81 of the EC Treaty has become Article 101 of the treaty on the Functioning of the European Union (‘TFEU’). The two Articles are in substance identical. In the context of this Article, references to Article 101 of the TFEU should be understood as references to Article 81 of the EC Treaty when appropriate (particularly when case law prior to the entry into force of the Treaty of Lisbon is quoted throughout the text of this Article).

3 We refer to the Communication from the European Commission – “*Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*”, approved in December 2010, published in the OJEU, 14/1/2011, C 11/1 (2011/C 11/01). We may also refer in the course of this Article – for reasons of comparison, systematic analysis or to put in context several relevant precedents – to the previous Guidelines – “*Commission Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal co-operation agreements*” – OJEC 2001 C3/2 (there will be referred in an abbreviated form as the ‘2001 Guidelines’).

4 See Horizontal Guidelines, point 1.

5 We refer here to the EC Council Regulation No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, of 20 January 2004 (OJ L 2004 L 24/1).

structures typical of joint ventures, that we shall refer throughout this Article – in an abbreviated manner – as other horizontal cooperation agreements.

While the Horizontal Guidelines do not specifically distinguish between, on the one hand, joint ventures, and, on the other hand, the aforementioned looser forms of cooperation – as stated in its point 6, the Guidelines “*apply to the most common types of horizontal co-operation agreements irrespective of the level of integration they entail (...)*” – we shall cover, in an initial and very brief section of this Article (*infra*, point 2.), joint ventures as a particularly important form of horizontal cooperation (addressing issues that are specifically related with that form of cooperation and emphasizing the reasons that may justify considering it as an autonomous category within the field of entrepreneurial cooperation).

Notwithstanding those transversal considerations on the category of joint ventures, we shall comprehensively address questions pertaining to the different functional types of cooperation, following to a large extent the framework put forward by the Guidelines, and considering, in each type of cooperation autonomously dealt with, both joint ventures and other cooperation agreements. In that context, we shall successively analyse – albeit in very succinct terms, due to the limited scope of this Article – **(i) research and development agreements**, **(ii) commercialisation agreements** and **(iii) standardisation agreements** and other types of horizontal agreements (bearing in mind that, as regards this last type of agreements, the Guidelines have introduced significant innovations that deserve some critical attention). Also, as regards the first type of cooperation agreements [**(i)**], we shall naturally take into consideration the recent reform of the Block Exemption Regulation for research and development agreements and for [carried out through the approval, in December 2010, of Commission Regulation (EU) No. 1217/2010⁶].

6 We refer to Commission Regulation EU No. 1217/2010, of 14 December 2010 (OJEU L 335/36 of 18.12.2010). We shall not deal ‘*ex professo*’ with the other simultaneously reformed Block-Exemption Regulation covering specialization agreements – Commission Regulation EU No. 1218/2010, of 14 December 2010, (OJEU L 335/43 of 18.12.2010) – due to the limited scope of this Article. *The selection of functional types of cooperation agreements autonomously analysed (aforementioned) has to do, both with their relevance, and with the impact of the adjustments introduced in those types by the December 2010 review of the framework of horizontal cooperation (since a comprehensive analysis of all the functional types covered by the Horizontal Guidelines is not feasible within the limited scope and dimension of this Article).*

1.1.2. Conversely, this Article will not deal with the types of horizontal agreements and concerted practices that are, somehow, considered to be the ‘classic’ and most serious infringements of EU competition law, corresponding to the so-called *Cartels*.⁷ As it is widely recognized, cartels typically involve arrangements between two or more actual or potential competitors which are oriented towards price-fixing, market-sharing and exchange of confidential information or collective boycotts, thus originating hardcore restrictions of competition (that, as such, cannot qualify for exemption under Article 101, par 3 of the TFEU).⁸ Our focus is, therefore, on forms of horizontal cooperation which – at least on a potential basis – may involve some type of efficiency (and that, accordingly, do not lead to a straightforward condemnation under Article 101, leading, on the contrary, to a potential or theoretical interplay of pars 1 and 3 of Article 101).

Also, we shall not deal in this Article – *or will only do so incidentally* – with *basic concepts* regarding the prohibition regime of Article 101 of the TFEU, namely the concepts of *undertaking*, of *agreement*, *decision by associations of undertakings* and *concerted practices*, or the concept of *effect on trade between Member States*.

1.2. General Perspective on the Analytical Framework adopted in the Horizontal Guidelines

1.2.1. Horizontal cooperation agreements typically involve agreements and concerted practices that are entered into between actual or potential competitors, which, in turn, are understood as *undertakings active on the same relevant market* and *undertakings that, in the absence of a specific agreement, are likely within a short period of time, in case of a small but permanent increase in relative prices, to make the necessary additional investments or other necessary switching costs to enter the relevant market on which the other company at stake is active*.⁹ Conversely, agreements that are entered into between under-

7 We should also bear in mind that (quite intentionally) the Horizontal Guidelines only contain incidental references to cartels. As stated in its point 9, “*although these Guidelines contain certain references to cartels, they are not intended to give any guidance as to what does and does not constitute a cartel as defined by the decisional practice of the Commission and the case-law of the Court of Justice of the European Union*”.

8 Specifically on cartels, see, *inter alia*, Siragusa & Rizza, 2007.

9 See, on these notions, points 10 and following of the Horizontal Guidelines, which refer – as regards potential competitors – to an assessment based on realistic grounds about the likelihood of one of the companies entering the market of the other company, as established in the Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372, 9.12.97).

takings operating at a different level of the production or distribution chain will correspond in principle to vertical agreements, that are dealt with in Commission Regulation (EU) No. 330/2010, on the application of Article 101(3) of TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices (the Block Exemption on Vertical Restraints)¹⁰ and the in the Guidelines on Vertical Restraints.¹¹

However, and as explicitly stated in the Horizontal Guidelines, provided certain conditions are met, vertical agreements may produce effects on the market and generate corresponding competition problems that are similar to horizontal agreements (and should be, as such, covered by the Horizontal Guidelines). That will tend to happen with certain cases of vertical agreements between competitors (with the exception of situations in which competitors enter into non-reciprocal vertical agreements and the supplier is a manufacturer and a distributor of goods while the buyer is a distributor and not a competing undertaking at the manufacturing level or the supplier is a provider of services at several levels of trade, while the buyer provides its goods or services at the retail level and is not a competing undertaking at the level of trade where it purchases the contract services).¹²

Depending on the level of integration underlying the horizontal cooperation agreements at stake, and regardless of the fact the Horizontal Guidelines cover – as aforementioned – both joint ventures, and looser forms of cooperation, the substantive parameter for their competition law assessment may vary (and with it may also vary the applicability or not of the Guidelines). In fact, the assessment of horizontal cooperation agreements may be based on Article 101 of the TFEU or on the Merger Regulation, depending on the fact that those agreements may be characterized or not as concentrations with a Community dimension. This implies a fundamental distinction between, on the one hand, the establishment of full-function joint ventures – which should be qualified as concentrations and falling correspondingly under the jurisdiction of the Merger Regulation – and, on

¹⁰ See Commission Regulation (EU) No. 330/2010, on the application of Article 101(3) of TFEU to categories of vertical agreements and concerted practices, of 20 April 2010, OJEU L 102, 23.4.2010, p. 1.

¹¹ See Guidelines on Vertical Restraints, OJEU C 130, 19.5.2010, p. 1.

¹² See, on this, point 12 of the Horizontal Guidelines, explicitly differentiating these types of vertical agreements between competitors.

the other hand, non full-function joint ventures, which are to be assessed under Article 101 of the TFEU.

These aspects, including a proper understanding of the notion of full-function joint venture (joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity) will be further addressed, *infra*, point 2., which specifically deals with the legal category of joint ventures. What is relevant for our current purposes of identifying the basic analytical model underlying the Horizontal Guidelines is to circumscribe the type of arrangements that are at stake. In short, we are dealing here with multiple types of horizontal cooperation agreements – as generically described *supra* – including joint ventures that do not correspond to concentrations for the purposes of the Merger Regulation, whose standard of legality is based on Article 101 of the TFEU. In turn, the application of such standard to that global category of agreements (thus circumscribed) involves a two step process, leading to inquire – in first place – if the horizontal agreement falls with the Article 101, par 1 prohibition, and – in second place – provided that is the case, if the agreement may benefit from a block exemption or an individual exemption under Article 101, par 3.

Attention should still be paid to the fact that the basic standard of legality of ‘*significant impediment to effective competition*’, arising from the Merger Regulation is not exclusively applicable to *full-function joint ventures*, qualified as *concentrations*.¹³ Cooperative aspects of these entities, involving the relationship between its parent undertakings and its related effects on competition, should be assessed under Article 101 of the TFEU albeit under an hybrid regime (through which that assessment under Article 101 occurs on the basis of the procedural framework, comprehending notably its more expedite timeframe, of the Merger Regulation).

1.2.2.1. As regards the potential submission of horizontal agreements to the Article 101, par 1, general prohibition, it is necessary to assess if the agreements at stake have as their object or effect an appreciable restriction or distortion of competition within the common market and if such restriction is likely to affect trade between Member States. Considering the fundamental

13 We refer here to the standard of legality of ‘*significant impediment to effective competition*’, introduced by the 2004 reform of the Merger Regulation. On the impact of that new standard adopted in such 2004 reform, see, *inter alia*, Cook & Kerse, 2005; Lindsay, 2006.

assessment which is required – oriented towards evaluating if *an agreement appreciably restricts competition* – the Horizontal Guidelines have formally abandoned the previous analytical grid established in the 2001 Guidelines, that divided those agreements into three groups, comprehending, namely: (a) *agreements that do not appreciably restrict competition under Article 101, par 1*; (b) *agreements that almost always appreciably restrict competition under Article 101, par 1*; and (c) *agreements that may not appreciably restrict competition*.¹⁴

We admit that such tripartite analytical grid was essentially justified by the purpose of ensuring some degree of predictability in the substantive evaluation of cooperation agreements (although these have to be assessed in their economic context,¹⁵ which implies to a large extent a casuistic analysis of the different market situations and a corresponding ‘*alea*’, that, in turn, may leave undertakings in a position of considerable uncertainty about the legality of their understandings, with all the related drawbacks). On the whole, we therefore consider that establishing this tripartite analytical grid as the starting point of a comprehensive model of substantive assessment of cooperation agreements had been a correct methodological option. The fundamental underlying idea here was to delineate a preliminary level of analysis of horizontal cooperation agreements, in which – through a more succinct or perfunctory analysis – could be identified *types of situations related with such agreements that should be normally regarded as non prohibited under Article 101, par 1*, *types of situations that would normally be prohibited* under that regime and, finally, *types of situations that would require a more developed evaluation of the market conditions at stake* (which could hypothetically lead, in the end, to the conclusion that the agreements at stake should not be prohibited). Specifically on this third type of situations, the 2001 Guidelines, in conjunction with the Block-Exemption Regulations on Research and Development and on Specialization Agreements, established subsequent and more elaborate levels of substantive analysis, comprehending, namely, a second predominantly structural level of analysis (based in the market shares

¹⁴ See points 20 *et seq* of the Horizontal Guidelines. This *tripartite analytical grid* had been adopted in the 2001 Guidelines – points 17 *et seq.*, especially 24 *et seq.*

¹⁵ About that guiding principle of evaluating cooperation agreements taking into consideration their *economic context*, see both the Horizontal Guidelines, points 25 *et seq.*, and also the 2001 Guidelines (points 20 *et seq.*), which follow overriding criteria set by consistent case law in this area, as *e.g.* the “*Remia BV v Commission*” ruling (Case 42/84) or the “*GlaxoSmithKline Services v. Commission*” (Case T-168/01) (to which we shall return in the course of the present Article).

of the participating undertakings) and a third level of analysis taking into consideration potential risks of distortion of competition particularly related with each functional type of cooperation.

Such tripartite analytical grid has been replaced in the Horizontal Guidelines by a new analytical structure which will tend to identify in connection with each functional type of agreement the *main competition concerns or risks* and – essentially – the (a) *possible restrictions of competition by object* and (b) the *possible restrictive effects on competition*. It should be recognized, however, that this analytical structure has important parallels with the previous tripartite analytical grid of the 2001 Guidelines. In fact, the individualization of, on the one hand, possible restrictions by object and, on the other hand, possible restrictive effects should, to a large extent, correspond to the identification of situations that are normally prohibited under Article 101 and of situations that usually require a more developed evaluation of the market conditions at stake.

Conversely, this new analytical grid has apparently eliminated the previous first category of paradigmatic situations that could be considered as covered by a preliminary presumption of lawfulness (*situations that should be normally regarded as non prohibited under Article 101, par 1*). We refer to an *apparent* elimination of such category, since the Horizontal Guidelines, in the end, do specify that *horizontal cooperation agreements between competitors that, on the basis of objective factors, would not be able to independently carry out the project or activity covered by the cooperation will normally not give rise to restrictive effects on competition within the meaning of Article 101, par 1* (with the proviso, based on a proportionality principle, that the parties could not have carried out the project with less stringent restrictions).¹⁶

Accordingly, despite the fact that the Horizontal Guidelines do not comprehensively recognize it as an autonomous category, the main bifurcation between restrictions by object (leading normally to prohibition) and by effect (normally requiring a more developed empirical analysis) is actually – albeit somehow implicitly – complemented by the aforementioned type of situations of *cooperation agreements between competitors that, would not be able to independently carry out the project or activity covered by the cooperation*, which, on the whole, should normally be regarded as non prohibited under Article 101, par 1 (this corresponding to one of the principal cases which because

¹⁶ See, on this, point 30 of the Horizontal Guidelines.

“of their very nature” did “not imply a coordination of the parties’ competitive behaviour in the market” according to the 2001 Guidelines¹⁷).

We fundamentally regard as a positive option the fact that the Horizontal Guidelines maintain, on the basis of a preliminary and rather perfunctory analysis, a category of situations – however implicitly these may now be considered – that should be perceived as *normally not prohibited under Article 101* (for reasons of legal security and predictability). However, we admit that the Commission could have gone further in the characterization of such paradigmatic situations. That would imply, namely, more reference examples of cases in which by *objective standards* the parties are not able to independently carry out a certain activity – beside the only example provided in the Horizontal Guidelines concerning the “*limited technical capability*” of the parties.

It would also imply, as far as we are concerned, a further contextualization of this type of situation in order to provide a more clear and complete guidance about situations that may be somehow safely regarded as normally non prohibited. That would entail, in our view, a complementary qualification of the situation at stake, in which competitors would not be able to independently carry out the activity covered by the cooperation agreement, linking it to *two chief relevant contexts* (that would be, as such, decisive to sustain a *prima facie* positive assessment as a kind of *first level safe harbour* for the participating undertakings). We refer here to contexts in which the impossibility of independent action applies to *activities that are decisive to ensure the presence of a further competitor in any given market* or, in subsidiary terms, to *activities which are instrumental to the provision of certain relevant goods or services that otherwise would not be provided to consumers*.

On the contrary, we regard as a correct option the elimination in the Horizontal Guidelines of the previous preliminary indicators (established in the 2001 Guidelines) to ascertain situations normally not prohibited, which had to do with *cooperation agreements concerning activities which allegedly did not influence the relevant parameters of competition*.¹⁸ That indicator struck us, in fact, as too vague and not practical enough in order to individualise categories of situations normally not prohibited.

17 See, about that understanding, point 24 of the 2001 Guidelines.

18 See, also on that analytical factor, points 24, *et seq.*, of the 2001 Guidelines.

Differently, as regards another situation previously identified in the 2001 Guidelines – *cooperation agreements between non-competitors* – we admit that it may still be implicitly construed, on the basis of the condition stated in an express manner in the Horizontal Guidelines (concerning, as aforementioned, competitors that would not be able to independently carry out a certain activity), as *a type of situation corresponding to cooperation agreements normally not prohibited* (provided the participating undertakings do not hold an appreciable market power and that their cooperation will not, somehow, give rise to factors which block or make especially difficult third parties access to the markets at stake). However, if we favour this kind of analytical construction we have, conversely, to recognize that its practicality as a first level and transversal safe harbour to undertakings has been affected by the lack of an express reference to it in the Horizontal Guidelines and, in that context, by the lack of an operative market share threshold that would apply in general to all types of horizontal cooperation and could be situated at an intermediate level between the *de minimis* threshold¹⁹ and the specific market shares thresholds contemplated in the Horizontal Guidelines and in the relevant Block-Exemption Regulation for the various types of functional cooperation.

1.2.2.2. To sum up, on the whole, we consider that the previous tripartite basis of preliminary analysis of cooperation agreements (designed in the 2001 Guidelines) could have been somehow retained, even if streamlined and somehow adjusted in pursuit of further clarity, in the Horizontal Guidelines. This change of the analytical structure of the various Chapters of the Horizontal Guidelines removing – at least apparently – a first level presumption of lawfulness, while maintaining, albeit in a less systematic manner, some elements that provide the basis for a possible preliminary positive evaluation of cooperation agreements, may lead to unintended consequences in a context of decentralisation (also bearing in mind that the less abundant case law on horizontal cooperation at national level, comparatively with vertical restraints, may lead to a fundamental lack of guidance in this field). In short, it would have been adequate to retain an autonomous analytical section (corresponding to a first level of analysis) that would allow for a preliminary

¹⁹ Naturally, we refer here to the *de minimis* market share threshold contemplated in the “*De Minimis Notice*” of the European Commission, OJ 2001 C 368/13.

scrutinizing of the agreements in search of possible compatibility presumptions, based in the type of competitive relationship between the participating undertakings and also on a general market share threshold, and in search of incompatibility presumptions as well.

Therefore, we consider that beside the essentially positive developments arising from the December 2010 review of the Horizontal Guidelines – particularly focused in the introduction of new or expanded sections related with *information exchange between competitor undertakings* and with the *category of standardization agreements*²⁰ such review could have gone further in terms of (i) designing a truly comprehensive analytical model for the assessment of horizontal agreements (not excessively focused in some particular parameters in connection with specific functional types of horizontal cooperation) and also in terms of (ii) incorporating the more economics based and flexible principles that have been recently developed by the European Court of Justice and by the General Court in fundamental precedents, such as the “*GlaxoSmithKline*”, the “*Barry Brothers*”, the “*Meca-Medina*” and the “*O2 v. Commission*” rulings²¹ (particularly as regards the analytical bifurcation between the par 1 and par 3 rules of Article 101 in the field of ‘*by effect*’ restrictions of competition). In the context of this bifurcation between the pars 1 and 3 regimes, it is especially striking the scarce (and in some cases null) reference to this more innovative and economics based line of case law. In particular, we note that the “*Métropole Television (M6)*” case – explicitly referenced in the Horizontal Guidelines –²² with its more rigid division between assessments to be conducted under par 1 or 3 of Article 101 and with its strict limits on the weighting of the pro and anticompetitive aspects

20 Understandably this has led to the fact – acknowledged by the Commission in its “*Overview of the Feedback Received from Stakeholders in the Public Consultation on the Draft Texts Published in 2010*” (concerning the Public Consultation on the revised rules for the assessment of horizontal agreements that took place between 4 May and 25 June 2010 – that, in the course of that extensive consultation process on the review of the block-exemption Regulations (R&D and specialization) and of the 2001 Horizontal Guidelines, *most of the analytical contributions for that discussion put a particular emphasis on the issues of information exchange and of standardisation agreements.*

21 We refer here to the “*GlaxoSmithKline*” ruling (already quoted), the “*Barry Brothers*” ruling (Case C-29/07), the “*Meca-Medina*” ruling (Case C-519/04 P) and the “*O2 v. Commission*” ruling (Case T-328/03). In this line of case law attention should also be paid to the widely known and debated “*Wouters*” ruling (Case C-309/99), despite some peculiarities this latest case may present and which are specifically related with regulatory issues of public interest (a point to which we shall turn our attention *infra*, 1.2.3. (b.3.1.).

22 See the “*Métropole Television (M6)*” ruling, of the then Court of First Instance – case T-112/99, which is explicitly referenced in footnote 8 of the Horizontal Guidelines (emphasizing the considerations developed by the Court in paragraphs 69 *et seq.* of its ruling).

of a restriction of competition (circumscribed to the specific framework of par 3), should have been counterbalanced with explicit and more developed references to the “*Barry Brothers*”, the “*Meca-Medina*” and the “*O2 v. Commission*” rulings.

Furthermore, and considering here aspects to which we shall return in the context of our analysis of the various functional types of cooperation, we also admit that the Horizontal Guidelines could have developed a more ambitious approach as regards the *structural criteria* it uses to assess market power of the participating undertakings (in the course of what may be regarded as a *second stage of analysis*, if after a first and perfunctory evaluation of the agreements, a more detailed assessment of potential effects of restriction of competition is required). In fact, the Guidelines, in conjunction with the Research and Development and Specialization Block Exemptions, continue to contemplate different market share thresholds as indicators of more serious risks of restriction of competition in connection with different functional types of cooperation, while a common market share threshold could possibly have been considered²³ (combined with complementary criteria that would, in turn, be specifically related with the particular risks for the competition process that are intertwined with each functional type of cooperation).

1.2.2.3. Bearing in mind the previous considerations, and prior to our brief analysis of the *joint venture category* and of some *particular functional types of cooperation* (respectively dealt with *infra*, points 2. and 3.), some attention should be paid, in the course of this general overview of the global analytical framework adopted in the Horizontal Guidelines, to the somehow traditional distinction between *restrictions by object* and *restrictions by effect* in which those Guidelines are still rather strictly anchored, and, in rapid succession, to the competitive issues related with *information exchange between competitors*, considered on a transversal basis as regards the various functional types of cooperation, that are now autonomously dealt with in Section 2 of the same Guidelines (such issues being covered *infra*, points 1.2.3., (a), (b) and (c)).

23 Also for that possible common market share threshold a systematic comparison with the substantive guidance retained on horizontal merger analysis could be useful (we refer here to the Commission “*Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings*” (O) 2004 C 31/5).

1.2.3. (a) Restrictions of Competition by Object – In General

1.2.3. (a.1) As mentioned in the preceding points, the Horizontal Guidelines seem to maintain the traditional analytical division between *restrictions by object* and *restrictions by effect* as the basic and paramount reference for the assessment of horizontal cooperation agreements. Furthermore, the Guidelines also seem to combine this traditional division with an apparently rigid evaluation of the analysis to be conducted either under par 1 or under par. 3 of Article 101 (sustaining strict limits on the weighting of the pro and anti-competitive aspects of a restriction of competition as aspects to be dealt only in the specific framework of par 3, thus repeating the analytical construction delineated in its 2004 “*Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*”²⁴ and corroborating the analytical line pursued in the aforementioned “*Métropole Television (M6)*” ruling).²⁵

As regards specifically the treatment of *restrictions by object*, the Horizontal Guidelines emphasize as the three chief aspects for its assessment the (i) “*content of the agreement*”, the (ii) “*objectives it seeks to attain*”, and (iii) the “*economic and legal context of which it forms part*”. Conversely, following the reasoning developed by the Court of Justice in its “*Barry Brothers*” ruling,²⁶ the Guidelines clearly underplay the relevance of the parties’ intention, stating that the Commission may take such aspect into account in its analysis but without considering it “*a necessary factor in determining whether an agreement has an anti-competitive object*”.²⁷

This characterization of the treatment of *restrictions by object* in the context of horizontal cooperation between undertakings is undoubtedly in line with the general analytical framework developed in the more recent European jurisprudence. However, being too schematic, it provides very limited effective guidance to undertakings in this field. In fact, what seems to result from the

24 2004 “*Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*”, OJ 20045 C101/97.

25 See, on this, the final part of point 20 of the Horizontal Guidelines in which it is peremptorily stated that “*the balancing of restrictive and pro-competitive effects is conducted exclusively within the framework laid down by Article 101(3). If the pro-competitive effects do not outweigh a restriction of competition, Article 101(2) stipulates that the agreement shall be automatically void*” (emphasis added).

26 We refer here to the aforementioned “*Barry Brothers*” ruling, in which the Court clearly stated that “*the parties’ intention [would not be] a necessary factor in determining whether an agreement has an anti-competitive effect (...)*” (par. 17 of the ruling).

27 See, on such understanding and characterization, point 25 of the Horizontal Guidelines, which, curiously, quotes the undoubtedly relevant ruling “*GlaxoSmithKline*” (aforementioned, footnote 14), but omits the fundamental “*Barry Brothers*” precedent (quoted in our precedent footnote).

“*Barry Brothers*” precedent – especially if compared with the reasoning used in previous rulings –²⁸ is that even in situations where the content and purpose of agreements look *prima facie* particularly pernicious to competition, a sort of preliminary inquiry will be required (albeit conducted in a rather succinct manner) for the purposes of actually ascertaining its anticompetitive impact in a given economic and market context.

1.2.3. (a.2) That does not override, as such, the presumption of anticompetitive impact as regards certain *prima facie* more serious restrictions of competition. More accurately, it means these kinds of presumptions are not to be applied in a formalistic and almost automatic manner. Its application will involve, at least up to a minimum extent, a brief evaluation of the market context in which the agreement will be inserted. It is uncontroversial that a long and somehow consolidated experience arising from case law has led to the identification of certain restraints which carry in themselves a *particularly serious risk to competition*. Typically, and considering here horizontal cooperation situations, the case law has identified as such the *agreements between competitors to fix prices, limit output or share markets* (e.g., in the landmark “*European Night Services*” ruling²⁹) or *cooperation involving information exchanges directly or indirectly creating the conditions to fix purchase or selling prices* (e.g., in the “*T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*” ruling³⁰).

However, and contrary to the more formalistic approach still followed in the 2004 “*Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*”,³¹ the more recent jurisprudence clearly seems to imply that the substantive legal and economic context in which the competitive restraint operates should somehow be assessed, albeit through a quick-look test (while full blown market analysis continues only to be justified in connection with restraints that, after such preliminary quick look test, are not identified as particularly serious competition infringements and whose possible ‘restrictive effects’

²⁸ We bear in mind here precedents such as the “*European Night Services*” ruling of the then Court of First Instance – Cases T-374, 375, 384 and 388/94 (especially in its par. 136).

²⁹ We refer to the “*European Night Services*” ruling of the then Court of First Instance (already quoted in the precedent footnote).

³⁰ See the “*T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*” ruling – Case C-8/08.

³¹ See the 2004 “*Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*”, especially par. 21.

have to be assessed through that more developed analysis). Therefore, in light of these considerations, it may be argued that the Horizontal Guidelines represent, somehow, a missed opportunity to provide specific guiding criteria for the *confirmation* of the more serious nature of competition infractions related with certain restraints established in horizontal agreements on the basis of succinct assessments of any given legal and economic context in which those restraints operate.

1.2.3. (b) Restrictive Effects on Competition – In General

1.2.3. (b.1) A more flexible approach and more in line with the recent economic-based jurisprudence seems to have been followed in the Horizontal Guidelines as regards ‘*by effect*’ restrictions of competition (implying a qualitative hermeneutical progress in comparison with the 2004 “*Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*”, although the new hermeneutical input in this field could still have been more clarified).

In this field – which will be more extensively dealt with *infra*, point 3., in the context of the analysis of specific functional types of horizontal cooperation – the Horizontal Guidelines, while considering as in the case of ‘*by object*’ restrictions the nature and content of the agreements, particularly stress the relevance of market power of the participating undertakings (in connection with other market characteristics). For that purpose, the Guidelines take into consideration as a “*starting point*” the “*position of the parties on the markets affected by the co-operation*”, relying on the assumption that “*if the parties have a low combined market share, the horizontal co-operation agreement is unlikely to give rise to restrictive effects on competition within the meaning of Article 101(1) and normally no further analysis will be required*”.³² (emphasis added)

However, the Guidelines, after asserting this market share indicator as a general parameter for an intermediate stage of assessment of cooperation agreements go on to sustain that “*it is not possible to give a general market share threshold above which sufficient market power for causing restrictive effects on competition can be assumed*” (since it would be necessary to take into consideration the different effects that various horizontal agreements may cause in different market situations). Accordingly, the analytical methodology established in the Guidelines relies on a segmented approach to the market share criteria, meaning that the relevant market share threshold established

³² See Horizontal Guidelines, points 43 and 44.

by the same Guidelines will vary depending on the specific type of functional cooperation at stake.

To sum up, the Guidelines consider a first or preliminary stage of analysis – even if vaguely delineated as we have stressed *supra*, 1.2.3. (a.1) – in order to identify, as the case may be, ‘*by object*’ restrictions (which in principle will be immediately ascertained as prohibited), or ‘*by effects*’ restrictions (that require a more in-depth assessment), which, on the whole and as this later category of situations is concerned, will be followed by a second (general) fundamental stage of analysis, pondering the degree of market power of the parties. This second stage of the analytical model used for the assessment of horizontal agreements involves a market share threshold at least marginally higher than the one considered for the purposes of application of the ‘*de minimis*’ criteria (that imply in principle an immediate judgement of non prohibition of the agreements at stake), but the Horizontal Guidelines contend that such market share threshold has to vary according to the functional type of horizontal cooperation (thereby refusing the concept of a *general market share threshold* marginally higher than the ‘*de minimis*’ horizontal market share threshold).

Accordingly, the *comprehensive framework of horizontal agreements reviewed in December 2010* – comprehending the Guidelines and the Block Exemption Regulations on Research and Development and Specialization – relies on a series of diverse market share thresholds varying from 15% to 25% of the markets at stake³³ (depending on the type of functional cooperation pursued by the parties). As far as we are concerned, for reasons of simplification, predictability and also bearing in mind the ‘*acquis*’ in terms of treatment of precedent cases, a single market share threshold could have been considered in the context of a revised global analytical model for the assessment of horizontal agreements (thereby corresponding to a truly general second stage of assessment of those agreements). This general second stage of analysis – oriented towards the pondering of market power through market share criteria – would, in turn, be counterbalanced by complementary stages of analysis of the ‘*by effects*’ potential restrictions, involving factors or analytical tools specifically connected with each type of functional cooperation.

We believe that *a better systematisation of the global analytical model by and large delineated in December 2010 reviewed framework of horizontal agreements would involve* – beside the general market threshold we here envisage as a

³³ As it will be described in more detail *infra*, point 3.

second general stage of analysis – *two complementary stages of analysis* (whose intensity or thoroughness would depend on the fact of the agreements at stake having surpassed or not, and to what extent, the market share threshold). Those *two complementary stage of analysis* – which could either confirm or correct the preliminary assessment of competition risks related with the parties' indicative market power – would involve, on the one hand, further structurally oriented criteria, namely through the pondering of the market share of the parties in conjunction with the global *degree of concentration* of the markets at stake,³⁴ and, on the other hand, a set of residual analytical tools whose assessment would, to a large extent, be conducted under the specific conditions related with each type of functional cooperation.

This set of analytical tools corresponding to a *last stage of analysis*, largely conducted on the basis of specific considerations related with the competitive relationship and dynamics of *each functional type of cooperation* (research and development, production, commercialisation or other) would comprehend, namely the *stability of market shares over time*, *entry barriers* and the likelihood of market entry, the *countervailing power of buyers or suppliers* and a pondering of the *nature of the goods or services at stake* (as homogeneous or differentiated products or services and considering also the degree of maturity of such products). Again, by and large, most (albeit not all) of these analytical tools are duly referred in the Horizontal Guidelines,³⁵ but would gain to be systematically organised and interwoven in the manner considered in the multistage analytical grid that we are hereby proposing (and which we believe to be consistent with the more recent and economics oriented case

34 A pondering of the *degree of concentration* that could involve namely the application of the Herfindahl-Hirshman Index (HHI) (as already considered under the Commission “*Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings*” and bearing in mind also the *proximity and interconnections existing between the substantive tests applied for the assessment of horizontal full function joint ventures, under the Merger Regulation, and horizontal agreements in general, under Article 101*, but taking into consideration structural criteria of growing importance; a proximity between those substantive tests which is recognized in the Horizontal Guidelines).

35 See, in particular, about the analytical tools we have considered in the last (aforementioned) stage of analysis of horizontal agreements, Horizontal Guidelines, points 44 and 45. For a more developed perspective on the systematic construction we are hereby proposing, while bearing in mind the factors indicated in the December 2010 Horizontal Guidelines, and considering especially the assessment of joint ventures but with relevant corollaries also to the assessment of horizontal cooperation agreements in general, see our Morais, 2011.

law and also better adapted to the purposes of practical self-assessment of agreements by the participating undertakings³⁶).

1.2.3. (b.2) As aforementioned (*supra*, 1.2.1.), the Horizontal Guidelines characterize the assessment of horizontal agreements as a *two step process*, leading, firstly, to inquire if these fall with the Article 101, par 1 prohibition, and, if that happens to be the case, whether such agreements may benefit from exemption under Article 101, par 3. As it is widely recognized on the basis of that provision of par 3 and of the corresponding case law, this ‘*second step*’ relies on the assessment of possible *pro-competitive effects of restrictive agreements* (arising from some variable degree of *substantial economic efficiencies* underlying the agreement).

The pondering of such *pro-competitive effects* of horizontal agreements and of the related efficiencies is based on the identification and assessment of “*complementary skills and assets*” that each party brings to a certain agreement. Such perspective about substantive economic efficiencies being derived from particular *combinations of skills and assets* is somehow the cornerstone of the Block Exemption Regulations on Research and Development and on Specialization, but, beside these two functional types of horizontal cooperation, the Horizontal Guidelines clearly consider those factors as fundamental in terms of the possible detection of relevant efficiencies for purposes of individual exemptions concerning other functional type of cooperation agreements.³⁷ Conversely, while admitting that horizontal cooperation agreements not involving the combination of complementary skills or assets may still generate efficiencies that are susceptible of being passed on to consumers (as specifically required by one of the four conditions established under par 3 of Article 101) – namely by reducing duplication of certain costs – the Horizontal Guidelines ascertain that those types of

³⁶ *Self-assessment of horizontal agreements by the participating undertakings* that results from the 2003 reform of EU competition law. However, the end after such 2003 reform of the mandatory notification procedure for the purposes of application of the exemption regime would not be incompatible with a *business review procedure* of situations of horizontal cooperation with the Commission, in parallel terms, *mutatis mutandis*, with the review procedure conducted by the US Department of Justice (a procedure that would be advantageous and would enhance the patterns of legal safety given the frequency of cases in which horizontal cooperation has predominantly positive consequences for competition).

³⁷ See, on those aspects and following that line of reasoning, points 50 to 52 of the Horizontal Guidelines.

cost savings are “*in general less likely to result in benefits for consumers*”³⁸ (and, therefore, less likely of sustaining individual exemptions under par 3).

In the past, relevant case law of the Commission has associated such overriding idea of deriving economic benefits construed as efficiencies passed on to consumers from *combinations of skills and assets* in situations of horizontal cooperation characterised, *e.g.*, by the development and introduction in the market on new products in a reduced time-frame,³⁹ by allowing for the profitability of the manufacture of intermediate products to be used by the parents with favourable repercussions for the final products,⁴⁰ by more efficient use of energy sources,⁴¹ by accelerating or streamlining the qualitative and sometimes uncertain transition from the research stage of certain technologies to wide and intense industrial application of those technologies,⁴² or by diversifying the type of capital intensive and technologically demanding equipments susceptible of being produced at competitive prices and affordable to a wider group of users.⁴³ Complementarily, and despite being placed under a much less favourable light in the Horizontal Guidelines, the idea of *reducing the duplication of certain costs* has also been more or less clearly envisaged in previous case law in connection with situations characterised, *e.g.*, by the reduction of overcapacity⁴⁴ or, up to a certain extent, by the reduction of transport costs.⁴⁵

1.2.3. (b.3.1) However, despite widely recognizing an *intrinsic potential of horizontal cooperation agreements to generate substantial economic benefits, that may be construed as pro-competitive effects* – since these typically involve the combination of complementary activities that in numerous cases the parti-

38 See on that assessment of the possible – alternative – sources of economic efficiencies, point 52 of the Horizontal Guidelines.

39 See, on the pondering of such factors, the decisions “*British Interactive Broadcasting/Open*” (O) 1999 L 312/1) and “*GEAE/P&W*” (O) 2000L 58/16).

40 See, on the pondering of such factors, inter alia, the situations described in the *Seventh Report on Competition Policy*, points 117 to 119.

41 See, on the pondering of such factors, the aforementioned decision “*GEAE/P&W*” and the decision “*BP/Kellogg*”, OJ 1985 L369/6.

42 See, on the pondering of such factors, the decision “*Carbon Gas Technology*”, OJ 1983 L 376/17.

43 See, on the pondering of such factors, the decision “*Alcatel Espace/ANT*”, OJ 1990, L 32/19.

44 See, on the pondering of such factors, the decision “*Bayer/BP Chemicals*”, OJ 1988 L 150/35.

45 See, on the pondering of such factors, the decision “*Enichem/ICI*” (O) 1988 L50/18).

icipating undertakings would not be able either to develop separately or to develop separately with the same optimal level of output (in terms of new ranges of products, quantity or quality of products or services rendered available to consumers) – the *Horizontal Guidelines have maintained a rather rigid and clear-cut line between the pondering of effects that may be conducted under par 1 or par 3 of Article 101*.

In fact, as tersely stated in point 20 (*in fine*) of the Horizontal Guidelines, “*the balancing of restrictive and pro-competitive effects is conducted exclusively within the framework laid down by Article 101 (3)*”. (emphasis added) This peremptory characterisation is, of course, in line with the hermeneutical construction previously delineated in the 2004 “*Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*”⁴⁶ and with the reasoning put forward in the widely quoted “*Métropole Télévision (M6)*” ruling of the then Court of First Instance (not coincidentally also quoted in the aforementioned point 20 of the Horizontal Guidelines).⁴⁷ Conversely, it may strike us that after important and groundbreaking developments of the European jurisprudence, subsequent to the “*Métropole Télévision (M6)*” case, which seem to attenuate the more rigid analytical bifurcation of the restrictive effects and pro-competitive effects assessment, respectively under the pars 1 and 3 of Article 101, underlying that former precedent, the Horizontal Guidelines persist – with no apparent change – in such strict bifurcation.

The limited framework of this Article does not allow us an extensive consideration of the complex hermeneutical problems raised by the *integrated assessment of anti-competitive and pro-competitive effects of cooperation agreements* and its interplay with the dual normative structure of Article 101 (comprehending the general prohibition rule of par 1 and the exemption rule of par 3). In the context of EU competition law those problems have been frequently related with a theoretical controversy concerning the hypothetical application of a *rule of reason* evaluation for purposes of a global assessment of cooperation agreements under Article 101, which, as far as we are concerned, has most of the times been misplaced.⁴⁸ Without entering into the details of

46 See, in particular, points 11 *et seq.* of the 2004 “*Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*”.

47 See, in particular, paragraphs 69 *et seq.* of the “*Métropole Télévision (M6)*” ruling, quoted in point 20 of the Horizontal Guidelines.

48 For a critical perspective on that theoretical discussion see, *inter alia*, Manzini, 2002; Odudu, 2002, p. 100. For a comprehensive analysis of the principal issues underlying that some discussion, with a focus

such controversies, *suffice is to refer* – for the purposes of assessing the option of the Horizontal Guidelines of maintaining an apparent rigid separation between the evaluation of restrictive effects under par 1 and the weighting of potential pro-competitive effects of a given horizontal agreement under par 3 of Article 101 – *that an important line of judicial precedents have, somehow, blurred what seemed to be a clear diving line.*

Beside other relevant case law, three precedents stand as particularly important to rekindle on a new basis this hermeneutical discussion. We refer to the “*Wouters*”, “*Meca-Medina*” and “*O2 v. Commission*” cases (which, to a certain extent, seem overlooked in the December 2010 revised Horizontal Guidelines).⁴⁹

In the “*Wouters*” case, the Court of Justice somehow seems to have admitted that, up to a certain extent, potentially beneficial or positive effects of cooperative links, which involve in themselves elements of restriction of competition, may be taken into consideration under the framework of par 1 of Article 101. Such reasoning means that a finding of restrictive elements of competition in certain cooperative behaviours, which do not correspond to ‘*prima facie*’ serious offences, should not translate automatically into an application of the general prohibition rule that would be afterwards be hypothetically counterbalanced through the assessment of the specific conditions established in par 3 (as the only succession of hermeneutical judgments allegedly allowed by the bipartite normative structure of Article 101, and according to a traditional view that the Horizontal Guidelines seem to corroborate).

On the contrary, the need to assess horizontal cooperation and its elements of restriction of competition in its *substantive market context* (economic and legal context) tends to require – to a certain degree, the extension and depth of it being debatable – a *counterbalancing analytical exercise* of, on the one hand, those restrictive elements and, on the other hand, of some potentially beneficial elements arising from cooperation, that are to be seen and put into perspective in light of the way the markets at stake actually operate, before determining that the cooperation ultimately infringes the general

on joint ventures, considering these entities represent paradigmatic cases of entrepreneurial cooperation with potential elements of efficiency requiring a balancing exercise with possible effects of restriction of competition see our Morais, 2011 (especially its final Part).

49 These three precedents have already been singled out, *supra*, point 1.2.2.2. and therein referred (see footnote 21).

prohibition rule of par 1 of Article 101 (meaning here that the aforementioned *counterbalancing analytical exercise* should, on the whole, comprehend an objective assessment of *what the competitive situation would have been in any given market in the absence of the agreement at stake*, in the sense already envisaged in earlier precedents like, e.g., the “*Société Minière et Technique*” case,⁵⁰ but now leading to further corollaries in terms of evaluation of *global effective impact of the agreement in the market* that may, as such, include some positive factors).

The factual and legal background in “*Wouters*” is widely known, given the extensive commentaries it arose⁵¹ (and we shall not enter into its details nor into the specifics of the other referenced case law). The Court examined a 1993 regulation adopted by the Bar of the Netherlands that conditioned the formation of multi-disciplinary partnerships and concluded such regulation had “*an adverse effect on competition*” and might “*affect trade between Member States*”. However, it also came to admit that “*not every agreement between undertakings which restricts the freedom of action of the parties (...) necessarily falls within the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty [currently Article 101(1) TFEU]*” because for its application “*to a particular case, account must first be taken of the overall context in which the decision of association of undertakings was taken or produces its effects*”. In that case the Court admitted that the 1993 regulation of the Bar of the Netherlands did “*not infringe Article 85(1) of the Treaty since that body could reasonably have considered that that regulation despite the effects restrictive of competition that are inherent in it, is necessary for the proper practice of the legal profession, as organised in the Member State concerned.*”⁵² (emphasis added)

This reasoning in the “*Wouters*” ruling seems to indicate that the Court took a further analytical step on the basis of preceding cases, such as, ‘*inter alia*’ the “*Remia BV v. Commission*” case,⁵³ towards reinforcing the idea that *agreements containing competition restraints may* – in a given legal and economic context in which they enhance positive factors translating in an ultimate impact favourable to the competitive conditions of a certain market,

50 See “*Société Minière et Technique*” ruling (Case 56/65).

51 As regards such extensive commentary of the “*Wouters*” case, see, ‘*inter alia*’, Townley, 2009; O’Loughlin, 2003.

52 See the “*Wouters*” ruling, especially par. 73.

53 We refer here to the “*Remia BV v. Commission*” ruling – Case 42/84 (especially pars 17-19).

to be balanced against the restraints at stake – *be regarded as lawful and non prohibited under par 1 of Article 101* (those positive factors with a favourable impact for the functioning of the market either corresponding to essentially commercial purposes or to public interest objectives as it happens largely in the “*Wouters*” case with the requirements of proper practice of the legal profession and sound administration of justice⁵⁴).

The “*Meca-Medina*” ruling, in turn, seems to pursue the analytical line of the “*Wouters*” jurisprudence, according to which competitive restraints undoubtedly limiting the economic freedom of certain entities may, however, be regarded as not caught by the general prohibition rule of par 1 of Article 101 through a balancing exercise that takes into consideration the protection or safeguard of a certain given interest. In fact, while the Court of Justice recognized in this case that decisions of the International Olympic Committee related with antidoping rules and its application excluding professional athletes from sporting events corresponded in principle to “*a decision of an association of undertakings limiting (...) the freedom of action*” of undertakings (the professional athletes at stake), such an element of restriction of competition could be considered “*justified by a legitimate objective*” related with the “*organisation and proper conduct of competitive sport (...) to ensure healthy rivalry between athletes*”⁵⁵ Accordingly, such type of restraints should not be considered as prohibited under par 1 of Article 101, taking into consideration the “*overall context*” and an *implicit balancing evaluation* ascertaining that “*the consequential effects restrictive of competition are inherent in the pursuit of (...) objectives*” of public nature safeguarding healthy rivalry in sports “*and are proportionate to them [to the objectives]*”.⁵⁶ (emphasis added)

1.2.3. (b.3.2) Nevertheless, it could be somehow construed, that in these cases the balancing exercise was systematically connected with the particularities involving the safeguard of public interests in certain markets through cooperative interventions and inherent restraints of competition related with

⁵⁴ See the “*Wouters*” ruling, e.g. par. 107.

⁵⁵ See “*Meca-Medina*” ruling, pars 45 *et seq.*

⁵⁶ See, in that sense, par. 42 of the “*Meca-Medina*” ruling, which, significantly, includes the aforementioned considerations as an express quotation of the “*Wouters*” case, thus emphasizing the analytical continuity between the two cases.

regulatory instruments⁵⁷ (eg. the statutory rules for the exercise of a liberal profession or the regulations adopted by bodies which provided the framework for certain sporting events).

Conversely, it could be admitted, following the same line of reasoning, that for other types of competition restraints – namely those involving forms of cooperation pursuing purely commercial goals of the participating undertakings as opposed to goals of public interest – no justification for those restraints could be envisaged outside the framework of par 3 of Article 101 (as per the traditional bifurcation of the general prohibition rule of par 1 and the exemption regime of par 3). Further developments of the European jurisprudence, however, deprived of a sustainable basis such intermediary hermeneutical perspective.

Those developments arise essentially from the “*O2 v. Commission*” ruling of the then Court of First Instance. In this case, the Court examined a “*framework agreement*” between O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (“O2”) and T-Mobile Deutschland GmbH (“T-Mobile”), which clearly corresponded to a horizontal cooperation agreement between two competitors that did not have the *object* of restricting competition but that the Commission had scrutinized as an agreement which could have such an *effect*.⁵⁸ The agreement concerned, ‘*inter alia*’ infrastructure sharing and national roaming for the third generation of GSM mobile telecommunications (“3G”). Considering that O2 intended through the agreement to obtain the conditions to function in a German market largely developed on the basis of infrastructure controlled by the incumbent operator (Deutsche Telekom of which T-Mobile was a wholly owned subsidiary), the agreement provided, beside other aspects, for the supply of 3G national roaming by T-Mobile to O2 in several areas of the German market. In short,⁵⁹ the Commission had treated the horizontal aspects of the agreement at stake as competition restraints subject to the prohibition rule of par 1, but exempted under par 3 of Article 101 (an assessment disputed by O2 in an appeal that originated the ruling of the Court of First Instance).

57 Pursuing the possible line of reasoning see, *inter alia*, Whish, 2008: 130-131.

58 See “*O2 v. Commission*”, points 17 *et seq.*

59 Again, as with preceding referenced cases, we have no room in the context of this Article to go into the details of the case.

Particularly striking in the context of the case was the allegation by the Commission that the main objection of the applicant undertaking (and its underlying reasoning), concerning what it construed as a requirement to examine “*the competition situation in the absence of the agreement amounts to applying a rule of reason to the provisions of Article 81(1) EC [now Article 101(1) TFEU], in contradiction to the case law*”.⁶⁰ On the contrary, the Court essentially dismissed that tentative analytical association by the Commission and, as far as we are concerned, thereby contributed to remove one of the chief fallacies in the theoretical discussion concerning a more flexible and economic oriented hermeneutical reading of par 1 of Article 101. In fact, the idea of assessing agreements and its restrictive effects in their *substantive market context* and of primarily ascertaining their *overall actual impact for the functioning of the affected markets*, taking into consideration for such assessment the *competitive situation that would exist in the absence of the agreement* (thereby implicitly taking into consideration factors that may lead to a ultimately more favourable situation in terms of competition in the markets at stake) has been frequently associated with an hermeneutical assimilation of the *rule of reason* (which, conversely, had inevitably to be ruled out because it was incompatible as such with the bifurcated normative structure of Article 101, different from that of *Section 1* of the Sherman Act).⁶¹

That (in our view) fallacious association of a more in-depth analysis of the competitive impact of agreements in their global market context – going beside the mere identification of elements of restriction of competition in order to conclude an assessment that the agreement contravenes the general prohibition rule of par of Article 101 – with an alleged application ‘*mutatis mutandis*’ of a *rule of reason* judgement has heavily contributed to a persistent rigid bifurcation of the regimes of par 1 and par 3 (difficult to reconcile with the gradually more economics oriented and flexible analysis arising from the European jurisprudence). The Court’s reasoning in the “*O2 v. Commission*” case has represented a powerful contribution in the opposite sense (thereby contributing to a hermeneutical realignment that we deem as fundamentally correct and long due). As the Court has peremptorily put it, the elements

60 See “*O2 v. Commission*”, points 60 *et seq.*

61 On the literature concerning the debate about the possible transposition of the *rule of reason* to the interpretation and application of Article 101 TFEU, see, *inter alia*, Manzini, 202. That debate is extensively and critically analysed in our Morais, 2011 (especially in its final Part).

of restriction of competition that may arise from an agreement have to be “(...) *understood within the actual context in which it would occur in the absence of the agreement in dispute; the interference with competition may in particular be doubted if the agreement seems really necessary for the penetration of a new area by an undertaking*”. From that basis, the Court goes on to assert, no less clearly, that “such a method of analysis, *as regards in particular the taking into account of the competition situation that would exist in the absence of the agreement, does not amount to carrying out an assessment of the pro and anti-competitive effects of the agreement and thus applying a rule of reason which the Community judicature has not deemed to have its place under Article 81(1) EC*”.⁶² (emphasis added)

Considering the situation at stake in the “*O2 v. Commission*” case, the Court ruled that the Commission decision in so far as it applied the prohibition of par 1 of Article 101 (then Article 81) “*suffered from insufficient analysis*”, since it contained no objective discussion of what the competitive situation would have been in the absence of the horizontal agreement at stake. That omission – prematurely leading to an unsubstantiated assessment of application of the prohibition rule of par 1 (Article 101) – was all the more serious considering several indicia in the case that pointed to the probability of the roaming agreement concluded between T-Mobile and O2, “*instead of restricting competition between network operators(...)*” being, “*(...) on the contrary, capable of enabling, in certain circumstances, the smallest operator to compete with the major players (...) or even with dominant operators, as T-Mobile on the wholesale market*”⁶³ (whereas the Commission had somehow taken for granted the conditions for a continued presence of O2, the weaker operator, in the German 3G communications market, and had assumed that the very content of the roaming agreement brought about a restriction of competition in the sense of par 1, that could only be justified under par 3 of Article 101; contrary to that, the Court emphasized that an *examination* of the conditions for O2 presence in the market “*was necessary not only for the purposes of granting an exemption, but prior to that, for the purposes of the economic analysis of the effects of the agreement on the competitive situation determining the applicability of Article 81 EC*”⁶⁴). (emphasis added)

62 See “*O2 v. Commission*” ruling, pars. 68 and 69.

63 See “*O2 v. Commission*” ruling, pars. 109 *et seq.*, and 114-115 *et seq.*

64 See “*O2 v. Commission*” ruling, pars 78-79.

In short, a fundamental analytical corollary that, as far as we are concerned, may be construed from the aforementioned reasoning of the General Court in the “*O2 v. Commission*” ruling (in connection with other relevant precedents), is that the requirements of economic analysis of effects of horizontal agreements for assessing their overall impact in a given market context imply not a full blown balancing assessment of restrictive and pro-competitive effects of those agreements (which pertain to the exemption regime of par 3) but some minimum degree of pondering the possible restrictive effects against other positive factors that may ultimately lead to a global impact of the agreement not unfavourable to competitive conditions in the market at stake. As such, we argue that the required analysis under par 1 of Article 101 is oriented towards the assessment of what we may qualify as *global, integrated, effects* of horizontal agreements in the affected markets (putting identifiable restrictive effects of the agreements in context with other more favourable aspects arising from it and involving the minimum degree of global substantive economic evaluation we refer to *supra*).⁶⁵

On the whole, this represents, indeed, a major hermeneutical realignment in terms of understanding of the application of Article 101 to horizontal agreements and, although the newer jurisprudential trends may be regarded as not yet consolidated in this domain, it is difficult to accept that the December 2010 reviewed Horizontal Guidelines have completely omitted such new hermeneutical perspectives.

1.2.3. (c) Criteria for Identifying the Functional Type of Horizontal Cooperation Agreements

Considering that the Horizontal Guidelines – as *supra* referred – identify specific risks for competition arising from different functional types of cooperation agreements and, accordingly, delineate some particular analytical criteria for the assessment of those various types of agreements, comprehending different safe harbours, it is of paramount importance to properly identify reliable parameters for the functional qualification of horizontal cooperation

⁶⁵ For an *ex professo* analysis of this crucial hermeneutical crossroad and an extensive discussion of the relevant aspects for that discussion, particularly centred in joint ventures which tend to represent paradigmatic cases of cooperative entities leading to positive factors that have to be counterbalanced with restrictive effects (but with possible corollaries also to many other horizontal agreements), identifying in that process the aforementioned *global, integrated, effects on competition* of these agreements, see our Morais, 2011, especially Part I, Chapters 2 and 3.

agreements. In fact, we have argued in preceding Sections of this Article that a larger part of the analytical criteria identified in the multi-stage assessment model delineated by the Guidelines could be common to all types of cooperation agreements notwithstanding its combination with complementary criteria that would, in turn, be specific in connection with each functional type of cooperation. This reasoning would apply, in particular, to the second predominantly structural stage of analysis of agreements which raise doubts concerning its possible restrictive effects on competition – the combined market share of the participating undertakings, that tends to be the basis of safe harbours.

However, as that hermeneutical perspective has not been followed in the Horizontal Guidelines there is an undoubtedly accrued relevance of the parameters used in the functional qualification of horizontal agreements for purposes of application of the Guidelines. Such relevance is even greater bearing in mind that, in practice, many cooperation agreements may combine different stages and economic functions. In those cases it is important to assess if the cooperation agreement as a whole should be subjected to a specific functional chapter or section of the Guidelines (with significant practical implications, *maxime* as regards the application of the different safe harbours).

In this context, the Horizontal Guidelines rely on an analytical parameter which is identified as the “*centre of gravity*” of a cooperation agreement. According to the Guidelines, “*two factors are in particular relevant for the determination of the centre of gravity of integrated cooperation: firstly, the starting point of the cooperation and, secondly, the degree of integration of the different functions which are combined.*”⁶⁶ Although that is not entirely clear in the Guidelines, we understand that it results from the examples provided therein that ultimately the prevailing factor will be the degree of integration (although we consider that will tend to happen even more acutely in the case of joint ventures as a particularly important subcategory of cooperation agreements⁶⁷).

Furthermore, we believe it would have been relevant to identify as a relevant parameter to assess the prevailing functional type of an horizontal

⁶⁶ See Horizontal Guidelines, points 13-14.

⁶⁷ See, for that characterization, our *Joint Ventures and EU Competition Law*, Hart Publishing, forthcoming, 2012, especially Part I, chapter 2.

cooperation agreement combining several functions – in conjunction with the two precedent criteria – the dominant entrepreneurial goal leading the parties to enter into a process of horizontal cooperation (a parameter especially valued, *e.g.*, by several US authors to qualify joint ventures⁶⁸).

1.2.3. (d) Competitive Assessment of Information Exchange

As previously referred one of the major innovations of the Horizontal Guidelines has consisted in the introduction of a whole new analytical section devoted to exchanges of information (Section 2 – “*General Principles on the Competitive Assessment of Information Exchange*”). That corresponds to a sensitive and difficult area – frequently interconnected with horizontal agreements – since, on the one hand and as duly acknowledged in the Horizontal Guidelines, information exchange “*is a common feature of many competitive markets and may generate various types of efficiency gains*”⁶⁹ and, on the other hand, it “*may also lead to restrictions of competition, in particular in situations where it is liable to enable undertakings to be aware of market strategies of their competitors*”, as underlined, *e.g.*, in the “*John Deere*” ruling.⁷⁰

Understandably, given those analytical difficulties, the 2001 Guidelines already anticipated the need or relevance of producing in the future guidance in such domain,⁷¹ something which is now fulfilled in the Horizontal Guidelines (although, contrarily to what appeared ‘*prima facie*’ to be the case, these Guidelines do not correspond to the first Commission document providing guidance on the assessment of the compatibility of information exchanges with EU competition law since the 2008 “*Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Maritime Transport Services*”⁷² already included some considerations on that field). As such, this represents an essentially positive development of the Horizontal Guidelines because it is of paramount importance to reduce, as much as possible, the levels of

68 Pointing in that direction, see, *inter alia*, Piraino, 1991/1992.

69 See point 57 of the Horizontal Guidelines.

70 See point 58 of the Horizontal Guidelines which make express reference to the “*John Deere*” ruling – Case C-7/95 P, par. 88.

71 See, in that sense, par 10 of the 2001 Guidelines.

72 We refer here to the “*Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Maritime Transport Services*”, 2008 OJ C 245/2, which include a rather extensive section on information exchanges (points 38 to 59).

uncertainty of undertakings when dealing with exchange information issues that may be frequent in their reciprocal relationship and may also be beneficial to the competition process. Conversely, it may be argued that the guidance provided by the Horizontal Guidelines, after the gradual consolidation of some significant case law in this domain, could have been more thorough and assertive. A less positive feature which is all the more significant given the frequency of information exchanges in the everyday *praxis* of undertakings is the actual lack of safe harbors, based on objective and foreseeable indicators, to undertakings concerning the application of Article 101 to those exchanges (although this omission is somehow mitigated by the practical examples included in points 105-110 of the Guidelines).

Clearly, as results from the already commented global analytical model envisaged in the Horizontal Guidelines, the information exchanges are also subject to a basic – and perhaps too schematic – distinction between situations that have the *object* of restricting competition and situations that may produce *effects* of restriction of competition. As regards the first category of situations, it should be stressed as a positive feature the acknowledgment in the Guidelines of the need to pay attention to the *legal and economic context* in which the information exchange takes place (even when scrutinising situations that “*by its very nature*” seem to lead to a restriction of competition, but whose actual impact in such substantive context has to be, to a minimum degree, assessed, as per the reasoning of, *e.g.*, the “*GlaxoSmithKline*” ruling which is specifically taken into consideration in this part of the Guidelines⁷³). In fact, we would argue, going beyond the too succinct considerations produced in the Guidelines, that typically information exchanges as current or widespread entrepreneurial conducts should be predominantly evaluated on the basis of its specific and widely varying repercussions in different market contexts and that, therefore, the restriction by *object* perspective is not particularly adequate for purposes of competition law scrutiny of those same practices. On the contrary, such practices should be assessed through a prevailing perspective of possible *effects* of restriction of competition which does not cope well with the apparent relevance given in the Guidelines to *by object* restrictions hypothetically arising from information exchanges.

With the proviso that the evaluation should take into consideration the legal and economic context at stake in each relevant situation, the Horizontal

73 See point 72 of the Horizontal Guidelines.

Guidelines in principle assess as restrictions of competition *by object* and, accordingly, ‘*quasi per-se*’ violations of par 1 of Article 101 “*information exchanges between competitors of individualised data regarding intended future prices or quantities*” (although the Guidelines also recognize that “*public announcements of intended individualised prices may give rise to efficiencies and that the parties to such exchanges would have a possibility to rely on Article 101(3)*”⁷⁴).

1.2.3. (d.2.) Conversely, as regards possible restrictive *effects* on competition of information exchanges these should be assessed on a case-by-case basis, taking into consideration two chief parameters corresponding, on the one hand, (i) to *market characteristics* and, on the other hand, (ii) to the *characteristics of the information exchange* itself. Such assessment is intended to verify the likelihood of the exchanges of information producing an adverse impact on one or various of the key parameters of competition, namely price, output, product quality, product variety or innovation.

As regards relevant *market conditions* to be taken into consideration (i), the Horizontal Guidelines sustain that collusive outcomes are easier to achieve in markets “*which are sufficiently transparent, concentrated, non-complex, stable*” (particularly markets in which innovation is not an important factor) and “*symmetric*” (*maxime*, involving homogeneous products).⁷⁵ However, the Guidelines also specify that those particular features, identified as important analytical parameters, do not represent “*a complete list of relevant market characteristics*” and that “*there may be other characteristics of the market which are important in the setting of certain information exchanges*”.⁷⁶ While it may be understood that the Commission may want to preserve, up to a certain extent, some margin of appreciation of heterogeneous casuistic situations, this tends also to represent a significant limitation on the guidance provided (leaving an undesirable margin of uncertainty to undertakings).

As to the pondering of the *characteristics of the information exchange* (ii), the Guidelines particularly take into consideration the exchange of the so called “*strategic information*” – a crucial notion in the process of assessing possible

74 See on that pronouncement which is difficult to reconcile with a *by object* restriction of competition perspective footnote 5 in point 74 of the Horizontal Guidelines.

75 See Horizontal Guidelines, points 77-82.

76 See footnote 2 to point 77 of the Horizontal Guidelines.

restrictive effects of information exchange – comprehending essentially data that “*reduces the strategic uncertainty*” in the market and, as such, appreciably reduces the incentives of the several competing undertakings to compete against each other (attention should be paid here to the fact that this notion of strategic information, as construed in the Guidelines, is rather wide in its scope, covering other data beside the information strictly commercially driven as prices and quantities; conversely, while other complementary data, *e.g.* information on demand and costs, are also relevant, the most strategic information will undoubtedly remain the information directly related with prices and quantities).

As other relevant aspects concerning the *characteristics of the information* exchange the Guidelines consider that the undertakings involved in the information exchange have to cover a sufficiently large part of the market for the exchange to be likely to lead to restrictive effects of competition, that the exchanges of historic data are not likely to lead to collusive results,⁷⁷ that the degree of frequency of information exchanges enhance the risk of collusive outcome, and that exchanges of aggregated information, meaning “*where the recognition of individualised company level information is sufficiently difficult*” is much less likely to be problematic than “*exchanges of company level data*”.⁷⁸

Furthermore, the Guidelines, based on previous case law also refer to the usual presumption that the exchange of *public information* does not infringe the prohibition rule of Article 101 but, somehow, qualify that admission in terms that are stricter than such previous case law and that may lead to undesirable uncertainty. In fact, the Guidelines distinguish between what is qualified as “*genuinely public information*” and “*information in the public domain*” stating that the favourable presumption only applies to the former. However, beside restricting too severely that presumption, such evaluation proves somehow contradictory since when information is “*genuinely public*”, meaning, as it is construed in the Guidelines, information equally accessible (in terms of costs of access) to all competitors and customers, there is

⁷⁷ The idea that exchange of *historic* data is unlikely to lead to a collusive outcome already resulted from previous and rather consolidated case law, but the Horizontal Guidelines somehow fail to consider a predictable threshold to indicate when the data may be regarded as historic (in comparison with the threshold frequently considered in the such previous case law according to which information tended to be qualified as historic if the individual data at stake *were more than one year old*).

⁷⁸ See points 86-94 of the Horizontal Guidelines.

ultimately no autonomous relevance of information exchange in itself (there is, in short, no autonomous competition legal issue to be considered as such).

2. GLOBAL PERSPECTIVE OF THE APPLICATION OF ARTICLE 101 TFEU TO JOINT VENTURES

2.1. (a) The Notion of Joint Venture

As aforementioned, (*supra*, 1.1.1.) the Horizontal Guidelines do not confer any autonomous treatment to the category of joint ventures, being applicable to the most common types of horizontal cooperation agreements irrespective of the level of integration they entail. In short, this means that joint ventures are to be treated, according to the “*centre of gravity*” parameter (which we have already briefly commented, *supra*, 1.2.3. – (c)), and taking into consideration the prevailing economic function of each joint venture, under the specific chapters of the Guidelines that deal with each functional type of cooperation agreements, *e.g.* research and development joint ventures being treated in the chapter covering research and development agreements in general, and so on).

While that methodological option in the Horizontal Guidelines may be understood, we believe there are strong arguments for an autonomous assessment of joint ventures that do not qualify as concentrations (notwithstanding the close analytical interconnections existing between horizontal joint ventures and horizontal cooperation agreements in general). That should imply an analytical model which follows largely the model established in the Horizontal Guidelines but will entail certain specific traits. There is no room, given the limited scope and dimension of this Article, to elaborate on those specificities, as that would require an ‘*ex professo*’ and in-depth analysis of the competition law assessment of joint ventures.⁷⁹ However, we consider that a greater role for structural criteria of analysis and for analytical parameters or indicators oriented towards the more rigorous assessment of several dimensions of economic efficiency underlying the establishment of joint ventures are to be counted among those specificities of the evaluation of the effects of joint ventures on competition.

⁷⁹ For that *ex professo*’ and in-depth analysis of the competition law assessment of joint ventures see our Morais 2012, especially Part I, Chapters 2 and 3.

The Horizontal Guidelines go somehow close to recognize that specificity which is related with a particularly active interplay between the *substantive criteria used for the evaluation of joint ventures*, on the one hand under Article 101 and, on the other hand, under the substantive tests of the Merger Regulation.⁸⁰ In fact, the Guidelines acknowledge that the potential restrictive effects of “*full function joint ventures that fall under the Merger Regulation and non-full function joint ventures that are assessed under Article 101 (...) can be quite similar*”.⁸¹ We would argue that such similarity justifies an accrued role of the structural criteria for the evaluation of joint ventures under Article 101 (by proximity with the structural elements involved in the substantive test of evaluation of joint ventures qualified as concentrations under the Merger Regulation), as referred in our precedent considerations. As a corollary of that hermeneutical perspective we also consider that the idea which we have put forward [referred *supra*, 1.2.3. – (b.1)], concerning the possible advantage of a *common market share threshold* for the analysis of horizontal cooperation agreements – to be counterbalanced by complementary criteria specific to each functional type of cooperation which may confirm or infirm and adjust the preliminary indications arising from the structural parameters – is especially pertinent in the context of horizontal joint venture analysis.

Leaving aside this proximity between the substantive criteria of assessment of joint ventures under Article 101 and of joint ventures qualified as concentrations – whose corollaries are only implicitly touched in the Horizontal Guidelines – the dividing line which is taken into consideration in the Guidelines in accordance with the normative bifurcation long established in the Merger Guidelines (albeit with adjustments in the course of successive reforms of merger control rules since 1989 and also on the basis of the related teleological criteria)⁸² is between those two categories of joint ventures depending on their qualification or not, as the case may be, as concentrations. As widely agreed, the criteria for such division are *functional* and *operational*. On the basis of Article 3 of the Merger Regulation,⁸³ joint ventures performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity (*full-*

⁸⁰ We refer here to the basic standard of legality of ‘*significant impediment to effective competition*’, as results from the 2004 reviewed Merger Regulation.

⁸¹ See point 21 of the Horizontal Guidelines.

⁸² On those adjustments see our Morais, 2011, especially Introduction and Part I, Chapter 1.

⁸³ See, in particular, Article 3(4) of the Merger Regulation.

function joint ventures’) are to be qualified as concentrations and are to be controlled under the Merger Regulation; conversely, joint ventures which do not perform all those functions of an economic entity (and that, accordingly are auxiliary entities of the parent undertakings, providing research and development, productive inputs or other to the parent undertakings, which are the ones that assume a direct role as players in any given market and in the competitive relationship in those markets) are to be qualified as cooperative entities and treated under Article 101 (these being the ones directly relevant here for the purposes of analysis of horizontal cooperation agreements in this Article).

Attention should also be paid to the fact that beside the *functional dimension* involved in this dual categorization of joint ventures there is also a relevant *operational factor*. This has to do with the particular way in which the idea of *autonomy* is apprehended in the context of this categorization. Such *autonomy* – as an attribute of an *economic entity* with all the corresponding normal economic functions related with a direct presence in the market – is considered in the *operational* sense which has to do with that complex of typical economic functions. It must not be confounded with *autonomy*, in a *substantive* sense, as opposed to the notion of entrepreneurial control. In fact, a full function joint venture is by definition subject to *joint or common control* of its parent undertakings, which exert a determinant influence over its strategic decisions and, in that sense, it does not enjoy *autonomy* from its parents.⁸⁴

2.1. (b) The Notion of Joint Venture and Relevant Aspects for its Assessment

Defining the concept of joint venture for the purposes and in the context of the application of competition law – particularly as regards *joint ventures to be treated as cooperative entities under Article 101 that we take into consideration in this Article* – corresponds to a first and fundamental legal problem as regards a proper understanding of such category in this area of law. It corresponds, in fact, to an *a priori* complex legal problem, which precedes the level of substantive assessment of joint ventures (meaning here the assessment of the *effects* of joint ventures on the competitive conditions in any given market). A critical review of the EU and US competition law doctrine may indeed lead us to apprehend either **(i)** extremely broad definitions of joint ventures,

⁸⁴ See on this, footnote 2 to point 6 of the Horizontal Guidelines.

either (ii) broad definitions or (iii) more restrictive definitions of joint ventures (such definitions varying across a range of all sorts of intermediate realities in the field of entrepreneurial cooperation, situated between situations corresponding, on the one hand, to cartels and, on the other hand to mergers or concentrations).⁸⁵

Given this rather elusive nature of the concept of joint venture, we propend to an *intermediate perspective of antitrust definition of joint ventures* situated between what we have referred to as *broad* and *more restrictive* definitions [*supra*, (ii) and (iii)] of these entities. According to this perspective, the unifying substantive idea on the basis of which the *category of the joint venture* may justify its autonomy in the field of competition law arises from the *need* – experimented by certain undertakings – *to combine various productive resources* on the basis of which the parent undertakings contribute to a *new business entity*, in a way that represents a ‘*maius*’ when compared with the economic reality that could result from the mere aggregate activities or productive resources that would be individually developed by each parent undertaking on its own initiative.

This combination of productive resources (*‘lato sensu’*) involves the building of an *organisation*, that may be based on various legal instruments or vehicles (which may be merely contractual and not involving, as such, the establishment of a corporation or of other new legal entities, *e.g.* partnerships or others). The relevant factor here has to do with the fact that such an *organisation*, considering its building elements and functional program, should be situated in an intermediate area (somehow a middle ground between the entrepreneurial *cooperation* phenomena, on the one hand, and the entrepreneurial *integration* phenomena, on the other hand). This particular mix of *cooperation* and *integration* elements tends, in turn, to be connected with an *intrinsic dimension of economic efficiency*. These efficiency benefits – that may coexist with some anti-competitive effects, in a critical tension that has to be globally evaluated – comprehend, ‘*inter alia*’, the conduct through joint ventures of activities that the parents could not perform individually and involving no serious restrictions on other competitive activities of the

85 On that wide range of definitions, some of them we deem as *analytically irrelevant* because they do not really circumscribe the joint venture category in systematic confront with other types of cooperative situations, see our Morais, 2012, especially Part I, Chapter 1. See also Chavez, 1999.

joint ventures or the development, under better conditions, of new products and services or the qualitative upgrade of such products or services.

In this context and in connection with the precedent considerations, we may regard the creation of *some form of new enterprise capability* as a truly distinctive feature of joint ventures. Another distinctive element of these entities, strictly interconnected with it, should be here emphasized. We refer to the development of a joint activity that requires the intermediation of an *organisational structure* with some degree of *autonomy* from the entrepreneurial organisations of each parent undertaking (albeit a relatively limited *autonomy* and with a prevailing operational nature, as already briefly noted *supra*, considering that such structure is subject to *joint control* by those parent undertakings). As already remarked, that type of new organisational structure may be based on multiple (alternative) legal instruments or vehicles but, in principle, it should, in itself, be close to correspond to a new *undertaking* (bearing in mind the wide notion of *undertaking* which has been construed in the field of competition law and considering some peculiarities as well in that assimilation to the idea of undertaking, because in the case of joint ventures the new organizational structure established by the parties has a limited degree of autonomy).⁸⁶

Curiously, the final version of the reviewed December 2010 Horizontal Guidelines does not include major new considerations on the treatment of joint ventures, although in the Draft of the new Guidelines put out to public consultation, the Commission had proposed a *specific point of guidance* considering that “[a]s a joint venture forms part of one undertaking with each of the parent companies that jointly exercise decisive influence and effective control over it, Article 101 does not apply between the parents and such a joint venture (...)”.⁸⁷ This specific point was ultimately left out of the final version of the Horizontal Guidelines established in December 2010, possibly as a consequence of various hermeneutical doubts and issues that were raised during the consultation period. In fact, stating in generic and rather vague terms that *Article 101 would not apply to agreements between a joint venture and each of its parent undertakings* that jointly exercise decisive influence and

⁸⁶ For a more elaborate analysis of these key aspects for a competition law definition of joint ventures see our Morais 2012, especially, Part I, Chapter 1.

⁸⁷ We refer here to point 11 of the Draft Horizontal Guidelines put out to public consultation in 2010 and referring to non full function joint ventures.

effective control over it, provided that the agreement setting up the joint venture would not infringe EU competition law, would imply a change of policy on the part of the European Commission, giving rise – if such broad terms would have been adopted – to considerable legal uncertainty as well. For a start, it should be stressed that such idea of inapplicability as a whole of Article 101 to the relationship between a joint venture and each parent undertaking, conveyed by the Commission in the Draft Horizontal Guidelines, would not be really supported in previous case law.

As a matter of fact, in relevant precedents like, *e.g.*, the “*Avebe v. Commission*” and the “*Akzo Nobel v. Commission*” rulings,⁸⁸ it has been made clear that *the idea of the so called parent–subsidiary single undertaking presumption* – according to which it could be presumed that the parent company actually exerted a decisive influence over its subsidiary’s conduct and could therefore be held liable for such conduct (and that, conversely, the understandings between the parent and the subsidiary would not be relevant for purposes of Article 101 enforcement) – *only applies to specific cases of a parent company holding 100% of the capital of a subsidiary (without being extended, as such, to joint venture undertaking scenarios).*

In that hermeneutical context, and in light of the existing precedents, it would involve some appreciable risks to sustain in general about the *extremely variable situations of establishment and functioning of partial function joint ventures* (covered by Article 101) the idea that the understandings and relationship between each of the parent undertakings and the joint venture would not be relevant in principle for the application of Article 101 (as it was done in the Draft Horizontal Guidelines). In fact, considering the variable and potentially very complex geometry of relationship and links arising from the functioning of a partial function joint venture, we may not entirely rule out that through some agreements between the joint venture and each parent company the joint venture is indirectly and instrumentally used as a tool to coordinate market relationship between the parents.

That does not invalidate what we take as a fundamentally rigorous assertion for the purpose of competition law assessment of joint ventures the idea that the key effects on competition arising from joint ventures – to be duly scrutinized – are the ones which have to do with *actual or potential competition*

⁸⁸ See the “*Avebe v. Commission*” and the “*Akzo Nobel v. Commission*” rulings, respectively Case T-314/01 (especially par. 136) and Case T-112/05 (especially, par. 60).

between the parent undertakings themselves (meaning that the *competitive relationship between parents*, and not the relationship between each parent and the joint venture, is primarily relevant in order to ascertain possible *restrictive effects for competition* arising from the establishing of joint ventures). In short, we would argue that the key potential effects of restriction of competition to be assessed in the context of antitrust scrutiny of joint ventures are what we may qualify as (i) *lato sensu spill over effects of joint ventures* – effects arising from the establishment and functioning of a joint venture spilling over to the competitive behaviour of parent undertakings in the markets of final goods or services related with the joint venture’s activities and in which these parents operate and (ii) *stricto sensu spill over effects of joint ventures* – effects arising from the establishment and functioning of a joint venture spilling over to the to the competitive behaviour of parent undertakings in markets which are neighbouring to the markets of final goods or services directly related with the joint venture’s activities.⁸⁹

3. SPECIFIC TYPES OF HORIZONTAL COOPERATION AGREEMENTS COVERED BY THE HORIZONTAL GUIDELINES

3.1. General Overview

As aforementioned, the Horizontal Guidelines, beside establishing common analytical patterns for the assessment of horizontal cooperation agreements in general, specify – in conjunction with the new Commission Regulation (EU) N.º 1217/2010 and Commission Regulation (EU) N.º 1218/2010 – specific hermeneutical parameters to particular functional types of horizontal cooperation, therefore covering in separate chapters (i) research and development agreements, (ii) production agreements, (iii) purchasing agreements, (iv) agreements on commercialisation and (v) standardisation agreements (this later type corresponding to an area where major new analytical input has been introduced by the new Guidelines).⁹⁰ Due to limitations of space

⁸⁹ For further elaboration on these types of effects and their global characterisation in comparison with a *stricto sensu* structural effects assessed under the Merger Regulation as regards full function joint ventures (concentrations) see our *Joint Ventures and EU Competition Law*, Hart Publishing, forthcoming, 2012, especially Part I, Chapter 3.

⁹⁰ See on this analytical structure point 54 of the Horizontal Guidelines. As regards the five functional types of horizontal cooperation agreements see the five different chapters of the Horizontal Guidelines, respectively comprehended in points 111-149, 150-193, 194-224, 225-256 and 257-335.

which do not allow an extensive analysis in this Article of these various functional types of horizontal cooperation we shall particularly focus our attention – however briefly – on the *research and development, commercialisation and standardisation* areas (treated *infra*, points 3.2. to 3.4.).

This analytical selection in the Horizontal Guidelines of the *supra* referred five functional types of cooperation agreements, in accordance with the prevailing economic function of each agreement [identified through the already commented *centre of gravity test, supra*, 1.2.3. (c)], is based not only in the practical relevance and frequency of such types of cooperation, but also on the paradigmatic nature of certain elements or factors potentially conditioning competition that tend to arise from those same types. In fact, a comprehensive and systematic overview of the possible risks of anti-competitive impact of horizontal cooperation agreements may lead us to identify three major risk categories concerning (a) *risks of competitive behaviour coordination* (mainly related, as we have observed, with parent undertakings' behaviour and their reciprocal competitive interplay) *concerning prices and the levels of output*, (b) *risks of competitive behaviour coordination concerning product or services quality* and (c) *risks of foreclosure of certain markets to third competitors* (not justified or counterbalanced by economic efficiency factors). These risks typically materialise in different forms and with a different intensity in the context of each functional type of cooperation (although other casuistic factors specific to the actual markets at stake in each given situation may also lead to different evaluations of the economic effects of horizontal agreements).

It, therefore, makes analytically sense, to ponder those different categories of risk according to analytical grids that take into consideration the paradigmatic factors which are recurrently at play in each functional type of cooperation. In a very schematic perspective, we could construe as guiding principles for the assessment of horizontal cooperation agreements the idea that the category of (a) *risks of competitive behaviour coordination concerning prices and the levels of output* will be relatively more significant the more close the cooperation agreements are to the commercialisation of products or services involving its final users (which does not mean that research and development agreements do not bear those types of risks, depending on their specific configuration and on their particular market context). Conversely, as regards (b) *risks of competitive behaviour coordination concerning product or services quality* these may tend to intensify in connection with research and development agreements and with production agreements as well. Finally, (c)

risks of foreclosure of certain markets to third competitors may somehow intensify in the context of research and development, production and purchasing agreements.⁹¹

3.2. Research and Development Agreements

3.2.1. Research and development agreements are broadly characterised under Commission Regulation (EU) N.º 1217/2010 (hereinafter ‘2010 R&D BER’) and under the Horizontal Guidelines as agreements between two or more undertakings which relate to the conditions under which those parties pursue activities of “*acquisition of know-how relating to products, technologies or processes and the carrying out of theoretical analysis, systematic study or experimentation, including experimental production, technical testing of products or processes, the establishment of the necessary facilities and the obtaining of intellectual property rights for the results*”.

The scope of this new 2010 R&D BER has been extended – in comparison with the former Regulation EC No. 2659/2000 – in order to cover the so called ‘paid-for research’ agreements, where one party finances the research and development activities carried out by the other party⁹² (in the previous 2000 Block-Exemption Regulation the exemption only covered situations in which the parties were actually working together). On the whole, the 2010 R&D BER retains the normative structure and options of the previous 2000 Block-Exemption Regulation. Accordingly, it establishes a safe harbour based on a market share threshold of the participating undertakings. Agreements are presumed not to produce anticompetitive effects if the parties’ combined market share does not exceed 25% of the relevant product and technology markets at stake (*ex vi* Article 4 of the 2010 R&D BER, which maintains the market share threshold previously established).

This decisive market share threshold is to be confronted with the assessment of possible hardcore restrictions (*ex vi* Article 5 of the 2010 R&D BER). These have been, up to a certain extent, made more flexible, since at least two competition restrictions that were treated as hardcore, and automatically leading to the withdrawal of the benefit of the Block-Exemption for the

⁹¹ See our Morais 2011, especially Part I, Chapter 2. Despite the analytical grid we delineate in that book is especially addressed to joint ventures, a significant number of relevant corollaries may also be inferred, *mutatis mutandis*, to horizontal cooperation agreements in general.

⁹² See Article 1, (a) (vi) of Commission Regulation (EU) No. 1217/2010.

whole agreement, are under the new Regulation treated as merely not exempted (this applying namely to prohibitions on challenging, after the completion of the research and development, the validity of intellectual property rights and to obligations not to grant third parties licences to manufacture contract goods or to apply the contract technologies, as per Article 6, a) and b) of the 2010 R&D BER). Furthermore, another element of the framework which has been made more flexible has to do with the freedom of the participating undertakings to jointly exploit the results of a research and development agreement, which has been significantly widened, namely in order to contemplate the application of the BER to situations where only one party produces and distributes the contract products in the EU as may be provided in exclusive licenses granted by the other party (as results, *e.g.*, from Article 3(5) of the BER).

3.2.2. Complementarily, the Horizontal Guidelines duly emphasize that one of the decisive questions when assessing possible restrictive effects on competition is “*whether each party independently has the necessary means as regards assets, know-how and other resources*” to carry out the research and development activities at stake.⁹³ Also the Guidelines duly clarify that “*pure R&D agreements (...) rarely give rise to restrictive effects on competition within the meaning of Article 101(1)*”. In principle, such agreements which do not include the joint exploitation of possible results by means of licensing, production and/or marketing only tend to cause hypothetical competition problems if *competition with respect to innovation* is significantly reduced, “*leaving only a limited number of credible competing R&D poles*”.⁹⁴

A particular point in which the Guidance provided in the Horizontal Guidelines could have gone further relates with hypothetical risks of market foreclosure that may arise from R&D agreements (an area where traditionally EU competition law analysis has been somehow limited or even deficient). In fact, the assessment of this type of competition risks in the context of R&D agreements is particularly complex as it frequently requires a prospective evaluation of the results of joint R&D projects (in order to ascertain how and under what terms some of those results, comprehending, *e.g.*, information

93 See point 130 of the Horizontal Guidelines.

94 See point 132 of the Horizontal Guidelines.

on new technologies or know-how processes, may be come to be essential in order to gain or maintain access to certain markets of final products).

3.3. Commercialization Agreements

3.3.1. As referred in the Horizontal Guidelines commercialization agreements involve cooperation between competitors in the selling, distribution or promotion of their substitute products. As duly emphasized in these Guidelines, this type of agreement “*can have widely varying scope, depending on the commercialisation functions which are covered by the cooperation*”. In fact, these agreements can vary across a range that covers joint selling – that “*may lead to a joint determination of all commercial aspects related to the sale of the product, including price*” – up to more limited agreements that merely “*(...) address one specific commercialisation function, such as distribution, after-sales service, or advertising*”.⁹⁵ Accordingly, the potential to generate a negative impact on the competitive conditions of any given markets may also widely vary on the basis of the differing configuration of the commercialisation agreements (an aspect which, as far as we concerned, is not always properly underlined in the Guidelines, which would gain in clarity and legal certainty if they would specify on more elaborate terms that certain common arrangements involving particular commercialisation functions are not especially problematic for purposes of Article 101 application).

In the important domain of more limited commercialisation agreements the Guidelines underline the relevance of a particular subcategory which corresponds to *distribution agreements*, but somehow fail to further elaborate on the potential differences concerning the assessment of *reciprocal* and *non-reciprocal distribution agreements*⁹⁶ – these later ones being considered less problematic than the former ones if the parties involved do not hold a particularly high market power. However, the Guidelines fail to clarify the actual reach of such distinctions in terms of the degree of danger to competition underlying those two subcategories. In fact, non reciprocal distribution agreements are not even entirely excluded from the domain of more serious competition infractions (*restrictions of competition by object*), as the Guidelines, while acknowledging that in such cases “*the risk of market partitioning is less pronounced*”, reiterate, conversely, that it is necessary, anyway,

⁹⁵ See point 225 of the Horizontal Guidelines.

⁹⁶ Reciprocal and non-reciprocal distribution agreements referred in point 227 of the Horizontal Guidelines.

“to assess whether the non-reciprocal agreement constitutes the basis for a mutual understanding to avoid entering each other’s markets”⁹⁷ (reliable and objective indicators allowing some degree of legal safety for identifying the probability of such “mutual understanding” in the context of non reciprocal distribution agreements are totally omitted in the Guidelines).

Also, as regards this subcategory of *distribution agreements*, the Guidelines establish that if the assessment of those agreements conducted on the basis of the parameters set out in the chapter concerning commercialization agreements leads to the conclusion that cooperation in the area of distribution would in principle be acceptable, a further assessment will be necessary to examine the vertical restraints included in such agreements (that, in short, will involve two separate assessments, the second of which should be based on the principles set out in the Guidelines on vertical restraints).

3.3.2. Following the methodology used for the assessment of other functional types of horizontal agreements, the Horizontal Guidelines delineate a safe harbour for commercialisation agreements based on a market share threshold. In this case, the Guidelines establish a threshold corresponding to a *combined market share of the participating undertakings not exceeding 15% of the markets at stake* (the same threshold already established in the 2001 Guidelines). Accordingly, it is acknowledged that if the parties combined market share does not exceed such threshold it is unlikely that some degree of market power of those undertakings exists, which, in turn, implies that it is not probable that the agreement between those competitors has restrictive effects on competition.⁹⁸ We have already argued that such market share threshold may be considered too strict and that a slightly more permissive common threshold for several functional types of horizontal cooperation agreements could, in our view, have been established, albeit in conjunction with a series of complementary analytical factors, specific to each functional type that would adjust the preliminary indications obtained through the market power-market share indicator.

On the whole, and as regards commercialisation agreements that may raise potential competition law problems (above the aforementioned market share threshold) the Horizontal Guidelines, take into consideration analytical

97 See point 236 of the Horizontal Guidelines.

98 See points 240 and 241 of the Horizontal Guidelines.

factors and criteria that are largely similar to the ones established in the 2001 Guidelines. However, it may be considered that, comparatively with the 2011 Guidelines, there is now a less stark analytical bifurcation between, on the one hand, agreements leading, directly or indirectly, to the fixing of prices, and, on the other hand, supposedly less serious distortions of competition. The Horizontal Guidelines identify as the main risks for competition arising from commercialisation agreements, the possibility of leading to price fixing, the possibility of facilitating output limitation (in a context where the parties decide on the volume of products to be put on the market), the susceptibility of leading to a division of the markets or to allocation of orders and customers and, finally, the susceptibility of leading to exchange of strategic information or to commonality of costs.

In the characterization of *competition concerns* and of reasons that may attenuate or even remove those concerns we may consider that some more emphasis (albeit that is almost barely perceptible in the relevant passages of the Guidelines) is placed on the possible *contribution of certain commercialisation agreements in creating objective conditions for the parties to penetrate in new markets*. However, and considering previous case law on possible market failures making it difficult for some undertakings to penetrate certain novel markets, due to those markets configuration, and on the relevance of joint commercialisation understandings in that context to favour market access – as, *inter alia*, the “*Florimex and VGB*” and the “*VBA v VGB and Florimex*” rulings –⁹⁹ some further guidance would have been advantageous in this sensitive domain (although it has to be reckoned at the same time that some relevant practical *examples* concerning “*joint commercialisation necessary to enter a market*” have been provided in the final version of the Horizontal Guidelines¹⁰⁰).

3.4. Standardisation Agreements

3.4.1. As referred in the Horizontal Guidelines, standardisation agreements, although taking many different forms, are predominantly oriented towards the definition of technical or quality requirements with which current or

99 See *Florimex and VGB*” and “*VBA v VGB and Florimex*” rulings, respectively of the then Court of First Instance and of the Court of Justice (Case T 70 e 71/92 and Case C-266/97P).

100 See points 252 *et seq.* of the Horizontal Guidelines.

future products, production processes, services or methods may comply.¹⁰¹ The characterization delineated in the Guidelines also covers the terms of access to a particular quality mark or for approval by a regulatory body (excluding, however, standards related with the provision of professional services). Furthermore, standardisation agreements may comprehend as well issues like the standardisation of different grades or sizes of a particular product or technical specifications in product or services markets where compatibility and interoperability with other products or systems is essential.

As already mentioned, the December 2010 revised Horizontal Guidelines set out a much more developed chapter analysing the basic features and competition concerns arising from these standard-setting agreements. This expanded guidance in comparison with the 2001 Guidelines is naturally built on the basis of the significant experience acquired by the Commission in important recent cases, such as, *inter alia*, the “Qualcomm” case or the “Rambus” case (in which the Commission dealt, *inter alia*, with patents incorporated into standards in terms that were not fair, reasonable and non discriminatory, the so-called un-FRAND terms).¹⁰²

On the one hand, the Horizontal Guidelines recognize that standardization agreements may frequently have favourable economic repercussions, namely by “*promoting economic interpenetration on the internal market and encouraging the development of new and improved products or markets and improved supply conditions*”, but, on the other hand, acknowledge that “*in specific circumstances*” they may “*give rise to restrictive effects on competition by potentially restricting price competition and limiting or controlling production, markets, innovation or technical development*”.¹⁰³ These concerns may materialise “*through three main channels, namely reduction in price competition, foreclosure of innovative technologies and exclusion of, or discrimination against, certain companies by prevention of effective access to the standard*”.

101 See points 257 *et seq.* of the Horizontal Guidelines.

102 See “Rambus” Decision of 9 December 2009 (Case Comp/38.636), making legally binding commitments offered by the undertaking Rambus to put a cap on its royalty fees for certain patents. In the “Qualcomm” case the Commission opened in October 2007 proceedings against Qualcomm for allegedly charging un-FRAND terms in a context of standard-setting processes. For an extensive comment on relevant developments in the area of standard-setting that may have, on the whole, contributed to the analytical criteria set out in this domain in the Horizontal Guidelines see, in particular, Glaeder, 2010.

103 See points 263 *et seq.* of the Horizontal Guidelines.

The two key areas of the chapter on standardisation agreements of the Horizontal Guidelines deal with the *safe harbour exception* for these agreements within Article 101, par 1 (points 280, *et seq.* of the Guidelines) and with an “*effects-based assessment for standard agreements*” that are not covered by such safe harbour (points 292 *et seq.* of the Guidelines).

3.4.2. The Guidelines establish that standardisation agreements, even when they risk creating market power are to be regarded normally not prohibited under par 1 of Article 101, provided four cumulative conditions are met. These four conditions comprehend (a) an unrestricted industry participation in a transparent standard-setting procedure; (b) the inexistence of any obligation to comply with the adopted standard; (c) good faith disclosure of standard-essential intellectual property rights; and (d) the essential requirement concerning access to the standard on fair, reasonable and non-discriminatory terms (the so called FRAND terms).

Conversely, if a standardization agreement does not meet these conditions for the application of the safe harbour and although there is no presumption of illegality the parties will have to assess whether the agreement falls under the prohibition of par 1 of Article 101 and, if that is the case, if it is justified under par 3 of Article 101. For that kind of assessment the Guidelines establish a certain number of parameters which are envisaged as aligned with an *effects-based approach*. In that context, two parameters stand out. The first has to do with the considerations developed by the Commission according to which “*standard-setting agreements providing for ex ante disclosures of most restrictive licensing terms will not, in principle, restrict competition within the meaning of Article 101(1)*”. Following that same line, the Commission considers that “*it is important that the parties involved in the selection of a standard will be fully informed not only as to the available technical options and the associated intellectual property rights, but also as to the likely cost of that IPR*” (involving the disclosure of “*the maximum royalty rates (...)*” that the IPR holders at stake would charge).¹⁰⁴

The second especially important parameter involves the conditions of participation in the standard-setting process. In fact, provided these *conditions are open and undistorted* – meaning that the process “*(...) allows all competitors (and/or stakeholders) in the market affected by the standard to take part in choosing*

104 See points 298 and 299 of the Horizontal Guidelines.

and elaborating the standard” the standardisation agreement will tend to fall outside the prohibition of par 1 of Article 101 (the Guidelines took into consideration in this point the case law arising from the decision “*X/Open Group*” in which the Commission regarded that even when standards adopted were made public, “*the restricted membership policy [at the standard setting process at stake] had the effects of preventing non members from influencing the results of the work of the group and from getting the know-how and technical understanding relating to the standards which the members were likely to acquire*”).¹⁰⁵

On the whole, we may observe that the standard-setting chapter of the December 2010 revised Horizontal Guidelines largely seems to recognize a frequent pro-competitive nature of standardization agreements and a set of rather limited or particular conditions that may lead to effects of restriction of competition arising from such agreements (to be evaluated through careful economic analysis of actual competitive effects in any given market contexts). Such global hermeneutical perspective is to be regarded as an essentially positive development. Conversely, the Guidelines may, at certain points, lack clarity or even coherence in light of relevant judicial precedents, particularly as regards the assessment of *unilateral conduct* in connection with situations where one party may, after the adoption of a standard, require terms – namely fees to be charged for access to IPR in a standard-setting context – that the other parties dispute as non compatible with the FRAND requirements.

REFERENCES

CHAVEZ, John Anthony

1999 “Joint Ventures in the European Union and the US”, in *The Antitrust Bulletin*, Vol. 44, No 4 (Winter 1999), pp. 959 *et seq.*

COOK, C.J & KERSE, C.S.

2005 *EC Merger Control*, London: Sweet & Maxwell.

GLAEDER, Marcus

2010 “Open Standards: Public Policy Aspects and Competition Law Requirements”, in *European Competition Journal*, Vol. 6, No 3 (December 2010), pp. 611 *et seq.*

¹⁰⁵ Commission Decision “*X/Open Group*”, Case IV/31.458, OJ L 35, 6.2.1987, p. 36, and point 295 of the Horizontal Guidelines.

LINDSAY, Alistair

2006 *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, London: Sweet & Maxwell.

MANZINI, Pietro

2002 “The European Rule of Reason – Crossing the Sea of Doubt”, in *European Competition Law Review*, Vol. 23, N° 8, (August 2002), pp. 396 *et seq.*,

MORAIS, Luís D. S.

2012 (forthcoming) *Joint Ventures and EU Competition Law*, Oxford: Hart Publishing.

O’LOUGHLIN

2003 “EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and Their Furtherance by the ECJ *Wouters* Decision”, in *European Competition Law Review*, Vol. 24, N° 2 (February 2003), pp. 62 *et seq.*

ODUDU, O.

2002 “A New Economic Approach to Article 81(1)?”, in *European Law Review*, N°1, Vol. 27, (2002), pp. 100 *et seq.*

PIRAINO, Thomas

1991/1992 “Beyond Per Se, Rule of Reason or Merger Analysis. A New Antitrust Standard for Joint Ventures”, in 76 *Minnesota Law Review*, 1 (1991-1992)191, pp. 1 *et seq.*

SIRAGUSA, Mario & RIZZA, Cesare (eds.)

2007 *EU Competition Law*, Vol. III, *Cartel Law*, Deventer: Claeys & Casteels.

TOWNLEY

2009 *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford: Hart Publishing.

WHISH, R.

2008 *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press.

AS INFRACÇÕES PELO OBJECTO DO ARTIGO 101.º DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA NA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

*Fernando Pereira Ricardo*¹

ABSTRACT: The restrictive agreements by object are those that aim to prevent, restrict or distort competition and are, by nature, able to do so, as the agreement to fix prices. Due to the high susceptibility of distortion of competition, these agreements are incompatible with the internal market. The ability to distort competition can only be determined in the light of the legal and economic context of the agreement, having regard, in particular, to the position and the economic strength of the firms in the market. Therefore, this analysis is not formal, based on a list of agreements prohibited by type. The restriction of freedom of initiative, apparently serious in formal terms, may not present the ability to distort the competition because, for example, there is no significant competition between the parties.

SUMÁRIO: Introdução. I. Das restrições da concorrência pelo objecto e pelo efeito. II. A protecção da concorrência e as infracções pelo objecto. 1. O interesse público na protecção da concorrência. 2. A dificuldade de prova dos efeitos adversos para a concorrência efectiva. III. Da aptidão dos acordos para impedir, restringir ou falsear a concorrência. 1. Os acordos aptos para distorcer a concorrência. 2. A dispensa de analisar os efeitos no mercado interno. 3. A análise na jurisprudência da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno. 4. A razão de ser da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno. 5. A aferição da aptidão do acordo para distorcer a concorrência. 5.1. Os factores a considerar. 5.2. Exemplos relativos à importância do contexto jurídico-económico. 5.3. A refutação de uma análise formal. 5.4. Das dúvidas quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto. 5.4.1. Exemplos de restrições sem aptidão para distorcer a concorrência. 5.4.2. O ónus da prova quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência. Conclusões.

¹ Jurista no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo pretendemos contribuir para aclarar os contornos das infracções pelo objecto previstas no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)² na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, mais concretamente, do Tribunal de Justiça (TJ) e do Tribunal Geral (TG).

Tal esclarecimento é particularmente importante na perspectiva do Direito Nacional, se atendermos a que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais nacionais têm competência para aplicar directamente o artigo 101.º na sua globalidade, à luz, respectivamente, dos artigos 5.º e 6.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (actuais artigos 101.º e 102.º)³.

Por outro lado, o referido dispositivo e a jurisprudência que lhe está associada constituem o paradigma para a interpretação e aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que consagra o regime jurídico nacional da concorrência.

Está, assim, justificada a importância da caracterização das infracções pelo objecto do n.º 1 do artigo 101.º.

Começaremos por analisar a dicotomia entre infracções pelo objecto e infracções pelo efeito do n.º 1 do artigo 101.º em função do bem jurídico por esta norma protegido. Caracterizaremos, de seguida, as infracções pelo objecto, aludindo, em particular, à sua incompatibilidade com o mercado interno e à importância do contexto jurídico-económico para a sua identificação. Formularemos, por fim, conclusões.

I. DAS RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA PELO OBJECTO E PELO EFEITO

Para ser subsumido na previsão do n.º 1 do artigo 101.º, o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada (doravante, designados genericamente por acordo)⁴ deve ser susceptível de afectar o comércio entre

2 Quaisquer alusões a artigos sem indicação da fonte legal em que se inserem devem ser entendidas por referência ao TFUE.

3 JO L 1, de 4.1.2003.

4 *Vide* Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal, JO C 11, de 14.1.2011, ponto 1.

os Estados-membros e ter por objectivo⁵ ou como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

No Acórdão *Société Technique Minière (LTM)*, de 30 de Junho de 1966, Processo 56/65, o TJ esclareceu que: “[o] carácter não cumulativo mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção ‘ou’, conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra”⁶.

No mesmo sentido, refere o TJ, no Acórdão *Établissements Consten SARL*, de 13 de Julho 1966, Processos 56/64 e 58/64, que, para a “[...] aplicação do artigo 85.º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência”⁷, e, no Acórdão *Anic Participazioni Spa*, de 8 de Julho de 1999, Processo C-49/92 P, que o acordo com um objecto anticoncorrencial é subsumível na previsão do n.º 1 do artigo 101.º “[...] mesmo que não se verifiquem efeitos anticoncorrenciais”⁸.

Em síntese, os acordos que tenham por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência são proibidos independentemente dos seus efeitos no mercado considerado, o que faz todo o sentido, como veremos de seguida, atendendo ao bem jurídico protegido pelo artigo 101.º.

5 As versões espanhola, italiana, francesa e inglesa do n.º 1 do artigo 101.º referem, respectivamente, “por objecto”, “per oggetto”, “pour objet”, “their object”. Tanto o vocábulo “objectivo” como o vocábulo “objecto” traduzem o que está em causa, a saber: a aptidão do acordo para distorcer a concorrência. Neste contexto, o vocábulo “objecto” parece preferível. Para a lei, o objecto do contrato é o conjunto dos direitos e deveres que pelo contrato são criados ou modificados. Quando o contrato constitui obrigações, o seu objecto é a prestação ou prestações. Nos termos do artigo 280.º do Código Civil, o contrato cujo objecto seja contrário à lei é nulo. Da mesma forma, o acordo ou a decisão de associação de empresas que tenham por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência são nulos (artigo 101.º, n.º 2).

6 *Recueil* 1966: 387. Cf. Conseil de la concurrence, 2003: 56. “[...] the TFEU contains two categories of restrictions of competition – restrictions by object and by effect – that are not supposed to overlap” (Loozen, 2010: 148).

7 *Recueil* 1966: 434. Cf. Acórdão *Beef Industry Development Society Ltd*, de 20 de Novembro de 2008, Processo C-209/07, considerando 16, e Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal, ponto 24.

8 Considerando 122. Cf. Acórdão *Sandoz prodotti farmaceutici SpA*, de 11 de Janeiro de 1990, Processo C-277/87, ponto 3, *in fine*, do sumário: “[d]o mesmo modo, o facto de o fornecedor não ter tomado medidas para fazer respeitar pelos seus clientes uma cláusula de um contrato que tem por objectivo restringir a concorrência não basta para subtrair essa cláusula à proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado [...]”.

II. A PROTECÇÃO DA CONCORRÊNCIA E AS INFRACÇÕES PELO OBJECTO

1. O interesse público na protecção da concorrência

Os elementos do tipo do artigo 101.º, mormente no que respeita às infracções pelo objecto, não podem deixar de ser interpretados e aplicados em função do bem jurídico protegido pela norma em causa⁹.

Nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, “[a] *União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico*”.

O Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência, anexo ao Tratado da União Europeia e ao TFUE, refere que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada¹⁰.

No Acórdão *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, de 25 de Outubro de 1977, Processo 26/76, o TJ estabeleceu que o desiderato de uma concorrência não falseada implica a existência de uma concorrência efectiva, isto é, da dose de concorrência necessária para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e atingidos os objectivos do Tratado, em particular a formação de um mercado interno em condições análogas às de um mercado interior¹¹.

Mais recentemente, no Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, de 4 de Junho de 2009, Processo C-8/08, o TJ refere que: “[...] *o artigo 81.º CE, à semelhança das outras regras da concorrência enunciadas no Tratado, não se destina unicamente a proteger os interesses directos dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal*”¹².

9 O bem juridicamente tutelado é a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção de um certo estado, objecto ou bem socialmente relevante (Moniz, 2003: 545). As características mais marcantes dos tipos resultam da natureza do bem jurídico tutelado (Kindhäuser, 2009: 3).

10 Nos termos do artigo 51.º do Tratado da União Europeia, os Protocolos e Anexos dos Tratados são parte integrante destes.

11 Considerando 20.

12 Considerando 38.

O artigo 101.º “[...] *tem por objectivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afectação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objectivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promovem uma afectação de recursos eficiente em toda a Comunidade em benefício dos consumidores*”¹³.

Em síntese, atendendo a que o artigo 101.º não se destina unicamente a proteger os interesses directos dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência efectiva, compreende-se que os acordos que tenham por objecto distorcer as condições de concorrência no mercado considerado sejam proibidos independentemente dos seus efeitos¹⁴.

2. A dificuldade de prova dos efeitos adversos para a concorrência efectiva

Fazer depender a proibição dos acordos, cujo objecto é organizar artificialmente o funcionamento do mercado, da prova de efeitos adversos para a concorrência – extremamente difíceis de apurar em toda a sua extensão –, não garantiria a tutela eficaz da concorrência efectiva, interesse colectivo, cuja afectação comporta múltiplas externalidades negativas, não apenas para os consumidores.

Tal como adiante melhor se verá, os acordos anticoncorrenciais pelo objecto são incompatíveis com o mercado interno em razão da limitação ou supressão do grau de incerteza quanto à reacção dos rivais, chocando frontalmente com o princípio de que cada operador económico deve definir a sua política comercial de forma autónoma.

Estes acordos influenciam, muito provavelmente, o comportamento das empresas neles participantes no sentido de uma maior concertação ou harmonia de interesses, ocorrendo uma adulteração das condições normais de concorrência¹⁵, independentemente da questão de saber se as empresas par-

13 Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101, de 27.4.2004, ponto 13. É a protecção do processo concorrencial, enquanto mecanismo de afectação de recursos e satisfação das necessidades dos consumidores, que distingue o Direito da concorrência de outros ramos ou normas que protegem interesses particulares correlacionados com a concorrência, como o Direito do consumidor (Conseil de la concurrence, 2003: 55).

14 Neste sentido, cf. conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott no caso *T-Mobile Netherlands BV*, Processo C-08/08, apresentadas em 19 de Fevereiro de 2009, ponto 46.

15 Acórdão *BPB plc*, de 8 de Julho de 2008, Processo T-53/03, considerando 107.

ticipantes se comportam seguidamente de maneira mais ou menos uniforme no mercado considerado¹⁶.

Tal como refere o TG no Acórdão *Archer Daniels Midland Co.*, de 27 de Setembro de 2006, Processo T-59/02, “[o] facto de as partes não terem respeitado o seu acordo e de não terem aplicado inteiramente os preços acordados não implica que, ao proceder deste modo, tenham aplicado preços que poderiam ter praticado se o acordo não existisse. Como a Comissão correctamente sublinhou no considerando 219 da decisão, o Tribunal já declarou, no âmbito da apreciação das circunstâncias atenuantes, que uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício [...]”¹⁷.

Por outro lado, a demonstração empírica de que o acordo com um objecto anticoncorrencial conduz ou conduziu a uma degradação das condições de transacção oferecidas aos consumidores, a preços mais altos, por exemplo, equivaleria a exigir da autoridade de controlo um esforço probatório que a levaria ao limite das suas possibilidades e recursos¹⁸.

Imagine-se o que seria provar os efeitos concretos nas condições de transacção oferecidas aos consumidores em todos os mercados abrangidos por um cartel internacional, esforço que envolveria a análise de todos os outros factores que poderiam estar na base da degradação das referidas condições de transacção ao tempo da infracção¹⁹.

As dificuldades de prova dos efeitos adversos na concorrência explicam a existência das infracções pelo objecto, visando o legislador com este conceito proteger cabalmente o bem jurídico concorrência.

III. DA APTIDÃO DOS ACORDOS PARA IMPEDIR, RESTRINGIR OU FALSEAR A CONCORRÊNCIA

1. Os acordos aptos para distorcer a concorrência

Os regulamentos de isenção por categoria, as orientações e as comunicações da Comissão fornecem directrizes acerca dos acordos restritivos da concor-

16 Ver conclusões do juiz B. Vesterdorf, designado Advogado-Geral no caso *Rhône-Poulenc SA*, Processo T-1/89, apresentadas em 10 de Julho de 1991, Colectânea da Jurisprudência, 1991-8/II: 941-942.

17 Considerando 189.

18 Cf. Whish, 2009: 117.

19 Neste sentido, Scordamaglia, 2010: 7-8.

rência pelo objecto. As restrições excluídas das isenções por categoria ou identificadas nas orientações e comunicações da Comissão como restrições anticoncorrenciais graves são, regra geral, mas não necessariamente, consideradas restrições da concorrência pelo objecto²⁰.

Nos acordos horizontais²¹, as restrições da concorrência pelo objecto incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes.

Nos acordos verticais²², a categoria de restrições pelo objecto inclui, nomeadamente, as que provêm da imposição de preços fixos ou de preços mínimos de revenda e as restrições que conferem protecção territorial absoluta, incluindo restrições em matéria de vendas passivas²³.

Os acordos restritivos pelo objecto são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do mercado (ao funcionamento correcto e normal do mercado).

Estes acordos comportam uma intervenção directa nos parâmetros da concorrência²⁴, tendo por objecto organizar artificialmente o funcionamento do mercado em causa²⁵, o que choca frontalmente com o princípio subjacente às regras de defesa da concorrência, segundo o qual os operadores económicos devem definir a sua política comercial de forma autónoma²⁶: “[...] a troca de

20 Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ponto 23.

21 Um acordo tem natureza horizontal quando é concluído entre concorrentes efectivos ou potenciais (Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal, ponto 1).

22 Acordo entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas actividades, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços [artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, de 23.4.2010, e ponto 24 das Orientações relativas às restrições verticais, JO C 291, de 13.10.2000].

23 Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ponto 23. Entende-se por vendas passivas a resposta a pedidos não solicitados, apresentados por clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes. A publicidade de carácter geral ou a promoção que atinge clientes nos territórios ou grupos de clientes (exclusivos) de outros distribuidores, mas que constitui uma forma razoável de atingir clientes fora desses territórios ou grupos de clientes, por exemplo, para atingir clientes no seu próprio território, são consideradas vendas passivas (Orientações relativas às restrições verticais, ponto 51).

24 Acórdão *Archer Daniels Midland*, de 9 de Julho de 2003, Processo T-224/00, considerando 120.

25 Acórdão *JFE Engineering Corp.*, de 25 de Janeiro de 2007, Processos C-403/04 P e C-405/04 P, considerando 47.

26 Acórdãos *Archer Daniels Midland*, de 9 de Julho de 2003, considerando 120, *Beef Industry Development Society Ltd*, considerando 34, e *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 116.

informações entre concorrentes é susceptível de infringir as regras da concorrência quando atenua ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado em causa, tendo por consequência a restrição da concorrência entre empresas [...]”²⁷.

O n.º 1 do artigo 65.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço²⁸ proibia todos os acordos que, no mercado comum, tendessem, directa ou indirectamente, a impedir, restringir ou falsear o jogo normal da concorrência, em particular a (alínea *a*)) fixar ou determinar os preços, a (alínea *b*)) restringir ou controlar a produção, o progresso técnico ou o investimento e a (alínea *c*)) partilhar mercados, produtos, clientes ou fontes de abastecimento.

Esta proibição visava todo e qualquer acordo susceptível de interferir com o funcionamento normal da concorrência, sem que fosse necessário demonstrar, para a verificação de uma infracção, o prejuízo efectivo e concreto causado a esse funcionamento²⁹.

Do mesmo modo, no quadro do n.º 1 do artigo 101.º, “[...] *para ter um objectivo anticoncorrencial, basta que [o acordo] seja susceptível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Por outras palavras, a prática em causa apenas tem de ser concretamente apt[o], atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente só tem importância para calcular o montante das coimas e avaliar os direitos a indemnizações*”³⁰.

27 Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, de 4 de Junho de 2009, considerando 35. A exigência de autonomia no plano comercial opõe-se a quaisquer contactos directos ou indirectos entre operadores económicos susceptíveis quer de influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer de desvendar a esse concorrente o comportamento que se tenha decidido ou que se tenciona seguir no mercado, quando esses contactos tenham por objecto ou como efeito conduzir a condições de concorrência que não corresponderiam às condições normais do mercado em causa, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações fornecidas, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado (cf. Acórdão *BPB plc*, considerando 107). Em razão do acima exposto, a partir do momento em que uma empresa participa, mesmo que não seja activamente, em reuniões que tenham um objectivo anticoncorrencial, não se distanciando publicamente do respectivo conteúdo, leva a que os outros participantes pensem que subscreve o resultado das reuniões e os respeitará, podendo considerar-se provado que participou no acordo que resultou da referida reunião (Acórdão *LR AF 1998 A/S*, de 20 de Março de 2002, Processo T-23/99, considerando 39).

28 O Tratado de Paris, assinado a 18.4.1951, pela Alemanha, França, Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo, tendo entrado em vigor a 23.7.1952, expirou no dia 23.7.2002.

29 Cf. Acórdão *Thyssen Stahl AG*, de 11 de Março de 1999, Processo T-141/94, considerando 272.

30 Cf. Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, considerando 31. Não é necessário que a concorrência seja realmente impedida, restringida ou falseada, nem que exista um nexo directo entre o acordo e os preços cobrados ao consumidor (Acórdão *T-Mobile Netherlands BV*, considerando 43).

2. A dispensa de analisar os efeitos no mercado interno

É manifesto, à luz da experiência adquirida pelos tribunais ao analisar os acordos restritivos pelo objecto, que dos mesmos podem resultar, com elevada probabilidade, efeitos negativos para a concorrência no mercado³¹.

Compreende-se, assim, que, na jurisprudência da União Europeia, os acordos restritivos pelo objecto sejam considerados, por natureza, contrários ao bom funcionamento do mercado e ao livre jogo da concorrência.

Tal como consta das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado: “[a]s restrições de concorrência por objectivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objectivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência pelo objecto tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objectivos das regras comunitárias da concorrência”³².

Tal como decorre do n.º 1 artigo 101.º, em particular da sua formulação disjuntiva no que às restrições da concorrência diz respeito, os acordos com aptidão para distorcer a concorrência são considerados, em si mesmos, incompatíveis com o mercado interno³³.

Este juízo de incompatibilidade com o mercado interno tem o mérito da simplicidade, contribuindo para a segurança jurídica, e permite aos operadores económicos adaptar em conformidade a sua autonomia comercial, o que contribui para uma utilização racional e económica dos recursos das autoridades de concorrência.

31 Cf. Whish, 2009: 117.

32 Ponto 21. Ver, também, as Orientações relativas às restrições verticais, ponto 47.

33 Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott no caso *T-Mobile Netherlands BV*, ponto 45. Com esta qualificação o legislador procurou obstar à produção de efeitos negativos potenciais (conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, Processos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06P, apresentadas a 30 de Junho de 2009, ponto 101).

3. A análise na jurisprudência da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno

Para melhor se compreender a razão de ser da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno, analisemos as justificações avançadas pelos tribunais da União Europeia a este respeito.

No caso subjacente ao Acórdão *Vereeniging van Cementhandelaren*, de 17 de Outubro de 1972, Processo 8/72, a recorrente sustentou que o sistema de preços indicativos tinha sido aplicado apenas a uma fracção pouco importante das transacções e que esses preços indicativos tinham sido, aliás, desrespeitados. Longe de constituírem uma imposição para os aderentes, representavam, na realidade, apenas uma base de cálculo que deixava largamente intacta, para cada um deles, a liberdade de definirem os seus preços segundo os dados de cada mercado³⁴.

A este respeito, o TJ refere que: “[e]fectivamente, não se pode supor que as cláusulas do acordo relativas à determinação dos ‘preços indicativos’ sejam destituídas de todo o alcance útil”. “Com efeito, a fixação de um preço, mesmo unicamente indicativo, afecta a concorrência pelo facto de que permite a todos os participantes preverem, com um grau razoável de certeza, qual a política de preços prosseguida pelos seus concorrentes”³⁵.

No caso subjacente ao Acórdão *Chemie Linz*, de 10 de Março de 1992, Processo T-15/89, a recorrente participou em reuniões que tinham como finalidade o estabelecimento de objectivos em termos de preços e de volumes de vendas³⁶.

Refere o TG a este respeito que: “[a]través da sua participação nestas reuniões, a recorrente tomou parte, com os seus concorrentes, numa acção concertada que teve como objecto influenciar o seu comportamento no mercado e revelar o comportamento que cada produtor pretendia adoptar ele próprio no mercado”³⁷.

E que: “[...] a recorrente não só prosseguiu a finalidade de eliminar antecipadamente a incerteza relativa ao comportamento futuro dos seus concorrentes, mas também necessariamente tomou em conta, directa ou indirectamente, as informações obtidas nessas reuniões para determinar a política que pretendia seguir no mercado. Da mesma forma, os seus concorrentes tomaram necessariamente em conta,

34 Considerandos 15-16.

35 Considerandos 20-21.

36 Considerando 304.

37 Considerando 304, *in fine*.

*directa ou indirectamente, as informações que lhes foram reveladas pela recorrente sobre o comportamento que tinha decidido ou que pretendia ela própria adoptar no mercado, para determinar a política que aqueles pretendiam seguir no mercado*³⁸.

No caso subjacente ao Acórdão *Archer Daniels Midland Co.*, de 27 de Setembro de 2006, tratava-se de um acordo que atribuía quotas de vendas, fixava preços e previa a troca de informações específicas sobre clientes³⁹.

A este respeito, o TG teve a oportunidade de esclarecer que: “[o] *facto de as partes não terem respeitado o seu acordo e de não terem aplicado inteiramente os preços acordados não implica que, ao proceder deste modo, tenham aplicado preços que poderiam ter praticado se o acordo não existisse. Como a Comissão correctamente sublinhou no considerando 219 da decisão, o Tribunal já declarou, no âmbito da apreciação das circunstâncias atenuantes, que uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado pode simplesmente tentar utilizar o acordo em seu benefício [...]. Por outro lado, como a Comissão indicou no considerando 226 da decisão, o acordo permitiu aos seus membros coordenar a evolução dos preços no mercado*”⁴⁰.

No caso *LR AF 1998 A/S*, de 20 de Março de 2002, Processo T-23/99, a recorrente alegou que o simples facto de ter participado em reuniões com objectivos anticoncorrenciais não podia acarretar a sua responsabilização como participante no cartel, dado que havia explicado aos outros participantes, em numerosas ocasiões, que não estava interessada na continuação da cooperação, distanciando-se assim “publicamente” do conteúdo das reuniões. Alegou ainda que essas discussões nunca conduziram a resultados concretos e não tiveram qualquer efeito no mercado⁴¹.

Refere o TG a este respeito que: “[s]egundo jurisprudência assente, a partir do momento em que uma empresa participa, mesmo que não seja activamente, em reuniões entre empresas que tenham um objectivo anticoncorrencial, e que não se distancia publicamente do respectivo conteúdo, levando assim os outros participantes a pensar que subscrevia o resultado das reuniões e os respeitaria, pode ser considerado provado que participa no acordo resultante das referidas reuniões [...]”⁴².

38 Considerando 305.

39 Considerando 15.

40 Considerando 189.

41 Considerando 37.

42 Considerando 39.

Quanto ao argumento de que os acordos em questão não provocaram efeitos no mercado, refere o TJ que “[d]o mesmo modo, o argumento segundo o qual, após o acordo relativo ao aumento dos preços brutos, houve, no mercado, uma forte concorrência que provocou uma descida dos preços é inoperante. Com efeito, para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, quando se revele que este tem por objecto impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum”⁴³.

No que respeita à troca de informação comercialmente sensível, mormente sobre preços, “[...] há que presumir, sem prejuízo da prova em contrário que aos operadores interessados cabe fazer, que as empresas que participam na concertação e que continuam activas no mercado levam em linha de conta as informações que trocaram com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado. Isto é tanto mais certo quanto a concertação ocorra regularmente durante um longo período, como ocorria no caso em apreço, de acordo com o que a Comissão apurou”⁴⁴.

No caso subjacente ao Acórdão *Herlitz AG*, de 14 de Julho de 1994, Processo T-66/92, quanto à cláusula de proibição de exportação, a recorrente alegou que não pretendia, nem exigiu, a inclusão da mesma no contrato, de cuja existência só tomou conhecimento aquando do procedimento na origem do litígio, e que, posteriormente a isso, as partes confirmaram reciprocamente que consideravam a cláusula nula⁴⁵.

A este respeito, o TG considerou que: “[...] o facto de uma cláusula de proibição de exportação, que pela sua própria natureza constitui uma restrição da concorrência, não ter sido aplicada pelo distribuidor não serve de prova de que essa cláusula não tenha produzido efeitos, podendo a sua existência, segundo o acórdão *Miller/Comissão* (já referido, n.º 7), criar um clima ‘óptico e psicológico’ que contribui para a repartição do mercado e, portanto, o facto de uma cláusula que tem como objectivo restringir a concorrência não ter sido aplicada pelos contratantes não basta para a subtrair à proibição do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado [...]”⁴⁶.

Em conclusão, os acordos aptos para distorcer a concorrência são incompatíveis com o mercado interno em razão da limitação ou supressão do grau

43 Acórdão LRAF 1998 A/S, considerando 47.

44 Acórdãos *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 121, *BPB plc*, considerando 109 e *T-Mobile Netherlands BV*, considerando 51.

45 Considerando 37.

46 Considerando 40.

de incerteza quanto à reacção dos rivais, o que influencia, muito provavelmente, o comportamento das empresas neles participantes no sentido de uma maior concertação ou harmonia de interesses, daí resultando uma adulteração das condições normais de concorrência no mercado considerado.

4. A razão de ser da incompatibilidade dos acordos com o mercado interno

As conclusões do juiz B. Vesterdorf, designado Advogado-Geral no caso *Rhône-Poulenc SA*, Processo T-1/89, apresentadas em 10 de Julho de 1991, são particularmente ilustrativas das razões da incompatibilidade destes acordos com o mercado interno.

Assim: “[por que] *razão a concertação é um elemento de tal forma central que o Tribunal de Justiça considera que resulta do artigo 85.º que ‘qualquer estabelecimento de contacto directo ou indirecto entre tais operadores, que tenha por objectivo ou por efeito, quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial...’ é categoricamente proibido, como o Tribunal de Justiça declarou pela última vez nos referidos processos ‘Açúcar’ e ‘Züchner’? Em minha opinião, é porque tais empresas actuarão seguidamente no mercado, necessariamente e, regra geral, inevitavelmente, tendo em conta aquilo de que tiveram conhecimento e a discussão que teve lugar no âmbito da concertação. As empresas obtiveram informações sobre as reflexões das outras; sabem que as outras empresas dispõem agora de certas informações quanto à sua própria situação e sabem mais ou menos aquilo que se poderá esperar ou, em qualquer caso, se deverá poder esperar da parte das outras na sequência dos contactos que tiveram lugar. Nomeadamente, negociam com os seus clientes e adoptam a sua produção dispondo de um outro acervo de informações e com conhecimento de outros elementos que não teriam se apenas tivessem de confiar na sua própria experiência, no seu conhecimento geral do mercado e na sua percepção concreta deste”.*

“Em consequência, sou da opinião que se pode sustentar que a concertação se traduzirá em princípio, automaticamente, por comportamentos posteriores no mercado que serão determinados pela concertação [...], independentemente da questão de saber se se comportam seguidamente de maneira mais ou menos uniforme no mercado. Em minha opinião, o mesmo sucederá no caso de uma concertação que assuma a forma de uma troca de informações que interessam à concorrência, tais como os preços actuais ou previstos, sem outra coordenação de empresas [...]. Com efeito, em tal caso, as empresas colocam-se igualmente em condições de apreciar com maior certeza a situação do mercado e de agir em consequência. Em qualquer caso, dado que tudo o resto é igual, a troca de informações dá origem ao risco importante

*de as condições de mercado serem diferentes das que existiriam se ela não existisse. É natural que, de uma forma geral, não seja possível em tal caso demonstrar um nexo de causalidade concreta entre a conduta e a concertação*⁴⁷.

5. A aferição da aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto

5.1. Os factores a considerar

Para apreciar se o acordo é proibido pelo seu objecto há que tomar em consideração, designadamente, a natureza dos produtos, a posição e a importância das empresas participantes no acordo no mercado dos produtos em causa, o carácter isolado do acordo em causa ou, ao invés, a sua posição num conjunto de acordos e o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas⁴⁸.

Nos termos das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, para determinar se um acordo tem por objecto restringir a concorrência, toma-se em consideração uma série de factores, em especial, o teor do acordo e os seus objectivos concretos, o contexto em que é (ou irá ser) aplicado e a conduta e o comportamento efectivos das partes no mercado⁴⁹.

47 Colectânea da Jurisprudência, 1991-8/II: 941-942. O intercâmbio, entre concorrentes, de dados individualizados relativos às intenções futuras em matéria de preços ou quantidades deve ser considerado uma restrição da concorrência pelo objecto (Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, ponto 74).

48 Acórdão *Société Technique Minière, Recueil* 1966: 388. Na análise subjacente à aplicabilidade do n.º 1 do artigo 101.º importa ter em conta o quadro concreto em que o acordo é apto a produzir os seus efeitos, nomeadamente o contexto jurídico-económico em que o mesmo se insere e no qual operam as empresas em causa, a natureza dos produtos visados no acordo, assim como as condições reais do funcionamento e a estrutura do mercado (Acórdão *Métropole télévision (M6)*, de 18 de Setembro de 2001, Processo T-112/99, considerando 76). Os contactos entre as empresas podem ter por objecto, atendendo à natureza dos produtos ou das prestações, à importância e ao número das empresas e ao volume do referido mercado, o estabelecimento de condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa (Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 117).

49 Ponto 22. As Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal referem, no ponto 25, que: “[...] para apreciar se um acordo tem um objecto anticoncorrencial, deve atender-se ao seu conteúdo, aos objectivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere”.

5.2. Exemplos relativos à importância do contexto jurídico-económico

A determinação da aptidão de um dado acordo para distorcer a concorrência exige um esforço de exegese que atenda ao quadro concreto em que o mesmo se insere.

Por vezes, só o quadro concreto em que o acordo se insere permite descortinar o seu objecto, tal como no caso subjacente ao Acórdão *Vereeniging van Cementhandelaren*, de 17 de Outubro de 1972, Processo 8/72.

Tratava-se de cláusulas que visavam (i) impedir a venda de cimento a comerciantes não membros da associação ou a revendedores por esta aprovados, (ii) prevenir a constituição de estoques de cimento nas mãos de terceiros não submetidos à disciplina da associação, (iii) limitar as vantagens comerciais que pudessem ser concedidas aos compradores e (iv) impedir todas as prestações de serviços à clientela que saíssem do âmbito do que era considerado “normal”.

O exame do conjunto das cláusulas e das regulamentações aplicáveis permitiu concluir que as mesmas constituíam um sistema coerente e rigorosamente organizado, tendo por objecto restringir a concorrência entre os aderentes da associação⁵⁰.

Acordos ou cláusulas contratuais aparentemente inócuos, podem, num determinado contexto, ter um cunho anticoncorrencial.

No Acórdão *L. C. Nungesser KG*, de 8 de Junho de 1982, Processo 258/78, o TJ teve a oportunidade de referir que “[...] *un droit de propriété industrielle ou commerciale, en tant que statut légal, échappe aux éléments contractuels ou de concertation envisagés par l'article 85, paragraphe 1, du traité, mais que son exercice peut tomber sous les prohibitions du traité s'il apparait comme étant l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente*”⁵¹.

Com efeito, as restrições anticoncorrenciais pelo objecto não se reduzem às restrições mais óbvias, ou seja, àquelas que, à luz dos dados da experiência, se revelam tipicamente ou por norma anticoncorrenciais, tais como as restrições excluídas do benefício da isenção por categoria⁵².

Tal como referem as Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, a forma como um acordo é efectivamente aplicado pode

⁵⁰ Considerandos 22-25.

⁵¹ Considerando 28. Cf. Acórdão *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH*, de 8 de Junho de 1971, Processo 78/70, considerando 13.

⁵² Conseil de la concurrence, 2003: 62.

revelar que o seu objecto é restritivo da concorrência, ainda que o acordo formal não contenha qualquer disposição expressa nesse sentido⁵³.

5.3. A refutação de uma análise formal

Para ser proibido por força do disposto no n.º 1 do artigo 101.º, por incompatibilidade com o mercado interno, um acordo entre empresas deve preencher vários requisitos, dependentes menos da sua natureza jurídica do que das suas relações com o comércio entre os Estados-membros, por um lado, e com a concorrência, por outro.

O referido preceito não pode ser interpretado como introduzindo qualquer juízo prévio em relação a uma categoria de acordos⁵⁴.

Mesmo as restrições mais óbvias não podem deixar de ser analisadas em função do respectivo contexto jurídico-económico.

Não se trata, por conseguinte, em caso algum, de um exame meramente formal, com base numa lista exaustiva de práticas proibidas⁵⁵.

A refutação de uma análise apriorística, de mera catalogação em função das características formais do acordo, está bem patente no Acórdão *Van den Bergh Foods Ltd*, de 23 de Outubro de 2003, Processo T-65/98: “[d]aqui resulta que, contrariamente ao que sustenta a HB, as restrições contratuais impostas aos retalhistas devem ser examinadas não apenas de modo puramente formal, do ponto de vista jurídico, mas ainda tendo em conta o contexto económico específico em que os acordos em causa se inscrevem, incluindo as especificidades do mercado de referência que possam, na prática, reforçar tais restrições e assim falsear o jogo da concorrência nesse mercado, em violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado”⁵⁶.

53 Ponto 22.

54 Acórdão *Société Technique Minière (LTM)*, *Recueil* 1966: 386.

55 Não há, com efeito, uma lista fechada de restrições evidentes à concorrência. A numeração do artigo 101.º é exemplificativa (conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, Processo C-209/07, apresentadas em 4 de Setembro de 2008, ponto 46). Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, ponto 23. Esta análise não se limita a aspectos de puro automatismo ou de mera apreensão formal, conquanto algumas restrições da concorrência possam justificar uma análise mais sumária ou sucinta ao respectivo contexto jurídico-económico (Morais, 2009: 40).

56 Considerando 84.

A qualificação como acordo restritivo pelo objecto não pode estar exclusivamente fundada no que à primeira vista se pode reconhecer, mas numa análise mais detalhada às circunstâncias e vontade das partes⁵⁷.

5.4. Das dúvidas quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto

5.4.1. Exemplos de restrições sem aptidão para distorcer a concorrência

Tal como já foi referido, é à luz do contexto jurídico-económico que a aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto é determinada.

Mesmo as restrições mais graves podem, em situações excepcionais, ser objectivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares, caso em que não serão abrangidas pelo disposto no n.º 1 do artigo 101.º.

Assim, a restrição grave pode ser necessária para assegurar o respeito de uma proibição pública de venda de substâncias perigosas a determinados clientes por razões de segurança ou saúde⁵⁸.

A restrição da liberdade de iniciativa, aparentemente grave no plano formal, pode não ter aptidão para distorcer a concorrência, porque, por exemplo, as partes não concorrem entre si ou entre elas não existe uma concorrência significativa⁵⁹.

Pode acontecer, ainda, que a restrição, aparentemente grave no plano formal, tenha por objecto facilitar a entrada de um novo concorrente no mercado⁶⁰.

Assim, “[...] *quando são necessários investimentos substanciais por parte do distribuidor para lançar e/ou desenvolver o novo mercado, as restrições impostas às vendas passivas de outros distribuidores nesse território ou a esse grupo de clientes, necessárias para que o distribuidor recupere tais investimentos, não são, na generalidade, abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 101.º durante os primeiros dois anos em que esse distribuidor vende os produtos ou serviços contratuais*

57 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 45.

58 Orientações relativas às restrições verticais, ponto 60.

59 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 50.

60 *Idem*, ponto 51.

*nesse território ou a esse grupo de clientes, não obstante a presunção de que este tipo de restrições graves é, em geral, abrangido por esta disposição*⁶¹.

Um acordo incorporando cláusulas tidas como restritivas pode ter um objecto pró-concorrencial, surgindo aquelas como restrições acessórias estritamente necessárias à realização deste⁶².

Se os elementos fundamentais de um acordo não têm por objecto distorcer a concorrência, as restrições que estão directamente relacionadas e que são necessárias à realização dessa operação principal também não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 101.^º⁶³.

No Acórdão *J. C. J. Wouters*, de 19 de Fevereiro de 2002, Processo C-309/99, estava em causa uma regulamentação nacional proibindo a colaboração integrada entre os advogados e os revisores de contas, a qual poderia ser considerada de natureza a limitar a produção e o desenvolvimento técnico na acepção da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 101.^º.

Refere o TJ que, para a aplicação do n.º 1 do artigo 101.^º a um caso concreto, há, antes de mais, que atender ao contexto global em que o acordo foi celebrado ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade que garantam integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e contribuam para a boa administração da justiça.

Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí possam resultar são inerentes à prossecução dos referidos objectivos (restrições acessórias a um escopo pró-concorrencial).

A este respeito, interessou tomar em consideração o quadro jurídico aplicável aos advogados e aos revisores de contas holandeses.

Atendendo ao conjunto de considerações que precede, a regulamentação nacional em causa foi tida como não violadora do n.º 1 do artigo 101.^º, na

61 Orientações relativas às restrições verticais, ponto 61.

62 Acórdão *Beef Industry Development Society Ltd*, considerando 50-52, e Acórdão *Métropole télévision (M6)*, considerando 104.

63 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, pontos 50-52. Uma restrição está directamente relacionada com a operação principal se depender da realização dessa operação e a ela estiver indissociavelmente ligada. A condição da necessidade implica que a restrição deve ser objectivamente necessária para a realização da operação principal e ser proporcional a essa operação. No entanto, o critério das restrições acessórias aplica-se em todos os casos em que a operação principal não restringe a concorrência, não se limitando à determinação do impacto do acordo na concorrência intramarca (Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.^º do Tratado, ponto 29).

medida em que a mesma, apesar dos efeitos restritivos que lhe eram inerentes, era razoavelmente necessária para assegurar o bom exercício da profissão de advogado, nos moldes em que esta actividade estava regulada no Estado-membro em causa⁶⁴.

5.4.2. O ónus da prova quanto à aptidão do acordo para distorcer a concorrência

A consideração dos elementos do contexto jurídico-económico susceptíveis de gerar dúvidas sobre a aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto ocorre exclusivamente no quadro no n.º 1 do artigo 101.^o⁶⁵.

Os elementos do contexto jurídico-económico que não sejam de natureza a gerar dúvidas sobre a aptidão do acordo para distorcer a concorrência, mas que possam ser considerados no sentido da compatibilidade do mesmo com o mercado interno, tal como a melhoria da produção graças às economias de escala, não relevam no quadro do n.º 1 do artigo 101.^o, mas no do n.º 3 do artigo 101.^o⁶⁶.

Nos processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos 101.^o e 102.^o, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 101.^o ou do artigo 102.^o incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação.

À empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do disposto no n.º 3 do artigo 101.^o incumbe o ónus da prova quanto ao preenchimento das condições nele previstas⁶⁷.

A Comissão deve produzir prova suficientemente precisa e consistente de que foi cometida uma infracção. Um conjunto de indícios, apreciado globalmente, pode preencher esse requisito⁶⁸.

Tratando-se de acordos com um objecto anticoncorrencial, “[...] a Comissão tem de, designadamente, provar que a empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objectivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspec-

64 Considerando 110.

65 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 48.

66 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak no caso *Beef Industry Development Society Ltd*, ponto 53.

67 Artigo 2.^o do Regulamento n.º 1/2003.

68 Acórdão *JFE Engineering Corp.*, considerando 42.

*tivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objectivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco*⁶⁹.

Há, assim, que considerar a participação da empresa, pelo seu próprio comportamento, na infracção, a contribuição que pretendia dar para a realização da mesma e o conhecimento que tinha dos comportamentos em perspectiva ou postos em prática por outras empresas⁷⁰.

*“Em seguida, as empresas em causa estão em condições de exercer os seus direitos de defesa tanto no que respeita ao fundamento relativo à sua participação material na infracção, como relativamente aos comportamentos materiais de que são acusadas outras empresas, mas que integram a mesma infracção. No caso de acordos com um objecto anticoncorrencial, também podem exercer esses direitos no que respeita à existência de um objectivo comum, à sua intenção de contribuir para a infracção no seu conjunto através do seu próprio comportamento e ao conhecimento dos comportamentos dos outros participantes ou à sua previsibilidade e à aceitação do risco correspondente*⁷¹.

*“Por último, o facto de uma empresa não ter participado em todos os elementos constitutivos de um acordo ou ter desempenhado um papel secundário nas partes em que participou deve ser tomado em consideração aquando da apreciação da gravidade da infracção e, eventualmente, da determinação da multa*⁷².

No caso subjacente ao Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, a empresa visada alegou que o TG havia cometido um erro de direito ao considerar que, uma vez provada a sua participação nas reuniões periódicas dos produtores de polipropileno, ela não podia afirmar não ter subscrito as iniciativas de preços que aí tinham sido decididas, organizadas e controladas, mais alegando não haver outros indícios capazes de corroborar essa afirmação.

Esta asserção equivale, segundo a empresa visada, a uma manifesta inversão do ónus da prova e a atribuir à sua presença nas reuniões o valor de prova absoluta, desonerando a Comissão da tarefa de procurar confirmação do acordo no comportamento da empresa⁷³.

69 Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 87.

70 *Idem*, considerando 88.

71 *Idem*, considerando 89.

72 *Idem*, considerando 90.

73 *Idem*, considerando 93.

Nos considerados 112 e 113 do Acórdão recorrido, refere ainda a empresa visada, o próprio TG pôs em relevo a falta de documentos capazes de provar a sua adesão às iniciativas de preços e a inexistência de qualquer correspondência entre o seu comportamento no mercado e o que supostamente tinha sido acordado entre os produtores nas referidas reuniões.

Nestas condições, conclui a empresa visada, da sua presença nas reuniões não era possível deduzir automaticamente a sua participação nas iniciativas de preços que aí foram debatidas⁷⁴.

A este respeito, o TJ considerou que “[...] *importa sublinhar, por um lado, que o [TG] podia considerar, sem proceder a uma inversão indevida do ónus da prova, que, desde que a Comissão provasse que a Anic participou em reuniões em que foram decididas, organizadas e controladas iniciativas de preços, era a esta última que incumbia provar que não subscrevera essas iniciativas*”⁷⁵.

De referir, nesta sede, que, nos termos do Acórdão *Aalborg Portland*, de 7 de Janeiro de 2004, Processos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, os elementos factuais invocados por uma das partes podem ser de natureza a obrigar a contraparte a fornecer uma explicação ou justificação convincente, na falta da qual se pode concluir o facto provado⁷⁶.

Demonstrando a Comissão que dada empresa participou em reuniões com um objecto anticoncorrencial, é à empresa visada que cabe avançar com indícios de natureza a estabelecer que a sua participação nas referidas reuniões esteve desprovida de qualquer objectivo anticoncorrencial (por exemplo, ao informar os seus concorrentes que a sua participação nas reuniões tinha um outro propósito).

Ao participar numa reunião com um objecto anticoncorrencial sem se distanciar publicamente do seu conteúdo, a empresa dá a entender aos outros participantes que subscreve e se conforma com o mesmo⁷⁷.

Assim sendo, e retomando a jurisprudência *Anic Partecipazioni Spa*, os argumentos da empresa visada destinados a demonstrar que o seu comportamento no mercado tinha sido independente das iniciativas de preços são

74 *Idem*, considerando 94.

75 *Idem*, considerando 96.

76 Considerando 79.

77 Considerandos 81-82.

irrelevantes, visto tratar-se de um acordo por natureza incompatível com o mercado interno na acepção do n.º 1 do artigo 101.^{o78}.

CONCLUSÕES

Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia atrás exposta, podemos concluir, quanto às infracções pelo objecto do n.º 1 do artigo 101.^o, o seguinte:

Os acordos restritivos pelo objecto são aqueles que têm aptidão para impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Esta aptidão só é descortinável em função do contexto jurídico-económico do acordo, mormente em razão da natureza dos produtos ou serviços em causa, da posição e importância das partes e da forma como o acordo é executado.

Uma vez apurada a aptidão para limitar, restringir ou falsear a concorrência, o acordo é considerado incompatível, em si mesmo, com o mercado interno.

Os acordos aptos para distorcer a concorrência são incompatíveis com o mercado interno em razão da limitação ou supressão do grau de incerteza quanto à reacção dos rivais, o que influencia, muito provavelmente, o comportamento das empresas neles participantes no sentido de uma maior concertação ou harmonia de interesses, daí resultando uma adulteração das condições normais de concorrência no mercado considerado

A análise à aptidão do acordo para distorcer a concorrência não se traduz num exame meramente formal.

A restrição da liberdade de iniciativa, aparentemente grave no plano formal, pode ter um objecto pró-concorrencial. As restrições que estão directamente relacionadas e são necessárias à realização desse objecto principal não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 101.^o.

Quanto ao ónus da prova da aptidão do acordo para distorcer a concorrência, a Comissão tem de, designadamente, provar que a empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objectivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspectivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objectivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco.

78 Acórdão *Anic Partecipazioni Spa*, considerando 97.

Não obstante o acima exposto, os elementos factuais invocados por uma das partes podem ser de natureza a obrigar a contraparte a fornecer uma explicação ou justificação convincente, na falta da qual se pode concluir o facto provado.

Demonstrando a Comissão que dada empresa participou em reuniões com um objecto anticoncorrencial, é à empresa visada que cabe avançar com indícios de natureza a estabelecer que a sua participação nas reuniões esteve desprovida de qualquer objectivo anticoncorrencial.

Ao participar numa reunião com um objecto anticoncorrencial sem se distanciar publicamente do seu conteúdo, a empresa dá a entender aos outros participantes que subscreve e se conforma com o mesmo, o que choca frontalmente com o princípio subjacente às regras de defesa da concorrência, segundo o qual os operadores económicos devem definir a sua política comercial de forma autónoma.

BIBLIOGRAFIA

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

2003 “Études thématiques – Object, effect et intention anticoncurrentiels”, *Rapport d’Activité pour 2003*, pp. 55-78.

FERREIRA, João Pateira

2010 “Comentário de jurisprudência da União Europeia – Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção), no processo C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e o. C. Raad Van Bestuur Van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 2, Abril-Junho, pp. 355-370.

KINDHÄUSER, Urs

2009 “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, n.º 1, pp. 2-19.

KONKURRENSVERKET (Swedish Competition Authority)

2009 *Object contra effect in swedish and european competition law*, Stockholm: Konkurrensverket.

LOOZEN, Edith

2010 “The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all [T-Mobile Netherlands (C-08/08)]”, *European Competition Law Review*, n.º 4, pp. 146-150.

MONIZ, Helena

2003 “Aspectos do resultado no Direito Penal”, in AA.VV. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Costa Andrade, Manuel, e os.), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 541-570.

MORAIS, Luís D. S.

2009 *Os conceitos de objecto e efeitos restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra: Almedina.

2009^a *Direito da concorrência – perspectivas do seu ensino*, Coimbra: Almedina.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

PARRET, Laura

2008 “Sense and nonsense of rules on proof in cartel cases: how to reconcile a more economic-based approach to competition law with more attention for rules on proof?”, *European Competition Journal*, vol. 4, n.º 1, pp. 169-199.

PEREIRA, Miguel Mendes

2009 *Lei da concorrência anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

ROBERTSON, Beverley

2007 “What is a restriction of competition? The implications of the CFI’s Judgment in 02 Germany and the rule of reason”, *European Competition Law Review*, n.º 4, pp. 252-263.

SCORDAMAGLIA, Andreas

2010 “Cartel proof, imputation and sanctioning in european competition law: reconciling effective enforcement and adequate protection of procedural guarantees”, *The Competition Law Review*, vol. 7, n.º 1, pp. 5-52.

WHISH, Richard

2009 *Competition Law*, 6.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

USING ECONOMIC EVIDENCE IN CARTEL CASES: A PORTUGUESE CASE STUDY

*Cristina Camacho/Jorge Rodrigues**

ABSTRACT: Sustaining the existence of a cartel solely on the basis of economic evidence is a difficult task. This fact has been highlighted in previous EU and national Court decisions, notably, because economic analysis may not always clearly distinguish between competitive and explicit collusive behaviors. However, economic evidence is quite useful in upholding cartel cases as a complement to other types of evidence. In this paper, we present a cartel case on the Portuguese wholesale market of salt, investigated and fined by the Portuguese Competition Authority, whose decision was later confirmed by the two review Courts. In this case, economic analysis allowed for an assessment of the effects that the conduct had on the national market, thus sustaining the infringement on the basis of both its object and effect on competition. More specifically, economic analysis sustained the existence of a substantial economic benefit obtained by the infringing parties as a result of the conduct. Moreover, this case highlighted the importance of presenting economic reasoning in an understandable but not less precise way to non-economists, in particular, to Judges.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Economic assessment of cartel cases. 2.1. Using economic evidence to assess the existence of a cartel. 2.2. Assessing the effects a cartel has on the market. 3. Case study: the Portuguese “salt cartel”. 3.1. The PCA’s Decision. 3.1.1. PCA’s investigation and findings. 3.1.2. Object and effect of appreciably restricting competition. 3.1.3. Cartel’s *modus operandi*. 3.1.4. Economic benefit. 3.2. First Instance Court (LCC)’s Decision. 3.3. Second Instance Court (LCA)’s Decision. 4. Final comments.

* Cristina Camacho (Master in Law, ccamacho@concorrenca.pt) is Senior Legal Officer at the International Relations Bureau of the Portuguese Competition Authority and Jorge Rodrigues is Senior Economist (Ph.D., jrodrigues@concorrenca.pt) at this Authority’s Economic Research Bureau. The views expressed herein are our own and do not necessarily reflect those of this Authority and respective Bureaus. We would like to thank our colleagues at the Bureaus as well as participants at the ZEW Conference on Quantitative Analysis in Competition Assessments (Mannheim, 21–22.10.2010) and at the Portuguese Competition Authority’s external Seminar, of 06.12.2010, for helpful comments. All remaining errors are our own.

1. INTRODUCTION

Law and Economics have always been at the heart of competition assessment. However, over the past years, the complexity of economic analysis used in competition cases has increased. This trend is particularly visible in competition agencies' enforcement, as effects-based approaches are increasingly used instead of formal presumptions, thus implying a more frequent use of economic analysis. Therefore, competition proceedings often involve several economic studies presented both by the parties and by competition agencies, showing antagonizing theories about the same case. Frequently, it is for the Judge to decide which economic theory is more appropriate to assess a particular case.

Regarding this issue, Lianos (2010: 236) observes that *“the influence of economics is not only limited to the integration of economic concepts in law. Quantitative techniques may also be used in order to render these concepts operational”*. However, there is no perfect match between legal and economic concepts, which poses challenges to all competition enforcers. As Italianer (2010) pointed out, referring to the European Commission, *“we ultimately have to prove our cases before a court. And when we prove our cases we do not do it to an economic standard, but to a legal one. The key point here is that we are in fact using economic analysis to support the construction of legally robust cases”*.

It is often the case that Judges and Public Prosecutors do not have any research or economic staff to assist their assessment of economic analysis. This might be one reason why economic evidence¹ may be more difficult to succeed as the means of proof of antitrust cases, including cartels. A way to provide Judges further insight on economic analysis used in competition assessment is by the use of testimonial evidence and/or by the assistance of independent experts, as required by the parties or determined *ex officio*. In particular, through testimonial evidence, Judges may better comprehend the considered relevant facts underlying the economic methodologies used as well as the selection of these methodologies, along with their functioning, implementation, and obtained results.

However, the reason why economic evidence is not, in general, as well accepted as other means of proof in antitrust cases may go beyond the possibly limited economic insights from non-economist bodies such as Courts. In

¹ We shall here and henceforth refer to “economic evidence” as the type of evidence resulting from economic or/and econometric type of analysis (see also section 2 below).

fact, it is well known that economic theory does not always provide a clear-cut distinction between competitive and explicit collusive behaviors unless there is additional evidence – complementary to the economic – sustaining that the market outcome would not be possible if the parties had not engaged in a cartel². An example of this is the case of exchange of price information between petrol stations in French motorways, fined in 2003 by the French *Conseil de la Concurrence* as a collusion-facilitating practice whilst the French *Cour d'Appel de Paris* ruled that the evidence of an exchange of price information did not prove that the parties had reached an agreement (or engaged in an explicit collusive behavior).³

Instead, the use of economic evidence in antitrust cases is, in general, more well-accepted regarding the definition of relevant markets and the assessment of the effects resulting from antitrust conducts. In particular, in spite of the possible existence of direct or hard evidence (*e.g.*, testimonial or documentary) of antitrust conduct, economic analysis tools are required to infer the effects stemming from the conduct. Therefore, economic evidence proves useful in upholding antitrust or cartel cases, but more as a complementary type of evidence which sustain such conducts.

In this paper, we present a cartel case in the Portuguese wholesale market of salt, investigated and ultimately fined by the Portuguese Competition Authority (PCA) in 2006, and whose decision was upheld by the two review Courts in 2007. This case was proved on the basis of hard (documentary and testimonial) evidence, in which economic analysis allowed for an assessment of the effects that the cartel had on the national market, thus sustaining the infringement on the basis of both its object and effect on competition. More specifically, economic analysis sustained the existence of a substantial economic benefit the infringing parties obtained from the conduct. This was also quite relevant as, under national legislation, the economic benefit is one of the criteria for determining the concrete level of the fine. Moreover, this case highlights the importance of presenting economic reasoning in an understandable but not less precise way to non-economists such as Judges.

² We shall in this paper refer to “cartel” or “(explicit) collusion” cases as all of the types of prohibitions prevailed in Article 101(1) TFEU.

³ See Press Release from the French *Autorité de la concurrence* regarding “*Décision du 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes*”, No. 03-D-17 (cf. <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=03-D-17>).

The remainder of this paper is structured as follows. Following some theoretical considerations on the economic assessment of cartel cases (section 2), we describe the Portuguese salt cartel case in detail and how the use of economic evidence proved essential to sustain the effects this cartel had on the national market (section 3). We conclude with some final remarks (section 4).

2. ECONOMIC ASSESSMENT OF CARTEL CASES

Over the past years, the complexity of economic analysis used in competition cases has increased. This trend is visible not only in merger and state aid analysis, but also in antitrust proceedings, including cartel cases. More frequently than ever before, competition cases involve different economic studies submitted by the parties and by competition agencies, which often reach different conclusions on the same subject. Although antagonizing conclusions also arise from the legal litigation process itself, the major problem with economic issues lies in the general difficulty of non-economist bodies such as Courts to assess economic analysis.

In antitrust cases, including cartels, the proof of the infringement can be obtained either directly through hard or “smoking gun” evidence and/or indirectly through circumstantial evidence, including economic or communication evidence⁴.

Communication evidence is related to the exchange of sensitive information (notably on quantities and/or prices) between the parties in order to coordinate their future behavior. Special types of communication evidence are the so-called “collusive facilitating practices”, which include price signaling (*e.g.*, the case on petrol stations in French motorways) as well as the “most favored nation” and “meeting competition” clauses.⁵

As for economic evidence, it can be used in the assessment of a cartel case notably⁶ (*i*) to assess the existence of such a conduct as well as the time it has lasted; (*ii*) as an *ex ante* screening device leading to the possible opening of a cartel investigation, if there is evidence that cannot dismiss the possibility of collusion in spite of the possibility that this evidence might also be in favor of a competitive-type of behavior; and (*iii*) during the cartel investigation as

4 See OECD, 2006: 2.

5 *E.g.*, Massimo Motta (2004: Chapter 4) for details.

6 We leave here aside the use of economic evidence in the *ex post* analysis of cartel cases, after they are duly fined by competition agencies and judged by the respective review Courts.

a device to infer the effects the conduct has on the market and on consumer welfare.

However, since economic evidence may lead to different interpretations more often than hard evidence, proving the existence of a cartel exclusively on the basis of economic evidence turns out to be a difficult task, in particular if the relevant market has a structure which favors parallel behavior (*e.g.*, the case of oligopolistic market structures with rather homogenous products). In such cases, it is a hard task for economic analysis to identify factors (the so-called “*plusfaktoren*” or “plus factors”) which can *per se* dismiss the possibility that the observed parallel behavior can be explained by a competitive type of conduct.⁷

For this reason, the presentation of economic evidence before Courts poses several difficulties. Among these difficulties, we note: (*i*) the difficulty of choosing the appropriate economic (or econometric) methodology to rely on, all being subjective in nature and depending on some confidence probability; (*ii*) the inevitable harder litigation process between the parties and competition agencies that the use of such methodologies brings to Courts; and (*iii*) the difficulty of showing the results from these usually complex methodologies in an intuitive way before Courts⁸.

To assist their assessment of economic analysis, Courts may opt for the use of testimonial evidence and/or the assistance of independent experts, as mentioned before.

In Portugal, the law foresees that the independent experts’ technical, scientific, or artistic opinions are presumed to be outside the scope of free appreciation of the Judge and that Judges must duly justify their assessment whenever they disagree with the experts’ opinion⁹. However, this restriction only applies to the expert technical opinion and not to the assessment of the facts on which that technical assessment is based. Therefore, Judges can reject any economic analysis if the underlying facts are deemed to be unfounded. Yet, we have no knowledge so far of a national case where an economic independent expert, in the herein described legal sense, has been called in

7 *E.g.*, Mariano Pego, 2007: 279.

8 Those difficulties are also acknowledged within Competition Agencies. In particular, the German *Bundeskartellamt* “Best practices for expert economic opinions”, from October 2010, state that “*The Decision Divisions [of the Bundeskartellamt] consist of economists and non-economists. Expert opinions must therefore be comprehensible to a non-economist audience. An expert opinion should always include a non-technical summary [...]*”.

9 See Article 163 (1) and (2) of the Penal Procedural Code.

proceedings dealing with an appeal of a PCA's decision. In practice, PCA's economic experts have testified in Court as witnesses.

However, on matters which may go beyond Courts' expertise, such as economic reasoning, the key issue lies on the ability of the parties, including competition agencies, to present their arguments in an intuitive but not less precise and rigorous way to Courts.

Whilst these problems can be considered irrelevant before the formal opening of a cartel case – or for the use of economic evidence as an *ex ante* screening device for the possible opening of such a case –, they become more acute during the case investigation, both on assessing the cartel's existence (subsection 2.1) and its effect on the (relevant) market (subsection 2.2).

2.1. Using economic evidence to assess the existence of a cartel

In the absence of other types of evidence, the exclusive use of economic evidence in assessing or sustaining the existence of a cartel is possible but riskier, as it must dismiss any other plausible explanation that the observed conduct may not emerge from a cartel, and may, also for this reason, prove insufficient to convince Courts. This issue has been clearly illustrated by the judgment of the famous “EC pulpwood case”, where it has been ruled by the European Court of Justice (ECJ) that:¹⁰

“In determining the probative value of those different factors, it must be noted that parallel conduct cannot be regarded as furnishing proof of concertation unless concertation constitutes the only plausible explanation for such conduct. It is necessary to bear in mind that, although Article [101 TFEU] prohibits any form of collusion which distorts competition, it does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors”.

Hence, economic evidence must show that the observed market outcome could not have been possible under a competitive market behavior. This is to say that this type of analysis must distinguish between the observed situation allegedly under a cartel and the unobserved market state in the absence of the cartel. This may require the identification of an *a priori* competitive counterfactual to the observed situation. However, unless this counterfactual

¹⁰ See *Ahlström and Others v. Commission*, Cases No. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85, ECJ decision, 31.03.1993, § 71 (European Court reports 1993 Page I-01307).

is clearly defined, it must be inferred econometrically, thus being subjected to statistical uncertainty, which renders it more subjective in nature than other types of evidence.

Although some econometric methods allow, with a reasonable degree of certainty, to assess counterfactuals as well as the existence of the cartel and the periods it has lasted (*e.g.*, the screens methodology introduced by Abrantes-Metz *et al.*, 2006 and illustrated in Abrantes-Metz & Froeb, 2008), these methods often involve difficult technical issues and may rely on theoretical assumptions that may be difficult to justify on empirical grounds (*e.g.*, Chapsal & Spector, 2009). The “subjectivity” of the assumptions on which these methods rely implies a higher risk for competition agencies and parties in sustaining their analysis before Courts, especially if the market has always been characterized by (explicit) collusion.

In either case, the way these methods are selected and applied must be sufficiently convincing to overcome the litigation process and be accepted by Courts. Therefore, both competition agencies and firms face the challenge of presenting their economic analysis in an intelligible way in Court, without putting at risk the scientific robustness of the analysis.

2.2. Assessing the effects a cartel has on the market

Once there is proof of a cartel, the case can be successfully decided on the sole basis of its object (of a significant harm to competition), under EU and national competition law. In fact, since the effects of a cartel may be hard to quantify, there is solid EU and national decisional practice on cartel cases solely fined on the basis of its object.

If hard evidence is the strongest type of evidence in sustaining the existence of a cartel, only economic evidence can assess the effects stemming from the cartel. However, using economic evidence in such an analysis presents the same type of difficulties as the ones mentioned above, notably, on the determination of a counterfactual that mimics the market structure in the absence of the cartel. Accordingly, the use of economic evidence in addressing this issue is likely to require other complementary types of evidence.

The Portuguese “Salt Cartel” case¹¹ illustrates how economic evidence proved useful to determine unobservable effects the cartel had on the national

¹¹ PCA’s Antitrust Case No. 21/05, opened in March 2005 and decided in July 2006 (*cf.* PCA’s Press Release No. 17/2006, of 17.07.2006, available at the PCA’s website).

market and in a situation where this type of evidence was complemented with substantial hard (testimonial and documentary) evidence on the cartel's existence and *modus operandi*. The hard evidence that was collected during dawn raids and other fact-finding measures proved the existence of the cartel and was complemented with economic analysis to determine the effects the conduct had on the national market (see section 3 below).

In that regard, there are two effects-related concepts to be taken into account, namely those of “economic damage” and “economic benefit”. The “economic damage” defines the cumulated effects stemming from the conduct on social welfare, whereas “economic benefit” is the part of economic damage which is captured by the infringing parties (the loss in producer welfare). Hence, the economic damage (loss in social welfare) equals the sum of the economic benefit and the loss in consumer welfare.

Theoretically, both the economic damage and the economic benefit are quantifiable, although the former is more difficult to quantify than the latter as it requires, in addition to the economic benefit, inferring and comparing the market structures between the unobserved situation in the absence of the cartel and the observed market state characterized by the illegal conduct.

In practice, however, part of the economic benefit may not be quantifiable. Hence, one can only hope to obtain an estimate of its real value, which is, in principle, lower than that of the (overall) economic damage.

Looking at the legal framework, the concept of “economic damage” is not explicitly mentioned in the Portuguese Competition Law (Law No. 18/2003, of 11th June, henceforth “PCL”), other than being possibly considered as an aggravating circumstance in the determination of the level of fines, either by itself or as one of the factors to be considered when assessing the infringement's gravity. On the other hand, the concept of “economic benefit” is expressly mentioned in the PCL as one of the criteria for determining the fine, as “[t]he advantages that the offending undertakings have enjoyed as a result of the infringement” (Article 44(b) of the PCL)¹², which is closely linked with the deterrent effect of fines¹³.

12 At the EU level, the European Commission's Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 state that “[...] the Commission will also take into account the need to increase the fine in order to exceed the amount of gains improperly made as a result of the infringement where it is possible to estimate that amount” (paragraph 31).

13 Davis & Garcés, 2010: 347.

3. CASE STUDY: THE PORTUGUESE “SALT CARTEL”

The Portuguese “salt cartel” was detected in mid-2005 and sanctioned by the PCA, in June 2006. Many lessons may be drawn from this case in Portugal for two main reasons:

- (i) It was the first hard core cartel case to be assessed and upheld by the Lisbon Commercial Court (first instance Court, henceforth “LCC”), albeit with a reduction in the total fine, from €910,728 to €704,500, and whose decision was totally confirmed by the Lisbon Court of Appeal (second instance Court, henceforth “LCA”); and
- (ii) It was the first cartel case with an assessment of the economic benefit the four infringing parties (firms) obtained from the agreement, which, according to the PCA, amounted to around € 5.2 million (€M 5.2).

This case’s proceedings together with the two jurisdictional instances’ judgments are summarized in greater detail hereafter.

3.1. The PCA’s Decision

The PCA defined the relevant market as the wholesale of salt to the food distribution and industrial sectors in Portugal, which the cartel members termed “families” within their agreement. The geographic dimension of the market was mostly justified on the basis of transportation costs.¹⁴ Apart from its importance to the food sector, salt (sodium chloride, *NaCl*) is an important raw material for several other industries (*e.g.*, construction, glass manufacturing, chemicals, and metalworking), and thus is a relevant input to economic activity in general.

3.1.1. PCA’s investigation and findings

Following dawn raids and other evidence gathering actions, the PCA found hard (documentary and testimonial) evidence showing that, from about October 1997 to January 2005, four salt producers and wholesalers had been involved in a hard core cartel. In pursuance of this cartel, they held regular secret meetings in order to coordinate their commercial behavior, fixed target and/or minimum prices, agreed target sales quotas among themselves and

14. According to the EC, the wholesale of salt ranges from 400km to 800km around the distribution centres, delimiting, *in casu*, the geographic market to the national territory (*e.g.* EC Merger decisions IV/M.1522 – CSME/MSCA/ROCK, 11.06.1999, and COMP/M.2176 – K+S/SOLVAY/JV, 10.01.2002).

monitored the progress of the said collusive arrangements. These four firms controlled altogether a substantial part of the relevant market.

The agreement involved the wholesale of salt to two “families” of customers: the industry (family 1) and the general food distribution sector (family 2), the latter grouping, notably, general food distribution chains and the HORECA (hotels, restaurants, and cafés) channel.

3.1.2. Object and effect of appreciably restricting competition

The PCA concluded that the agreement had the object and the effect of significantly restricting and distorting competition in the whole national market, thus infringing competition law.

The cartel’s duration (seven years, at least), its object of a significant harm to competition, and the proof provided by the PCA of a substantial economic benefit the infringing firms obtained from the agreement, necessarily, implied the cartel had also an effect of appreciably restricting competition. However, evidence only allowed for determination, on the basis of the cartel’s *modus operandi*, of the minimal value of the economic benefit, and thus only part of the total economic damage to the market as a whole (subsection 3.1.4 below).

3.1.3. Cartel’s *modus operandi*

The four firms established their target sales quota for the two families of customers (industry and food distribution) on the basis of their historical annual sales (in tons of salt)¹⁵ over the period 1995–1997. In order to ensure the cartel’s sustainability, the firms set a compensation scheme which imposed that, at the end of each year, firms whose (effective) realized annual sales exceeded their quota would pay compensations to those selling below their quota.

Compensations could be paid either in monetary value or in quantities. Both corresponded to a fixed monetary value for each ton of salt sold over the quota. That compensation value was set at €12,5/ton and €17,5/ton of salt sold to the industry (family 1) and to the food distribution sector (family 2), respectively.

The firms also engaged in a well-organized exchange of highly sensitive information scheme, whereby one of the firms was appointed as the

¹⁵ Except if otherwise mentioned, we shall here and henceforth refer to “sales” as expressed in quantities (volume), in tons of salt, *i.e.* in the way they were defined within the agreement.

“manager”, collecting, processing and distributing among themselves sensitive information, mostly on monthly volumes of sales. The “manager” would report the evolution of total sales from the four firms, discriminated between families 1 and 2, the difference between the firms’ actual and agreed quota sales, and the respective compensations.

3.1.4. Economic benefit

The substantial amount of documentary evidence that was collected during the investigation, including the dawn raids, allowed for the determination, in a simple and strongly intuitive manner, of the minimal value of the economic benefit the cartel members obtained from their agreement, over the period 1998-2004 (see Appendix for details).

From the time the agreement lasted (during 7 years at least), it was possible to conclude that at the end of each year, a firm selling below its quota would obtain an economic benefit, at least, equal to the value of its compensation. Reciprocally, firms exceeding their quota would enjoy from the cartel a unitary economic benefit (per ton of salt) equal to, at least, the amount they paid as compensation for each ton of salt sold above their quota. Therefore, firms selling above their quota obtained an economic benefit at least equal to what they got from their increased sales (above their quota) discounted by the compensation they paid to the remaining cartel members.

On the basis of the four firms’ total sales and the amount of compensations paid and received, the PCA concluded that the four firms obtained, altogether, from the agreement a minimal economic benefit equal to around €M 5.2 during the seven years period 1998-2004.

3.2. First Instance Court (LCC)’s Decision

Following the appeal of the PCA’s decision by the addressees, the LCC upheld most of the PCA findings, including the proposed methodology to evaluate the economic benefit, dismissing an alternative methodology proposed by one of the cartel members, albeit with a reduction in the amount of the fine.

Regarding the economic methodology used, the LCC engaged in a critical and thorough analysis of both the economic model used by the PCA to assess the economic benefit value as well as the underlying facts. The LCC further assessed the correctness of the PCA calculations, in order to make its own decision, which shows that the Court adhered to the PCA methodology.

Although the LCC dismissed the PCA finding on the concrete economic benefit value,¹⁶ it upheld the PCA methodology, by stating that:¹⁷

“The PCA departs from two evident premises [...] It is thus safe to state [as claimed by the PCA] that between the minimal value of the economic benefit and the compensation value there is a direct cause-effect relationship [...] Therefore, those who pay compensations [by exceeding their quota] have an economic benefit, at least, equal to the total amount of compensations they paid” (cf. Judgment, pp. 97 and 100), and *“if [the firm which paid compensations] endured, during seven years, in an agreement which forced it to pay annual compensations to the other parties [...] that is because what [it] paid [as compensations] allowed it, even in that way, to gain in a market whose underlying uncertainty was strongly limited by the agreement, being certain that such limitation cannot be dissociated from the obtained gains”* (see Judgment, p. 100).

Moreover, in consonance with the PCA, the LCC considered irrelevant for reducing the economic benefit value the fact that the cartel members had not effectively paid due compensations, concluding that:

“In fact, when not effectively paying due compensations, the infringing party has an additional economic benefit: it obtains the agreement’s benefits increased by the amount it should have paid but did not” (cf. Judgment, p. 101).

The economic analysis related to economic benefit calculation was presented in Court (LCC) by the PCA, not only through its written reply to the firms’ appeal (which contained a further economic analysis proposed by one of the defendants, counter-arguing the PCA’s economic benefit methodology), but also by means of testimonial evidence of PCA economic experts. PCA experts presented economic reasoning in a complete but intuitive way, resorting to a simplified, although not less rigorous, language.

16 First, the LCC did not consider the economic value for 2004 and second, according to the Court, the PCA should not have updated, as she did, the economic benefit value to current prices of the last relevant year (2004), by using the general inflation index cumulated over the period 1998-2004.

17 Only the Portuguese version of both the two Instances’ decisions is available and authentic. Translations are our own.

3.3. Second Instance Court (LCA)'s Decision

In its decision of 7 November 2007, the LCA confirmed the first instance's decision, corroborating, in particular, the reasoning behind the PCA methodology to calculate the economic benefit. In particular, on this latter, the LCA stated that:

“In what concerns the existence and value of the economic benefit (if the latter cannot, at least in part, be considered a factual finding and is, for that reason, not subtracted from this court's assessment), it must be noted that the amount received as a compensation by the parties selling below their quotas [...] effectively represents a benefit (the minimal benefit, as stated in the [first instance's] judgment [and in the PCA decision]) which those parties would not have received if the cartel would not have been constituted. Therefore, that benefit must be considered as a factor in the determination of the fine.” (cf. Judgment, p. 40)

The LCA thus points out the extent to which the assessment of economic evidence may go beyond the factual scope. This allows it, in case of appeal, to be subject to the additional legal assessment of a second jurisdictional instance, although the LCA did not deliver a conclusive answer on this issue.

4. FINAL COMMENTS

The enforcement of competition law is intertwined with economic analysis, which is increasingly complex in all areas. Therefore, although economic evidence might not always be successful in Courts, there is a clear trend for the assessment of competition cases and the respective appeals before the Courts to rely increasingly on economic analysis. Because Judges and Public Prosecutors, like other legal experts in general, may still lack, in more complex cases, sufficient economic expertise to clearly decide on which type of economic evidence to rely on, the challenge for competition agencies and appealing parties is to present economic reasoning in a sufficiently simple and intuitive, but not less precise and rigorous way in Court.

The fact that lawyers and economists work as a team within competition agencies has undoubtedly contributed to a better mutual understanding of each other's thinking and scientific languages. In Portugal, this experience has produced positive results, as shown by the salt cartel case. The salt cartel case is an important example which demonstrates that the use of economic evidence may be successful in Courts. Indeed, the simplified language and

the strong underlying intuition of the used economic analysis have been, perhaps, the main reasons why this case was so well accepted by the two Portuguese review Courts of competition cases. Nevertheless, the underlying intuition of this case's economic analysis was only possible given the substantial information that was collected during its investigation. Without such information, perhaps a more complex econometric methodology would have been required, the explanation of which might not have been of such an intuitive nature.

REFERENCES

ABRANTES-METZ, Rosa M., FROEB, Luke M., GEWEKE, John F. & TAYLOR, Christopher T.

2006 "A variance screen for collusion", *International Journal of Industrial Organization*, 24(3), pp. 467-486.

ABRANTES-METZ, Rosa M. & FROEB, Luke M.

2008 "Competition Authorities are Screening for Conspiracies: What are they Likely to Find?", *The American Bar Association Section of Antitrust Law Economics Committee Newsletter*, March 2008.

CHAPSAL, Antoine & SPECTOR, David

2009 "What can be learnt from econometric studies in cartel cases", *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, No. 1-2009, pp. 42-45.

DAVIS, Peter & GARCÉS, Eliana

2010 *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton/Oxford: Princeton University Press.

ITALIANER, Alexander

2010 "Opening address: The interplay between law and economics", available from: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2010_09_en.pdf [accessed: 26.05.2011].

LIANOS, Ioannis

2010 “Judging’ Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation: A European View” in Lianos, Ioannis & Kokkoris, Ioannis (eds.), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, The Netherlands: Kluwer Law International, pp. 185-321.

MARIANO PEGO, José Paulo Fernandes

2007 *O Controlo dos oligopólios pelo Direito comunitário da concorrência – A posição dominante colectiva*, Coimbra: Almedina.

MOTTA, Massimo

2004 *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.

OECD

2006 Global Forum on Competition, *Roundtable discussion on prosecuting cartels without direct evidence of agreement*, Aide Mémoire, No. DAF/COMP/GF/M(2006)1, 08.02.2006.

APPENDIX – MATHEMATICAL PROOF OF THE ECONOMIC BENEFIT IN THE PORTUGUESE “SALT CARTEL” CASE

Given the evidence provided by the case proceedings, on:

- (i) The four cartel members’ effective annual sales (in tons of salt), denoted by q_i for firm i , over the period 1998-2004;
- (ii) The four firms’ target sales quota, denoted by q_i^* for firm i , discriminated between the two families of customers (industry and food distribution), that each firm should satisfy at the end of each year;
- (iii) The unitary compensation value (k), discriminated between the two families of customers; and, finally, the fact that
- (iv) At the end of each year, firm i pays a total compensation (in €) equivalent to $k(q_i - q_i^*)$ in case she sells above her quota ($q_i > q_i^*$) or receives that same amount in case she sells below her quota ($q_i < q_i^*$),

It was straightforward to show that the minimal value of the economic benefit (henceforth “EB”) each firm got from the cartel differs depending on whether a firm sells above or below her quota, being favorable to firms selling above their quota. Whilst a firm selling below her quota, gets always the compensation value (her minimal EB), a firm selling above her quota benefits from her increasing sales (above her quota) discounted by the compensation she pays to the remaining cartel members. Since this firm knows that she must pay compensations to the remaining cartel members, this implies that what she receives from selling above her quota must be more than enough for her to be willing to pay the compensation for the remaining cartel members. We prove how hereafter.

As referred in the text, from the collected information on the four firms’ sales during the time the cartel lasted and the respective compensation values, it was possible to compute the minimal EB value, which, when cumulated across all the four infringing parties, amounted to around €M 5.2 during the seven years period, 1998-2004.

Consider, first, the determination of the unitary EB in a given year, denoted by m_i for firm i (*i.e.*, the unitary margin firm i obtained from the cartel in addition to what she would have obtained absent the cartel). Theoretically, m_i equals the mark-up differential between the observed antitrust behavior

(cartel) and the unobserved state of a competitive market (in oligopoly) absent the cartel.

Given the time the agreement lasted, during at least a seven years period (1998-2004), should there had been no compensation scheme, firm i would have got a total (annual) EB equal to $m_i q_i$. Given compensations, this latter amount is increased by $k(q_i^* - q_i)$ in case she sold below her (target) quota and cut by $k(q_i - q_i^*)$ in case she exceeded her quota. Mathematically, this means that the (annual) EB is, in general, given by:

$$EB_i = m_i q_i - k(q_i - q_i^*), \quad (1)$$

In case firm i satisfied her quota ($q_i = q_i^*$), she would not have received or paid any compensation and had thus:

$$EB_i^* = m_i q_i^* \quad (2)$$

Firms selling below their quota always received, at least, the compensation $k(q_i^* - q_i)$, albeit not selling ($q_i = 0$). Such firms had thus always an incentive to cooperate *i.e.*, to sustain the agreement.

Yet, *ab initio* when setting the agreement and at the beginning of each year, cartel members ignored how the market would have cleared at the end of the year and thus whether they would have met their quota, *i.e.* whether or not they would have had to pay a compensation. Therefore, the existence and the sustainability of the agreement (during, at least, seven years) implied that the benefit each cartel member got by exceeding her quota covered, at least, the benefit she would have obtained should she had satisfied her quota.

In other words, expressions (1) and (2) above must, at least, be equal, namely:

$$[m_i q_i - k(q_i - q_i^*)] \geq m_i q_i^* \quad (3)$$

i.e.,

$$(m_i - k)(q_i - q_i^*) \geq 0, \quad (4)$$

Given that, as afore referred, this constraint only mattered for firms exceeding their quota ($q_i > q_i^*$), expression (4) was satisfied for these firms if and only if,

$$m_{(q>q^*)} \geq k, \quad (5)$$

In other words, a *sine qua non* condition for the agreement to last (as it has lasted), *ab initio* when it was established (in October 1997) and *a posteriori* given its duration (up to January 2005), was that the EB each firm retrieved from one ton of salt (m) covered, at least, what she was prepared to pay as compensation (k) for that same quantity (in case she exceeded her quota).¹⁸

Given the result in (5), it follows from expression (1) above that the EB a firm exceeding her quota retrieved from the cartel was, *at least*, equal to:

$$EB_{(q>q^*)} = kq_i - k(q_i - q_i^*) = kq_i^* \quad (6)$$

Whilst result in (2) above ensures that $m_i > 0$ (for all i), as a firm selling below her quota received always, at least, the compensation, it is irrelevant for her the way her m_i is determined. In other words, whilst result in (5) above holds for firms exceeding their quota, firms which sold below their quota might have an unitary EB (m) satisfying the condition " $0 < m_i < k$ ", the EB they retrieved from the cartel would always be, at least, equal to the value of their compensation, namely

$$EB_{(q<q^*)} = k(q_i^* - q_i), \quad (7)$$

Q.E.D.

¹⁸ It might be argued that in order to ensure the cartel's sustainability, optimally m should equal k . However, it is not plausible that a cartel member would accept to only get from the agreement exactly what it would have paid as compensation for each ton of salt sold above its quota (m being the unitary EB, for each ton of salt sold).

A APLICAÇÃO DA LEI DA CONCORRÊNCIA ÀS DECISÕES DE ASSOCIAÇÕES DE EMPRESAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

*João Pateira Ferreira**

ABSTRACT: Following in the footsteps of established European case-law, the Lisbon Commercial Court has set a relatively stable and sound framework for the assessment of decisions by associations of undertakings under the Portuguese competition law. While a new Competition and Regulation Court for first instance judicial review of the Competition Authority's decisions is created, we set about to revisit the Lisbon Commercial Court's jurisprudence on the subject; indeed, decisions by trade or professional associations have been subject to intense review by the Portuguese Competition Authority, and remain the field where most infringements to Portugal's 2003 Competition Law have been found.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. As associações de empresas e o Direito da concorrência. Enunciado das questões fundamentais. III. O conceito de associação de empresas. III.1. A empresa como *conditio sine qua non* da associação de empresas. III.2. As ordens profissionais como associações de empresas no Direito europeu da concorrência. III.2.1. As ordens profissionais na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa. IV. O conceito de decisão de associações de empresas. IV.1. Enquadramento geral. IV.2. A aplicação do conceito pelo Tribunal do Comércio de Lisboa. V. Conclusão.

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Jurista da Autoridade da Concorrência. As posições expressas no presente artigo são da exclusiva responsabilidade do autor e não representam necessariamente as posições da Autoridade da Concorrência.

A título cautelar, o autor sublinha que, por via das suas funções na Autoridade da Concorrência, pode ter um conhecimento dos processos citados que ultrapassará o que resulta da leitura das sentenças judiciais referidas ao longo do texto; não obstante, os seus comentários e observações incidirão, exclusivamente, sobre o teor dessas decisões judiciais ou de outros documentos de conhecimento público.

I. INTRODUÇÃO

“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible, indeed, to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary.”

ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth Of Nations*, Livro I, Capítulo X, par. 82.

A *Ordem dos Médicos*, a *Associação dos Agentes de Navegação de Portugal*, a *Ordem dos Médicos Veterinários*, a *Associação dos Industriais da Panificação de Lisboa*, a *Ordem dos Médicos Dentistas* e a *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* são algumas das entidades associativas consideradas “associações de empresas” pelo Tribunal do Comércio de Lisboa¹, no âmbito da apreciação judicial das decisões da Autoridade da Concorrência de aplicação do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (a Lei da Concorrência), disposição que proíbe decisões de associações de empresas, “*qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional*”, em termos em tudo idênticos aos previstos no artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)².

¹ No que respeita à aplicação das regras da concorrência em Portugal, o artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência) consagra que “*das decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa*”, continuando o esforço de (relativa) especialização do controlo judicial das decisões administrativas de aplicação das regras da concorrência, iniciada em 1999 com a alteração do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro (pela Lei n.º 3/99, de 3 de Janeiro, a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), que determinou que “*das decisões do Conselho da Concorrência cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa*” (cabendo até então recurso para o Tribunal Judicial da comarca de Lisboa).

² Recorde-se que o efeito directo do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e o sistema de aplicação descentralizada das regras europeias de defesa da concorrência estabelecido pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO L 001, 2003, determina que os tribunais (e demais autoridades) nacionais são obrigados a verificar o preenchimento dos requisitos de aplicação desta norma, designadamente a afectação do comércio entre os Estados-membros (cf., quanto a este ponto, as Orientações da Comissão sobre o conceito

No presente artigo, discutimos a aplicação do artigo 4.º às diversas “*formas institucionalizadas de cooperação*” empresarial³, incidindo nas decisões judiciais adoptadas a partir da “modernização” do Direito nacional da concorrência em 2003⁴, por entendermos que o conhecimento da aplicação da Lei da Concorrência pelos tribunais é fundamental para compreender o processo de consolidação do Direito da concorrência em Portugal, tornando-se tão mais premente – neste, como noutros domínios do Direito da concorrência – no momento em que se assiste à criação do *Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão*, e à já anunciada intenção de promover a revisão do actual quadro jurídico concorrencial⁵.

Se o principal objectivo deste estudo ficou já definido, iremos também enquadrar a jurisprudência nacional no contexto europeu (ou “comunitário”) em que a aplicação do Direito da concorrência pelas autoridades nacionais se insere. De facto, a aplicação descentralizada do Direito europeu da concorrência implica uma osmose entre os quadros referenciais de aplicação do Direito nacional e europeu da concorrência, decorrente do envolvimento das autoridades nacionais na aplicação do Direito europeu (suportada pelos mecanismos do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁶) e, principalmente, pelo

de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101, 2004, p. 7). Sobre a aplicação descentralizada do Direito europeu da concorrência, cf. Moura e Silva, 2000 e Moreira, 2006.

3 Cf. Opinião do Advogado-Geral Philippe Léger, de 10 de Julho de 2001, no processo C-309/99, *Wouters*, par. 62.

4 Ainda ao abrigo do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, é de sublinhar a Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 9 de Março de 2001, que confirmou a decisão condenatória do Conselho da Concorrência dirigido à então Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas (a primeira dirigida a uma associação de empresas), e que seria confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 5 de Fevereiro de 2002, proferido no processo n.º 7050/001. Para uma panorâmica geral das questões relacionadas com “modernização” do Direito português, intrinsecamente relacionadas com a modernização do Direito europeu da concorrência, cf. Moura e Silva, 2008: 41-44 e 61-84, Mendes Pereira, 2009: 12 ss., Cruz Vilaça, 2006: 12 ss., Morais, 2006a: 551 ss. e 2006b.

5 Este tribunal especializado foi criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, tendo por competência “*conhecer das questões relativas ao recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contra-ordenação legalmente susceptíveis de impugnação*”, da Autoridade da Concorrência, Autoridade Nacional de Comunicações, do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliário, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, do Instituto de Seguros de Portugal e “*das demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão*” (cf. artigo 2.º). A revisão do quadro legislativo nacional em matéria de concorrência foi assumida pelo Estado português no âmbito do *Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, de 17 de Maio de 2011.

6 Cf., em esp., os arts. 14.º a 16.º.

extenso *acquis* jus-concorrencial europeu, impondo os princípios fundamentais do Direito da União Europeia uma obrigação de interpretação *quase* indiferenciada das normas substantivas de concorrência nacionais e da União Europeia⁷.

Finalmente, a aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência às manifestações de vontade colectiva em que se traduzem as decisões de associações de empresas permite, tal como em relação aos demais tipos de coordenação empresarial nele previstos, abordar um vasto conjunto de problemas jus-concorrenciais; o escopo deste artigo será necessariamente mais limitado, procurando apenas concretizar o conceito de “decisão de associação de empresas”. Assim, concentraremos a nossa atenção nas questões relativas à caracterização das “associações de empresas”, com vista à identificação dos actos passíveis de qualificação como “decisões”, afinal os elementos distintivos desta prática em relação às restantes tipologias de coordenação empresarial previstas e proibidas na Lei da Concorrência, os acordos *tout court* e as práticas concertadas.

II. AS ASSOCIAÇÕES DE EMPRESAS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA. ENUNCIADO DAS QUESTÕES FUNDAMENTAIS

O *rationale* da proibição das decisões de associações de empresas que, entre nós, mantém-se substancialmente inalterada desde 1983⁸, consiste na garantia de efeito útil da proibição da coordenação de comportamentos empresariais, permitindo abranger não apenas as situações em que as empresas coordenam os seus comportamentos entre si, actuando de forma concertada ou definindo um plano de acção comum no mercado (caso das práticas concertadas e dos acordos), como através de uma *proxy*, ou seja, de uma estrutura ou organização autónoma das empresas que a constituem, desde que as manifestações de

7 O que é reconhecido pelas próprias instâncias judiciais nacionais: “a fonte deste preceito [artigo 4.º da Lei da Concorrência] é, claramente e de forma quase repetitiva o já citado artigo [101.º] do Tratado, que tem sido objecto de intenso labor por parte da Comissão, do TPI e do TJ, o qual terá, evidentemente, que ser tido em conta na interpretação e aplicação do artigo 2.º. Pode afirmar-se com segurança que, com as devidas adaptações, é, no caso, às orientações da Comissão e decisões desta e dos Tribunais Comunitários que deve ir buscar-se a integração da norma. Os conceitos são os mesmos e têm sido intensamente trabalhados e estudados e valem para o nosso direito interno como para o direito comunitário” (Tribunal de Comércio de Lisboa, Sentença de 12 de Janeiro de 2006, *Ordem dos Médicos Veterinários*, processo 1302/05.5TYLSB, p. 17). A título de exemplo mais recente, onde se reproduz a mesma noção de *identidade formal e substancial* das normas nacionais e europeias em matéria de proibição de restrições concorrenciais, cf. a Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 29 de Abril de 2011, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, processo 938/10.7TYLSB, p. 35.

8 Cf. art. 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro.

vontade colectiva tenham o objecto ou efeito de condicionar ou alinhar os comportamentos individuais dessas mesmas empresas no mercado em que operam⁹.

As associações empresariais não são proibidas enquanto tal; pelo contrário, podem assumir um importante e relevante papel, servindo como fóruns de representação dos interesses das empresas perante poderes públicos e privados; podem também assumir importantes funções de auto-regulação, na definição de boas práticas e padrões de qualidade, ou mesmo condições de prestação de uma determinada actividade reconhecida como sendo de interesse público, sendo especialmente importantes, *v.g.*, no âmbito das profissões liberais¹⁰.

Os problemas surgem quando as actividades por si desenvolvidas redundam em restrições concorrenciais, quando as empresas instrumentalizam ou beneficiam das condições de reunião, troca de informação e discussão de questões de interesse comum, oferecidas pelas associações, para coordenarem comportamentos no mercado; nesse caso, as associações estarão envolvidas em condutas objectivamente restritivas da concorrência, como a fixação de preços, ou outras que, pelo contexto jurídico e económico em que se desenvolvem, apresentam um risco potencial de afectação do contexto concorrencial em que uma determinada actividade económica deve ser realizada¹¹. Em qualquer uma daquelas circunstâncias estaremos necessariamente perante uma violação das regras de defesa da concorrência, imputável à própria associação¹².

9 Moura e Silva, 2008: 386.

10 Cf. OCDE (2008), e a Comunicação da Comissão “*Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais*”, COM (2004) 83 final, de 9 de Fevereiro de 2004 (adiante, o “*Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais*”).

11 Cf. OCDE, 2008: 8: “*trade associations remain by their very nature exposed to antitrust risks, despite their many pro-competitive aspects. Participation in trade and professional associations’ activities provide ample opportunities for companies in the same line of business to meet regularly and to discuss business matters of common interest. Such meetings and discussions, even if meant to pursue legitimate association objectives, bring together direct competitors and provide them with regular opportunities for exchange of views on the market, which could easily spill over into illegal coordination. Casual discussions of prices, quantities and future business strategies can lead to agreements or informal understandings in clear violation of antitrust rules. It is for this reason that trade associations and their activities are subject to close scrutiny by competition authorities around the world.*” Quanto ao conceito de restrições concorrenciais restritivas pelo seu objecto ou efeito, cf. Morais, 2009.

12 Cf. Leibowitz, 2005: “*So much for the good part of trade associations, the bad part of trade associations is cartels. Unlike the good and the ugly aspects of trade associations, there really is nothing legally ambiguous about cartels. They are always bad.*”

Assim, “o conceito de associação de empresas assume uma função especial no artigo [101.º, n.º 1] do Tratado. Tem por objectivo evitar que as empresas possam furta-se às regras da concorrência devido apenas à forma segundo a qual coordenam o seu comportamento no mercado. Para garantir a efectividade deste princípio, o artigo [101.º, n.º 1] abrange não apenas as modalidades directas de coordenação de comportamentos entre empresas (os acordos e as práticas concertadas), mas também as formas institucionalizadas de cooperação, quer dizer, as situações em que os operadores económicos agem por intermédio de uma estrutura colectiva ou de um órgão comum”¹³.

O objectivo da proibição é o mesmo quer se trate de um acordo, de uma prática concertada ou de uma decisão de associação de empresas: garantir que os operadores económicos determinam livremente a sua actuação no mercado¹⁴, procurando abranger manifestações de cooperação empresarial restritivas da concorrência no mercado com maior ou menor grau de sofisticação e formalização¹⁵; finalmente, a distinção entre acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas não pretende criar barreiras formais entre diversos tipos de comportamentos eventualmente abrangidos pela proibição, mas sim incluir todas as formas possíveis de coordenação empresarial¹⁶.

Aqui chegados, importa determinar os elementos diferenciadores das condutas qualificáveis como “decisões de associações de empresas”: desde logo, o elemento nuclear é a existência de uma “associação”, entendida como uma estrutura organizacional autónoma das empresas que a constituem, tendo por objecto a discussão e representação comum dos seus interesses. A forma jurídica, o estatuto e a natureza dessa estrutura são irrelevantes, interessando outrossim a qualificação dos elementos pessoais que a compõem como

13 Opinião do A-G Léger no processo *Wouters*, cit., par. 62.

14 Cf. Orientações da Comissão relativas à aplicação do 81.º, n.º 3, do Tratado CE. Quanto à (re)afirmação do princípio da autonomia empresarial enquanto *leitmotiv* da tutela da concorrência no Direito da União Europeia, cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo C-8/08.

15 Permitindo imputar às próprias associações empresariais os comportamentos dos seus membros. Cf. *Faul & Nikpay*, 2007: par. 3.102. No mesmo sentido, Mendes Pereira, 2009: 90.

16 Cf., em esp., os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, nos processos apensos C-40 a 48/73, 50/73, 54 a 56/73, 111, 113 e 114/73, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA e o. c. Comissão*; de 8 de Novembro de 1983, *IAZ International Belgium NV e o. c. Comissão*, processos apensos 96 a 102, 104, 105, 108 e 110/82; de 31 de Março de 1993, nos processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e o. c. Comissão*; de 4 de Junho de 2009, *T-Mobile*, cit.

“empresas”, e o facto de tal estrutura prosseguir fins relacionados com as actividades económicas desenvolvidas por tais empresas.

Em segundo lugar, haverá que apurar o que se entende por “decisão”. Os exemplos da jurisprudência da União Europeia nesta matéria são vastos e, como veremos, a jurisprudência nacional tem também concluído pela verificação de “decisões” no âmbito de condutas associativas muito díspares entre si; aqui seremos confrontados com uma noção *funcionalista* do conceito de decisão que, ultrapassando a necessidade de apurar efectivamente os processos internos de tomada de posição ou a sua obrigatoriedade, de facto ou de direito, para os destinatários, procura determinar se a mesma tem por objecto ou como efeito influenciar ou determinar o comportamento das empresas associadas no âmbito das actividades económicas por si desenvolvidas¹⁷.

Importa, contudo, ressaltar duas questões: a determinação dos comportamentos imputáveis directamente às empresas ou à associação não é uma operação que possa conduzir a resultados fungíveis, quando os requisitos de preenchimento da conduta típica (não obstante o objectivo comum da proibição) são distintos. Até por questões de imputação e responsabilização subjectiva, podemos verificar condutas eventualmente restritivas da concorrência que deverão ser analisadas como um acordo ou uma prática concertada, e não como uma *decisão da associação* eventualmente envolvida¹⁸; por outro lado, a qualificação dos elementos subjectivos que compõem uma associação como “empresas” não é condição suficiente para a sua submissão às regras de concorrência, como veremos adiante a propósito do enquadramento especial das ordens profissionais.

Finalmente, a própria associação poderá ser considerada como uma empresa, para efeitos de imputação de condutas qualificadas pelos artigos 4.º e 6.º da Lei da Concorrência (e artigos 101.º e 102.º do TFUE) como *acordos*, *práticas restritivas* ou *abusos de posição dominante*, mas não é necessário, nem sequer relevante, determinar se a referida associação está directamente envolvida em actividades económicas para ser abrangida pela proibição das “*decisões*”

17 Quanto à caracterização *funcionalista* dos elementos que constituem as condutas proibidas pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE e do artigo 4.º da Lei da Concorrência, designadamente quanto às decisões de associações de empresas, cf. Jones & Sufrin, 2008: 146 ss., Whish, 2008: 97 ss., Korah, 2007: 40 ss. Por todos, cf. Morais, 2009.

18 Podendo concluir-se, por exemplo, por um *acordo entre empresas* e uma *decisão de associação de empresas*, em relação a um conjunto de condutas restritivas da concorrência que sejam imputáveis, simultaneamente, às empresas e à associação. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Julho de 1989, *SC Belasco e o. c. Comissão*, processo 246/86.

de associações de empresas restritivas da concorrência”); dito de outro modo, não é necessário que a associação seja simultaneamente uma empresa para que as disposições da Lei da Concorrência e do TFUE lhe sejam aplicáveis¹⁹.

III. O CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO DE EMPRESAS

III.1. A empresa como *conditio sine qua non* da associação de empresas

Desde a entrada em funções da Autoridade da Concorrência, o Tribunal do Comércio de Lisboa foi confrontado com várias decisões condenatórias tendo por base condutas ou comportamentos restritivos da concorrência imputados a associações empresariais e de profissionais liberais²⁰.

Ao proibir as decisões de associações com objecto ou efeito restritivo da concorrência, o legislador reconhece implicitamente que a possibilidade – *rectius*, a liberdade – de as empresas se reunirem e associarem para discussão de questões de interesse e representação comum constitui um incentivo natural à coordenação de comportamentos no mercado, precisamente por se tratar de um contexto institucional apropriado para o desenvolvimento de estratégias comerciais comuns, definição de barreiras de acesso ao mercado, monitorização e sancionamento de comportamentos desviantes de tais estratégias²¹; em bom rigor, as associações de empresas podem agir como verdadeiros “cartéis” institucionalizados e organizados desde a sua constituição²²,

19 De facto, a inclusão das associações de empresas no escopo de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE não implica que estas desenvolvam directamente actividades económicas, uma vez que nesse caso estarão desde logo abrangidas enquanto “empresas”. Por isso, uma associação de empresas poderá ser responsabilizada não apenas pelas “decisões” que adopte enquanto tal, mas também pelas práticas por si desenvolvidas enquanto “unidade económica”, ou seja, enquanto empresa. Cf. Odudu, 2006: 52 ss.

20 A primeira decisão condenatória da Autoridade da Concorrência dirigida a uma associação de empresas data de 2005 (cf. comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 7/2005, de 12 de Julho de 2005), tendo por destinatário a Ordem dos Médicos Veterinários. À data em que escrevemos o presente artigo, a última decisão condenatória da Autoridade relativa a uma decisão de associação de empresas, e já objecto de apreciação judicial, data de 2010, destinada à Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (cf. comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 6/2010, de 18 de Maio de 2010). Pendente de recurso judicial encontra-se ainda a decisão condenatória da Autoridade dirigida à Associação Nacional das Empresas de Parques de Estacionamento (cf. comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 1/2011, de 19 de Janeiro de 2011).

21 “The costs of establishing and enforcing a cartel can be facilitated if there exists an easy way for firms to meet and co-ordinate their activities without raising the attention of competition authorities. One such mechanism is via the establishment of a trade association”. Cf. Bishop & Walker, 2010: 173 ss.

22 Decisão da Comissão Europeia 80/917, de 9 de Julho de 1980, *National Sulphuric Acid Association*.

podendo as empresas nelas associadas encontrar nesse ambiente institucional o meio perfeito para coordenarem os seus comportamentos no mercado²³.

Para que estas disposições possam ser aplicadas a quaisquer estruturas ou organizações associativas, importa desde logo determinar se os elementos subjectivos que as constituem são “empresas” para efeitos de aplicação do Direito da concorrência.

A noção de “empresa” em Direito da concorrência merece amplo consenso, assentando na identificação de um elemento subjectivo (uma organização de meios) e objectivo (a prossecução de uma actividade económica, ou seja, da oferta de bens e serviços num determinado mercado), independentemente da forma assumida e do fim, lucrativo ou não, que prossiga²⁴; como tal, o conceito jus-concorrencial de empresa não depende da caracterização jurídico-formal de uma entidade, mas sim da existência de uma estrutura de meios (dos recursos físicos ou humanos necessários ou adequados à realização da actividade) organizados para a prossecução de uma determinada actividade económica, e na autonomia decisória ou comportamental, ou seja, na capacidade de determinação autónoma das condutas necessárias ao desenvolvimento da actividade económica em causa. Assim, para além dos exemplos típicos de actividades comerciais ou empresariais, também os clubes de futebol, cooperativas e profissionais liberais²⁵, como médicos, advogados ou revisores de contas, ao desenvolverem uma actividade económica podem ser qualificados como empresas.

No caso das associações, e por estarmos perante uma cooperação institucionalizada (*i.e.*, através de uma entidade autónoma das empresas que a constituem), a jurisprudência da União Europeia define os elementos e requisitos que permitem a caracterização de uma entidade como “associação de empresas”, ressalvando a flexibilidade exegética imposta pelo caso concreto: desde

23 Tome-se, a título de exemplo, o conjunto de condutas adoptadas no âmbito da *Société Coopérative des Asphalteurs Belges*, descritas no Acórdão do Tribunal de Justiça *Belasco*, cit.

24 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macroton GmbH*, processo C-41/90, onde se fixou que o conceito de empresa abrange “qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento” (par. 21), e os Acórdãos subsequentes, de 19 de Janeiro de 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, processo C-346/94 e de 18 de Março de 1997, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova SpA*, processo C-343/95. Cf. ainda *Morais*, 2006a: 331 ss. e 2009: 17 ss., *Mendes Pereira*, 2009: 68 ss. e *Moura e Silva*, 2008: 230 ss.

25 Cf., entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 18 de Junho de 1998, *Comissão c. Itália*, processo C-35/96, e de 12 de Setembro de 2000, *Pavel Pavlov e o. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, processos apensos C-180 a C-184/98.

logo, o conceito de “associação” deve ser analisado casuisticamente, tendo em conta os objectivos e actuação dessa entidade²⁶, e não a forma ou estatuto jurídico que possa assumir, a sua natureza pública ou privada, a composição dos órgãos da sua estrutura ou outros, podendo abranger cooperativas, associações empresariais, associações profissionais com poderes de regulação e associações de associações²⁷, independentemente do seu eventual envolvimento directo em actividades económicas: importa sim que a associação em causa seja composta por empresas que desenvolvam, em geral, a mesma actividade, e que represente os interesses dessas empresas (ou do sector em que se inserem) perante outros operadores económicos, o Estado e demais entidades públicas e os consumidores em geral.

Como tal, a qualificação de uma determinada organização de tipo associativo enquanto “associação de empresas” dependerá da verificação cumulativa de um elemento *subjectivo*, tratando-se de um conjunto de empresas agrupadas numa organização com a finalidade de representação dos associados, e de um elemento *objectivo*, sendo caracterizada (necessária mas não exclusivamente) como um instrumento da manifestação da vontade dos seus membros, susceptível de condicionar, coordenar ou determinar o seu comportamento no âmbito da actividade económica por si desenvolvida; caso ambos os elementos estejam reunidos, estaremos perante uma associação de empresas na acepção do artigo 4.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, estando as suas condutas e actividades, enquanto eventuais “decisões”, sujeitas à apreciação jus-concorrencial.

Entre nós, a qualificação de determinados profissionais liberais como empresas, para efeitos da submissão das respectivas associações profissionais ao Direito da concorrência, mereceu acolhimento pelo Tribunal de Comércio de Lisboa em processos que tiveram origem em decisões condenatórias da Autoridade da Concorrência dirigidas à Ordem dos Médicos Dentistas²⁸,

26 Cf. a Opinião do A-G Léger no processo *Wouters*, cit.: “regra geral, a associação agrupa empresas do mesmo ramo e encarrega-se de representar e de defender os seus interesses comuns em relação aos outros operadores económicos, aos organismos governamentais e ao público em geral” (par. 61).

27 Cf. Decisões da Comissão Europeia 95/188, de 30 de Janeiro de 1995, *Coapi*, e 86/595, de 26 de Novembro de 1986, *Meldoc*, e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *J. C. J. Wouters e o. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, processo C-309/99.

28 Cf. Sentença de 14 de Dezembro de 2005, no processo 1307/05.6TYLSB, *Ordem dos Médicos Dentistas: “os médicos dentistas inscritos na OMD são operadores económicos que prestam serviços num determinado mercado (da saúde oral), podendo exercer essa actividade de forma dependente ou independente, auferindo uma remuneração pelos serviços que prestam. Consequentemente, é manifesto que os médicos dentistas,*

à Ordem dos Médicos Veterinários²⁹, à Ordem dos Médicos³⁰ e à Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas³¹. Pela sua natureza, menos dúvidas foram suscitadas em relação aos agentes de navegação³², aos transportadores rodoviários de mercadorias³³ ou aos industriais de panificação e pastelarias³⁴, onde a relação causal entre a existência de uma estrutura associativa que congrega

enquanto profissionais liberais, exercem uma actividade económica e constituem empresas na acepção do citado artigo 2.º (pp. 20-21).

29 Cf. Sentença de 12 de Janeiro de 2006, no processo 1302/05.5TYLSB, *Ordem dos Médicos Veterinários*: “face a este quadro conclui-se que os médicos veterinários inscritos na OMV são operadores económicos que prestam serviços veterinários, de forma dependente ou independente, percebendo pela mesma uma remuneração. Assim sendo, os médicos veterinários que exercem de forma independente a sua actividade económica são profissionais liberais, cabendo, pois, na definição de empresa prevista no art.º 2, n.º 1 da Lei n.º 18/03.” (p. 19).

30 Cf. Sentença de 18 de Janeiro de 2007, no processo 851/06.2TYLSB, *Ordem dos Médicos*: “os seus associados [da Ordem dos Médicos] exercem a profissão através de actividade pública, enquanto funcionários públicos integrados no Serviço Nacional de Saúde, no qual prestam serviços a título independente 2189 médicos, enquanto profissionais liberais ou através de sociedades sujeitas ao regime e transparência fiscal, sendo seu dever exercer a actividade de acordo com as normas legais, éticas e deontológicas aplicáveis à sua actividade, nomeadamente as previstas no Código deontológico da Ordem dos Médicos. Atendendo a esta factualidade, importa considerar que os médicos associados da arguida, enquanto profissionais liberais, oferecendo serviços remunerados num mercado específico, desenvolvendo uma actividade económica, constituem empresas no sentido referido.” (p. 33).

31 Cf. Sentença de 29 de Abril de 2011, no processo 938/10.7TYLSB, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Conta*: “Os técnicos oficiais de contas prestam autónoma e onerosamente um serviço, essencialmente intelectual, num mercado, mediante remuneração. Face a este quadro, conclui-se que os técnicos oficiais de contas, inscritos na Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, são operadores económicos que prestam os seus serviços, de forma dependente ou independente, percebendo pela mesma uma remuneração; são profissionais liberais, cabendo, pois, na definição de empresa prevista no artigo 2.º, n.º 1 da Lei 18/03, de 11/6.” (p. 39).

32 Cf. Sentença de 28 de Julho de 2006, no processo 261/06.1TYLSB, *AGEPOR – Associação dos Agentes de Navegação de Portugal*: “[...] os agentes de navegação, que são associados da AGEPOR, na qualidade de operadores económicos, prestam diversos serviços especializados remunerados, no mercado específico das actividades portuárias e marítimas. Assim sendo, podemos concluir que os agentes de navegação, associados da arguida, oferecendo serviços remunerados num mercado específico, desenvolvendo uma actividade económica, constituem empresas no sentido referido. Considerando-se estas empresas, o silogismo não poderá ser outro senão o de que a AGEPOR constitui uma associação de empresas [...]” (p. 48).

33 Cf. Sentença de 23 de Junho de 2010, no processo 412/09.4TYLSB, *ANTRAM – Associação Nacional de Transportadores Públicos Rodoviários de Mercadorias*: “A Associação Nacional de Transportadores Públicos Rodoviários de Mercadorias (ANTRAM) é uma associação patronal que abrange as empresas que desenvolvam a actividade de transporte rodoviário de mercadorias [...] As empresas que exercem a actividade de transporte rodoviário de mercadorias podem ser associadas da arguida e são operadores económicos que prestam serviços. Logo a arguida é uma associação de empresas.” (p. 23).

34 Cf. Sentença de 25 de Junho de 2010, no processo 178/09.8TYLSB, *A IPL – Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa*: “Atenta a descrição do objecto estatutário da Associação Arguida, bem como o enquadramento dos seus associados – produtores e/ou vendedores de pão e outros produtos de pastelaria e panificação, para comercialização num determinado mercado – é claro o enquadramento dos associados da Arguida como empresas para efeitos da aplicação da Lei n.º 18/2003 e, em sequência, da Arguida como associação de empresas.” (p. 34).

empresas como associados e a qualificação dessa estrutura como *associação de empresas* foi determinada de forma quase imediata pelo Tribunal.

Em todas estas ocasiões a cumulação dos elementos subjectivo e objectivo que referimos *supra*, em especial no que respeita à ligação *umbilical* entre o conceito de empresa e o de associação de empresas, foi o resultado de um mesmo exercício *silogístico* empregue pelo Tribunal quando confrontado com manifestações de vontade de coordenação de comportamentos empresariais imputáveis a uma associação, tanto perante associações de empresas sem poderes de autoridade pública, como perante associações de profissionais liberais dotadas de tais poderes, nomeadamente poderes de regulação.

Todavia, analisados tais arestos mais atentamente, verifica-se que o percurso não é necessariamente o mesmo, preocupando-se o Tribunal, em especial no caso das ordens profissionais, em escarpelizar o objecto e finalidades de tais associações, por um lado, e as condições que presidiram à adopção da manifestação de vontade *sub judice*, por outro, como condições prévias à sua sujeição às regras de defesa da concorrência. Ou seja, o Tribunal, em particular perante associações de profissionais liberais, procura determinar se, não obstante a qualificação de tais profissionais como *empresas* não merecer dúvidas, as associações que os representam podem, ainda ser, ser consideradas associações de empresas para efeitos de aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência.

Este *iter decidendi* (pelo qual a empresa é condição *necessária*, mas não *suficiente*, para a qualificação de uma determinada associação como *associação de empresas*) é no essencial a adopção pelo Tribunal do Comércio dos parâmetros de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE às associações de profissionais liberais, consolidados nos acórdãos *Wouters* e *Arduino*³⁵, de 19 de Fevereiro de 2002. A especificidade desta matéria impõe neste contexto uma análise autónoma, ainda que sucinta, da sujeição das ordens profissionais ao Direito da concorrência.

III.2. As ordens profissionais como associações de empresas no Direito europeu da concorrência

A fronteira entre o que é uma actividade legítima da associação de empresas – muitas vezes reconduzida, com maior ou menor propriedade, ao *lobbying* – e o que constitui uma restrição concorrencial torna-se de difícil demarcação

35 Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *Manuele Arduino e o.*, processo C-35/99.

quando a associação em causa possui poderes de regulação ou ordenação da actividade económica das empresas associadas. Em especial, quando se trata de associações (ou “ordens”) de profissionais liberais, com poderes de regulação do exercício de uma determinada actividade devolvidos pelo Estado; aqui, a delimitação entre o que é ou não abrangido pelo âmbito de aplicação do Direito da concorrência ocorre a dois níveis: em primeiro lugar, na definição do que constitui uma decisão de uma associação de empresas ou uma medida imposta por uma associação dotada de poderes de autoridade pública, e na sequência do exercício de tais poderes; em segundo lugar, tratando-se de uma decisão de associação de empresas em sentido próprio, haverá que determinar quais os casos em que será necessário sujeitá-la a um juízo de proporcionalidade que procure balancear as restrições causadas à concorrência com o interesse geral prosseguido por essa medida.

A importância deste apuramento – que exige, mesmo numa análise introdutória à aplicação jurisprudencial de um conceito normativo como *decisão de associação de empresas*, a exposição dos principais parâmetros da análise jus-concorrencial das ordens profissionais enquanto associações de empresas – é evidente quando se verifica que, entre 2005 e 2010, das sete decisões judiciais do Tribunal do Comércio de Lisboa em matéria de decisões de associações de empresas, quatro dizem respeito precisamente a ordens profissionais³⁶.

Para compreender as especificidades do tratamento desta matéria, devemos considerar em primeiro lugar a natureza das actividades em causa, tratando-se de profissões, como no caso dos médicos, advogados, engenheiros, farmacêuticos ou contabilistas, onde a regulamentação pública e a auto-regulação são muito intensas, por via da obediência da prestação desses serviços a critérios de interesse geral. As regras a que tais profissões estão sujeitas impõem um código ético ou deontológico que condiciona a liberdade de cada prestador individual, em obediência ao interesse público subjacente à própria actividade, aos requisitos técnicos necessários à sua prestação e ao “bem público” que configuram³⁷.

36 Refira-se que a mais recente decisão da Comissão Europeia de aplicação do artigo 101.º do TFUE a uma associação de empresas respeita também a uma ordem profissional, no caso a *Ordre national des pharmaciens* francesa. Cf. Decisão da Comissão de 8 de Dezembro de 2010, no processo COMP/39.510 LABCO/ONP.

37 Cf. Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais, cit., p. 4: “*existem essencialmente três razões que podem justificar um determinado nível de regulamentação dos serviços das profissões liberais: a assimetria de informações entre os clientes e os prestadores de serviços, que constitui uma característica inerente aos serviços profissionais e que implica que os profissionais revelem um elevado*”

Confrontados com este enquadramento, podemos deparar-nos com duas alternativas de regulação: pelo Estado (em sentido amplo), quando é a autoridade pública que determina as condições que uma empresa ou profissional deve preencher para o exercício de determinada profissão, ou através da auto-regulação, ou seja, quando tais condições são definidas pelas próprias empresas ou profissionais, normalmente através de associações representativas constituídas para o efeito. No primeiro caso, estaremos perante uma medida estatal, em princípio não sujeita às regras de defesa da concorrência³⁸; no segundo caso, estaremos perante *acordos entre empresas, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas entre empresas* que, restringindo o acesso ou condicionando o exercício de determinada profissão ou actividade, configuram *prima facie* uma violação do artigo 101.º do TFUE ou do artigo 4.º da Lei da Concorrência.

Quando a auto-regulação por associações de profissionais resulta da devolução dos poderes do Estado³⁹, encontramos uma confluência de factores que simultaneamente explicam e justificam a aplicação do Direito da concorrência (e os seus limites), em relação às ordens profissionais: por um lado, um poder devolvido de regulação de determinada actividade económica, em obediência a princípios de interesse geral, com impacto na própria qualificação da associação (*é uma associação de empresas? é uma autoridade pública?*); por outro lado, um potencial elevado de infracção às regras da concorrência, ao confundir-se na mesma organização um poder de regulação económica com a representação dos interesses dos prestadores dessa actividade, que podem

nível de conhecimentos técnicos que os consumidores poderão não possuir; os aspectos externos uma vez que estes serviços podem ter um impacto sobre terceiros; e o facto de alguns serviços profissionais deverem produzir 'bens públicos' importantes para a sociedade em geral".

38 Não obstante as regras de concorrência do Tratado se dirigirem às empresas, também impedem que os Estados adoptem medidas que ponham em causa o seu efeito útil – neste caso, a medida estatal pode ser contrária ao artigo 101.º do TFUE; por outro lado, no âmbito da União Europeia, e em especial no âmbito das chamadas liberdades económicas fundamentais que constituem o cerne da *constituição económica europeia*, as medidas estatais podem ser configuradas como restrições à livre prestação de serviços, à liberdade de estabelecimento ou à liberdade de circulação de capitais, conforme o caso, constituindo por isso violações do Direito da União Europeia pelos Estados-membros em causa. Naturalmente, não aprofundaremos aqui esta matéria.

39 Cf. Freitas do Amaral, 2010: 366 ss. Para uma análise da problemática da sujeição das ordens profissionais – enquanto associações públicas de entidades privadas, criadas para a prossecução de fins de interesse geral, como a regulação e disciplina do exercício de determinadas actividades profissionais – ao Direito da Concorrência, pugnando *in fine* pela não aplicação das regras de defesa da concorrência, em especial das normas de cariz sancionatório, a tais associações por entender que os princípios definidos pela jurisprudência da União Europeia nesta matéria contrariam a natureza pública da actuação das ordens profissionais nacionais, cf. Sérvulo Correia *et al.*, 2010.

por essa via determinar, condicionar ou limitar o exercício de uma determinada actividade económica em benefício próprio e para lá do escopo admissível ou necessário à sua boa regulação.

Nos Acórdãos *Wouters e Arduino* o Tribunal de Justiça reconhece a natureza específica da actuação destas associações – em especial pelo papel que desempenham na regulação e definição de critérios de actuação deontológica de determinadas profissões liberais, actuando por devolução de poderes do Estado, e reconhecendo-lhes expressamente poderes de regulação e conformação da prestação de uma determinada actividade económica –, que as autonomiza das demais associações empresariais, impondo um conjunto de critérios à luz dos quais nem sempre uma associação de profissionais liberais será uma “associação de empresas”, mesmo que não esteja em causa a qualificação de tais profissionais como empresas (e como tal, a sua sujeição individual ao Direito da concorrência), e nem sempre uma decisão dessa associação, mesmo que restrinja a concorrência, deverá ser considerada proibida à luz do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE⁴⁰.

É importante notar, desde logo, o seguinte: em primeiro lugar, a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria, conforme definida nestes dois acórdãos, enquadra-se num contexto mais amplo de análise do âmbito do poder reservado aos Estados de regularem, por motivos de interesse geral, as condições de prestação de determinadas actividades profissionais nos respectivos mercados nacionais. Não é por acaso que as questões de concorrência em ambos os casos surgem *pari passu* com os limites e excepções oponíveis pelos Estados à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços, previstos no Tratado⁴¹; em segundo lugar, a jurisprudência *Wouters* deverá ser compreendida à luz da doutrina das *restrições acessórias*, ou seja, das restrições concorrenciais admissíveis por se considerarem objectivamente necessárias à prossecução ou salvaguarda de outros interesses meta-concorrenciais mercedores de tutela, e assim, inserindo-se num contexto mais amplo de

40 Como se refere no Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais, cit., p. 19, par. 71, (retomando a jurisprudência *Wouters e Arduino*), “um organismo que regula o comportamento profissional não é, contudo, uma associação de empresas se for composto por uma maioria de representantes das autoridades públicas e se estiver sujeito a critérios de interesse público previamente definidos. As normas aprovadas por um organismo profissional apenas podem ser consideradas medidas estatais se o Estado tiver definido os critérios de interesse público e os princípios fundamentais a que a regulamentação deve obedecer e se o Estado conservar o seu poder de decisão em última instância”.

41 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *Pavel Pavlov*, cit.

definição dos objectivos e limites das regras de defesa da concorrência⁴²; em terceiro lugar, e mais próximo das questões que interessam aqui analisar, as decisões do Tribunal de Justiça nos processos *Wouters* e *Arduino* são também o resultado de uma evolução na análise do papel das associações de empresas no contexto de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE a casos em que as restrições concorrenciais, a existirem, surgem por via de uma intervenção pública ou *medida estatal, i.e.*, quando estão em causa decisões das associações adoptadas na sequência de obrigações ou imposições públicas, ou de medidas públicas que têm na sua base (ou são o resultado) da influência das associações. É apenas neste contexto muito específico que esta jurisprudência pode ser compreendida.

Do que se trata, ao cabo e ao resto, é do reconhecimento do conteúdo multifuncional de tais estruturas associativas e da compreensão que muitas das actividades por si desenvolvidas não respeitam necessariamente ao âmbito de aplicação do Direito da concorrência, nomeadamente, quando actuam enquanto “autoridades públicas”, e apenas nesse estrito âmbito: assim, quando estejam em causa actividades que, pela sua natureza, pelas regras a que estão sujeitas ou que, pelo seu objecto, não digam respeito a “trocas económicas” ou que sejam desprovidas de qualquer conteúdo comercial, não será possível qualificar a associação em causa como uma “associação de empresas”, e tais actividades não poderão ser analisadas à luz das regras do artigo 101.º do TFUE⁴³; igualmente, quando se trate do exercício de prerrogativas de poder público, e a associação em causa prossiga, nos termos de um mandato legal, uma missão de interesse geral, actuando como uma autoridade pública, as regras de concorrência apenas serão aplicáveis às actividades da associação que não se insiram em tais prerrogativas⁴⁴.

42 Cf. Mendes Pereira, 2009: 113.

43 Par. 57 do Acórdão do Tribunal de Justiça *Wouters*, e demais jurisprudência aí citada.

44 *Wouters*, par. 55. Todavia, o Tribunal não deixa de condicionar o recurso a esta argumentação ao preenchimento de três requisitos adicionais: para que as regras de concorrência não se apliquem às actividades das ordens profissionais quando estas actuam na prossecução de uma missão de interesse geral conferida ou reconhecida pelo Estado, 1) O Estado deve definir os critérios de interesse geral que nortearão a conduta da ordem profissional; 2) deve definir os princípios gerais essenciais aos quais as regras impostas pela ordem profissional se devem conformar; e 3) deve preservar o seu poder de decisão em última instância (par. 68 a 69). Sobre a relevância deste acórdão na jurisprudência da União Europeia em matéria de ordens profissionais, não deixando de criticar um certo enviesamento da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE em torno de critérios de interesse público, que parecem subjacentes à jurisprudência aí firmada (em especial nos “testes” a que fazemos referência), cf. Forrester, 2006.

O cerne do Acórdão *Wouters* reside na apreciação de uma restrição concorrencial à luz do princípio da proporcionalidade: o Tribunal considerou que a Ordem dos advogados neerlandesa constituía uma associação de empresas, e que o acto em causa (a proibição da prática profissional multidisciplinar) constituía uma decisão de associação de empresas, susceptível de restringir a concorrência nos termos e para os efeitos do artigo 101.º do TFUE⁴⁵.

Todavia, uma vez preenchido o escopo de aplicação da proibição, o Tribunal acaba por introduzir um juízo de proporcionalidade para avaliação dessa restrição à luz dos interesses que a sua imposição visa acautelar, ou seja, não obstante verificar-se uma restrição concorrencial, sendo necessária para a prossecução de fins inerentes à prestação da própria actividade económica em causa, o Tribunal irá ponderar a sua compatibilidade com o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE⁴⁶, o que a Comissão qualificaria posteriormente como “*excepção Wouters*”⁴⁷.

Esta jurisprudência, não obstante não ser isenta de críticas ao introduzir um crivo de apreciação do interesse geral subjacente aos poderes delegados pelos Estados às associações de profissionais liberais para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (e não ao abrigo de um eventual balanço

45 Designadamente, porque os seus membros são eleitos apenas pelos associados, sem qualquer intervenção estatal, e porque as medidas em causa não eram adoptadas por imposição do Estado, mas apenas no interesse do exercício da profissão (par. 61 ss.).

46 Como se refere no par. 97 deste aresto, “*importa, todavia, sublinhar que qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade, que dão a necessária garantia de integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e à boa administração da justiça. Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos*”. Mais recentemente, no Acórdão de 18 de Julho de 2006, *Meca Medina c. Comissão*, processo C-519/04 P, o Tribunal de Justiça retomou esta ponderação, numa formulação mais abrangente: “*qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 81.º, n.º 1, CE. De facto, tendo em vista a aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos. Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos e se são proporcionados a esses objectivos*” (par. 42).

47 Cf. Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais, cit., p. 20, par. 74.

económico positivo nos termos do n.º 3 da mesma disposição)⁴⁸, apresenta contudo uma orientação suficientemente clara quanto à sujeição *in genere* das associações de profissionais liberais às regras de concorrência, delimitando algo finamente os domínios em que a apreciação jus-concorrencial poderá ceder perante outros interesses⁴⁹.

Se a jurisprudência definida no Acórdão *Wouters* seria determinante para a avaliação da compatibilidade entre decisões de associações de empresas restritivas da concorrência e a proibição do artigo 101.º do TFUE, haverá ainda que ter em conta a eventual natureza pública da restrição concorrencial, não obstante a mesma ser o resultado, necessário ou eventual, da intervenção de uma associação de empresas no processo que culminou com a adopção dessa restrição.

Esta questão seria objecto do Acórdão *Arduino*: neste processo, estava em causa a compatibilidade da tabela de honorários mínimos e máximos que os advogados italianos poderiam cobrar pelos seus serviços, tabela essa que seria adoptada pelo Ministério da Justiça com base numa proposta apresentada pelo *Consiglio Nazionale Forense* da Ordem dos Advogados italiana (que seria obrigatoriamente consultada sobre esta matéria)⁵⁰.

48 Esta ponderação do interesse geral na auto-regulação das profissões liberais, e os seus reflexos na aplicação do Direito da concorrência às associações representativas destes profissionais é também uma questão suscitada a nível da aplicação da Secção I do *Sherman Act*, nos Estados Unidos da América. Cf. Blumenthal, 2006: 1: “the courts have rejected arguments that markets for professional services operate differently from other markets and that the professions should be exempt from antitrust enforcement or subject to special rules. Because the professions are often subject to additional forms of governmental oversight, however, the application of traditional antitrust principles will sometimes be accepting of limited displacement of competition in furtherance of other objectives”.

49 Note-se, os interesses prosseguidos com a restrição concorrencial, e não os efeitos pró ou anti-concorrenciais eventualmente identificados que sejam o resultado da restrição, uma vez que não se verifica uma sobreposição entre o âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE e o juízo de proporcionalidade da restrição concorrencial à luz dos interesses (meta-concorrenciais) por si protegidos. De facto, resulta daqui que uma restrição concorrencial poderá ser justificada em dois tempos: um primeiro momento, quando se trata de verificar o preenchimento dos requisitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, demonstrando que a restrição da concorrência é objectivamente necessária (*inerente*) à prossecução de um objectivo meta-concorrencial merecedor de tutela; um segundo momento, que apenas será necessário caso falhe a primeira demonstração, invocando os efeitos pró-competitivos da restrição para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Cf. Relatório sobre concorrência nos serviços das profissões liberais, cit. p. 21, par. 8o.

50 Questão que seria igualmente suscitada entre nós, ainda que em *vol d’oiseau*, no processo *Agepor* (cf. *infra*).

O Tribunal, começando por recordar a responsabilidade dos Estados em assegurar o efeito útil das normas sobre concorrência dos Tratados⁵¹, conclui de seguida que “*a este respeito, o facto de um Estado-Membro confiar a uma organização profissional a elaboração de um projecto de tabela de prestações não priva automaticamente de natureza estatal a tabela finalmente estabelecida*” (par. 36), o que sucederá quando “*os membros da organização profissional podem ser qualificados como peritos independentes dos operadores económicos em causa e sejam obrigados por lei a fixar as tabelas tomando em consideração não apenas os interesses das empresas ou das associações de empresas do sector que os designou, mas igualmente o interesse geral e os interesses das empresas dos outros sectores ou dos utentes dos serviços em causa*” (par. 37).

Entendeu ainda o Tribunal que os factos do processo demonstravam que “*não se verifica que o Estado italiano tenha renunciado a exercer o seu poder de decisão em última instância ou a controlar a execução da tabela [...] por um lado, o CNF apenas está encarregado de elaborar um projecto de tabela que, enquanto tal, é destituído de força vinculativa. Na falta de aprovação pelo Ministro, o projecto de tabela não entra em vigor, continuando a aplicar-se a antiga tabela aprovada. Em consequência, o Ministro tem o poder de fazer alterar o projecto pelo CNF (...). Por outro lado, [...] prevê que a liquidação dos honorários é efectuada pelas autoridades judiciais com base nos critérios referidos [...], atendendo à gravidade e ao número de questões tratadas. Além disso, em determinados casos excepcionais, o juiz pode, através de decisão devidamente fundamentada, derrogar os limites máximos e mínimos*” (par. 40 a 42)⁵².

A jurisprudência do Tribunal firmada no Acórdão *Arduino* encontra antecedentes imediatos no Acórdão *Pavel Pavlov*, que representa o culminar da inflexão da jurisprudência relativa à aplicação das regras da concorrência aos Estados e às associações de empresas envolvidos na imposição de restrições concorrenciais através de medidas estatais⁵³, quer porque os acordos e deci-

51 Par. 25: “*existe violação dos artigos 5.º e 85.º do Tratado quando um Estado-Membro impõe ou favorece a celebração de acordos contrários ao artigo 85.º ou reforça os seus efeitos, ou retira à sua própria regulamentação a sua natureza estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção de interesse económico*”.

52 O Tribunal adoptou idêntica postura em processos mais recentes, envolvendo ainda a Ordem dos Advogados italiana. Cf. Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 17 de Fevereiro de 2005, *Giorgio Emanuele Mauri c. Ministero della Giustizia e o.*, processo C-250/03, e de 5 de Dezembro de 2006, *Frederico Cipolla c. Rosaria Portolese e Stefano Macrino e o. c. Roberto Meloni*, processos apensos C-94/04 e C-202/04.

53 Cf. os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 1985, *BNIC*, processo 123/83, de 30 de Abril de 1986, *Nouvelles frontières*, processos apensos 209 a 239/84, de 1 de Outubro de 1987, *Vlaamse*

sões de associações eram o resultado de tais medidas estatais (entendendo-se assim que o Estado promovia a violação das regras da concorrência), quer porque a delegação em empresas ou seus representantes do poder decisório relevante em matéria económica, sem balizas de interesse público definidas claramente pelo Estado, constituíam uma descaracterização da natureza estatal dessa regulamentação⁵⁴. A partir destes casos, o Tribunal concluiu pela não violação das regras de defesa da concorrência quando a restrição em causa seja o resultado de uma decisão do Estado⁵⁵, que não deixe às empresas (ou associações de empresas) qualquer margem de liberdade que lhes permita adotar um comportamento alternativo, não restritivo⁵⁶.

A jurisprudência definida na pegada dos Acórdãos *Pavlov* e *Arduino* retira da esfera de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE um conjunto de comportamentos que, até aí, nele se subsumiam. Se os motivos subjacentes a estas decisões são claros – uma decisão de uma associação de empresas que consista apenas na apresentação de uma proposta de tabela de preços à autoridade pública competente para a sua adopção, no âmbito de um processo de decisão complexo onde várias entidades sejam chamadas a intervir, não é restritiva da concorrência *per se* – não é menos certo que os resultados podem ser perniciosos⁵⁷: de facto, se a adopção de uma proposta de tabela de preços pela associação não representa uma violação das regras da concorrência, então

Reisburo, processo 311/85, de 21 de Setembro de 1988, *Van Eycke*, processo 267/86 e de 9 de Setembro de 2003, *CIF*, processo c. C-198/01.

54 Cf. Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 30 de Abril de 1986, *Lucas Asjes e o.*, processos apensos 209 a 213/84, *BNIC* cit., de 18 de Junho de 1998, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl e o.*, processo C-266/96, de 21 de Setembro de 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds textielindustrie*, processo C-67/96, e *Pavel Pavlov* cit.: nos primeiros casos, verificando-se a adopção de uma tabela de preços mínimos pelo Estado, na sequência de uma proposta apresentada pela associação profissional representativa do sector, o Tribunal concluía verificarem-se duas violações distintas: em primeiro lugar, o facto de a associação propor uma tabela de preços ou honorários mínimos constituía já uma *decisão de associação de empresas*, violadora do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE; em segundo lugar, o facto de o Estado adoptar essa tabela constituía nova violação, desta vez imputada ao próprio Estado, por pôr em causa por esta via o efeito útil das regras europeias de defesa da concorrência. Nos acórdãos *Corsica Ferries*, *Albany* e *Pavel Pavlov*, pelo contrário, o Tribunal entendeu que uma proposta de tabela de preços mínimos apresentada por uma associação a uma autoridade pública para a sua aprovação não pode ser considerada como tendo, por si só, um objecto ou efeito restritivo da concorrência.

55 Desde que não sejam determinados quaisquer elementos relativos à colusão entre empresas. Cf. os Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 17 de Novembro de 1993, *Meng*, processo C-2/91, *Ohra*, processo C-245/91, e *Reiss*, processo C-185/91, e de 9 de Junho de 1994, *Delta*, processo C-153/93.

56 Cf. Acórdão *CIF*, cit., e o Relatório sobre concorrência nos serviços de profissões liberais, cit., p. 20, par. 77.

57 Forrester, 2006 e Vossestein, 2002.

a sua adoção pelo Estado também não constituirá uma violação do seu dever de assegurar o efeito útil das regras de concorrência do Tratado (uma vez que neste caso não haveria nenhuma restrição concorrencial que pudesse ser imputada à associação, para além da proposta)⁵⁸.

O Tribunal teve oportunidade de alterar esta sua jurisprudência nos processos apensos *Cipolla* e *Macrino*, uma vez mais em torno de tabelas de honorários aprovadas nos termos da legislação italiana⁵⁹; aqui, a Comissão sugeriu a revisão da jurisprudência fixada no Acórdão *Arduino* quanto à natureza estatal das medidas em causa, propondo uma apreciação da proporcionalidade da medida à luz da sua interpretação da *exceção Wouters*, apresentada no seu relatório de 2004 sobre profissões liberais⁶⁰, o que bem se compreende: confrontada com as decisões *Wouters* (avaliação da proporcionalidade) e *Arduino* (determinação da natureza estatal de uma medida com efeitos restritivos da concorrência), a Comissão procurou em primeiro lugar delimitar a medida da avaliação da proporcionalidade, sujeitando-a a um rigoroso crivo de apreciação da invocação da proporcionalidade da restrição à luz dos interesses mercedores de tutela que essa medida, necessária e exclusivamente, visaria acautelar, e em segundo lugar, condicionar as situações em que as *restrições por via de medidas de natureza estatal* pudessem ser invocadas, designadamente, quando as associações são chamadas a pronunciar-se no âmbito de processos normativos públicos que terão como resultado uma restrição concorrencial.

Quanto a nós, muito embora as oportunidades que se apresentaram ao Tribunal em *Cipolla* e *Macrino* não assentassem em matéria de facto que permitisse, salvo uma expressa inflexão da jurisprudência anterior, adoptar o proposto pela Comissão em relação às medidas de natureza estatal, seria sempre preferível trazer tais questões para o campo de análise oferecido pelo artigo 101.º do TFUE, permitindo uma avaliação das consequências restri-

58 Cf. a Opinião do Advogado-Geral Jacobs ao processo *Pavlov*, de 23 de Março de 2000, par. 161 e 163, que seria retomada, neste ponto, pelo Advogado-Geral P. Léger na sua opinião no processo *Arduino*. Em ambos os casos, os A-G Jacobs e Léger entenderam ser preferível que se decidisse que a proposta da tabela apresentada pela Associação constituiria uma restrição concorrencial, juntamente com a adopção da mesma pelo Estado (que assim reforçaria o efeito restritivo da concertação necessária à adopção da referida proposta), em linha com a jurisprudência definida no Acórdão *BNIC*, mas que se considerasse compatível com o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE à luz dos interesses públicos subjacentes à adopção da referida restrição concorrencial (invocando assim a avaliação da proporcionalidade da restrição, à luz do que seria finalmente adoptado pelo Tribunal no Acórdão *Wouters*).

59 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 2006, *Frederico Cipolla*, cit..

60 Para uma apresentação sucinta das questões em confronto nestes acórdãos e nas propostas apresentadas pela Comissão, cf. Deisenhofer, 2005.

tivas da concorrência impostas por uma medida, à luz dos interesses públicos subjacentes à sua adopção, do que liminarmente afastar a aplicação das regras de concorrência e apreciar tais restrições à luz das obrigações dos Estados em matéria de liberdade de prestação de serviços ou de estabelecimento⁶¹. De facto, as regras aplicadas aos profissionais liberais, sejam elas provenientes da auto-regulação corporativa, sejam decorrentes de medidas estatais (normalmente adoptadas na sequência da audição dos representantes dessas profissões), implicam restrições concorrenciais que apenas podem ser justificadas à luz de um interesse geral suficientemente oponível aos interesses salvaguardados pelas regras de defesa da concorrência; assim, no caso da advocacia, podendo ser justificável a adopção de medidas que visem salvaguardar um direito universal de acesso à justiça assentes, por exemplo, na fixação de honorários *máximos*, já a fixação de honorários mínimos pareceria apenas justificável pelo objectivo de evitar que os advogados concorram entre si em matéria de honorários – ali, o interesse geral oponível até poderá ser passível de justificação, aqui não.

Todavia, mais do que limitar a aplicação do artigo 101.º do TFUE (ou admitir uma zona de exclusão que beneficie apenas as ordens profissionais), a jurisprudência *Wouters* e *Arduino* introduz restrições muito relevantes à actuação das ordens profissionais e às associações de empresas com poderes de autoridade (ou funções de auto-regulação), estipulando os critérios de análise das condutas por si assumidas: em especial, porque o Tribunal de Justiça consente uma avaliação de proporcionalidade da restrição concorrenciais quando a decisão representa uma regulação específica da actividade profissional em causa, imposta por necessidades específicas decorrentes da própria actividade que impõem critérios de equilíbrio e protecção dos consumidores (por via da assimetria de informação), ou justificada por critérios objectivos e concretizáveis de interesse geral, não admitindo que tais considerações meta-concorrenciais tenham em conta, exclusiva ou principalmente, os interesses dos próprios profissionais⁶², e porque as condições em que a intervenção de uma

61 A decisão do Tribunal, mantendo a jurisprudência *Arduino*, seria suportada pelo Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, na sua Opinião de 1 de Fevereiro de 2006: “apesar de a aplicação de uma tabela de honorários de advogados limitar fortemente a concorrência entre advogados, não podem, no entanto, subsistir dúvidas quanto à sua legalidade à luz dos artigos 10.º CE e 81.º CE, uma vez que o Tribunal de Justiça concluiu, no acórdão *Arduino*, já referido, que essa tabela era estabelecida pelo Estado e não decorria da delegação por este último num agrupamento de empresas” (par. 40).

62 Ou outras considerações não relacionadas com as necessidades específicas de prestação dos serviços em causa, como por exemplo a necessidade de protecção dos profissionais ou empresas associadas perante

associação de empresas na adopção pelo Estado de uma restrição concorrencial pode ser admissível à luz do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE são limitadas.

Aqui, sublinhamos que as decisões das associações de empresas não deixam de estar sujeitas a apreciação jus-concorrencial, mesmo que sejam o resultado de uma obrigação imposta pelo Estado⁶³, ou ainda quando sirvam de base para a adopção de medidas por parte do Estado⁶⁴. Em ambos os casos, desde que seja possível imputar à associação um comportamento que tenha, ou seja susceptível de ter, um carácter restritivo da concorrência, a mesma será sujeita à aplicação das normas de defesa da concorrência.

III.2.1. As ordens profissionais na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa

Como referimos, o Tribunal do Comércio de Lisboa, confrontado com decisões da Autoridade da Concorrência que têm por destinatários as ordens profissionais, tem concluído pela sua qualificação como *associações de empresas* não apenas pela natureza empresarial dos profissionais associados – recorrendo à jurisprudência da União Europeia consolidada na matéria – mas também pela análise dos estatutos ou das finalidades dessas ordens profissionais, procurando determinar se tais associações são ou não susceptíveis de servir de instrumento da manifestação da vontade dos seus membros, podendo

alterações das condições de mercado, nomeadamente crises económicas. Para um debate em torno desta questão, cf. Devlin, 2010.

63 Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 30 de Setembro de 2003, *Atlantic Container Line e o. c. Comissão*, processos apensos T-191/98, T-212/98 a T-214/98 (par. 1130): “há que lembrar que, de acordo com jurisprudência assente, os artigos 85.º e 86.º do Tratado referem-se apenas aos comportamentos anticoncorrenciais adoptados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se às empresas é imposto por uma legislação nacional um comportamento anticoncorrencial, ou se esta legislação cria um quadro jurídico que elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte, os artigos 85.º e 86.º não são aplicáveis. Numa situação deste tipo, como resulta das referidas disposições, a limitação concorrência não é causada por comportamentos autónomos das empresas. Pelo contrário, os artigos 85.º e 86.º do Tratado podem ser aplicados se se revelar que a legislação nacional deixa subsistir a possibilidade de uma concorrência susceptível de ser entravada, limitada ou falseada por comportamentos autónomos das empresas...Por conseguinte, se uma lei nacional se limitar a permitir, a encorajar ou a facilitar a adopção pelas empresas de comportamentos anticoncorrenciais autónomos, estas continuam sujeitas às regras da concorrência do Tratado”. No mesmo sentido, cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2010, *Deutsche Telekom c. Comissão*, processo C-280/08 P, par. 56 ss. e, finalmente, a Comunicação da Comissão relativa às “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, 2011/C 11/01, par. 22.

64 Por exemplo, quando uma decisão de uma associação relativa à fixação de preços é adoptada pelo Estado, que por essa via converte tal fixação de preços numa obrigação legal para as empresas abrangidas. Cf. Decisão da Comissão 93/438, de 30 de Junho de 1993, *CNSD*, e o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Março de 2000, *CNSD c. Comissão*, no processo T-513/93.

condicionar, coordenar ou determinar o seu comportamento no âmbito da actividade económica por estes desenvolvida.

Atente-se, neste caso, à argumentação expendida no processo *Ordem dos Médicos*, no recurso de impugnação interposto por esta associação de uma decisão condenatória da Autoridade da Concorrência: “no que respeita ao mérito, diz a recorrente que: a) não resulta claro nem do Tratado, nem da Lei 18/2003 e no que respeita a esta última, da conjugação do disposto no art. 2.º com o art. 4.º, que a *Ordem dos Médicos* possa ser considerada uma associação de empresas, ainda que exclusivamente para efeitos de aplicação da lei da concorrência, acrescentando que a *Ordem dos Médicos* é uma entidade reguladora com poderes públicos de autoridade e que actua na prossecução do interesse público, mesmo quando define critérios de fixação de preços, já que estes não têm por objecto intrínseco a defesa dos interesses económicos dos médicos, mas dos doentes; b) as actividades de auto-regulação fundadas no interesse público não constituem actividade económica e, conseqüentemente, estão afastadas do direito da concorrência” (sentença cit., p. 3), não podendo o Tribunal, à luz do que referimos já, ter outra conclusão que não a seguinte: “...basta ver a definição da *Ordem dos Médicos*, resultante do seu Estatuto, em que esta é definida estatutariamente como representante dos licenciados em Medicina que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica e que tem por finalidades, entre outras: [...] fomentar e defender os interesses da profissão médica a todos os níveis, nomeadamente no respeitante a promoção sócio-profissional, à segurança social e às relações de trabalho [...] para concluirmos que a recorrente é um organismo de representação e promoção dos interesses de uma classe, não reunindo desde logo as características primárias das entidades reguladoras sectoriais, como sejam a isenção e a imparcialidade” (sentença cit, p. 9)⁶⁵.

O mesmo percurso assente na análise cumulativa da natureza empresarial dos profissionais associados e da natureza das actividades da associação, com base nos seus estatutos ou regras do seu funcionamento, para poder então daí extrair a sujeição dessa estrutura associativa às regras de defesa da concorrência, encontra-se também na recente decisão do Tribunal de Comércio no processo *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, onde o Tribunal descreve as

65 De notar que esta decisão seria confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa (Acórdão de 22 de Novembro de 2007, no processo 5352/07-9), que rejeitou liminarmente o recurso interposto pela Ordem dos Médicos. A mesma questão, reconduzida à alegada incompetência da Autoridade da Concorrência para sancionar a Ordem dos Médicos, foi igualmente suscitada perante o Tribunal Constitucional, que não a apreciou (cf. Acórdão n.º 632/2009, de 3 de Dezembro de 2009).

atribuições daquela associação para poder concluir que “a *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* é uma entidade criada com o objectivo de controlar o acesso e o exercício de uma determinada profissão (técnico oficial de contas) com o objectivo de representar os interesses profissionais dos seus associados. [...] Os fins prosseguidos pelas câmaras profissionais – a ordenação do exercício da profissão liberal, a representação exclusiva e a defesa dos interesses profissionais dos associados – não exigem o afastamento das normas sobre concorrência” (sentença cit., p. 40).

Nestes casos apreciados pelo Tribunal do Comércio, a sujeição das ordens profissionais ao Direito da concorrência surgia evidente, tanto pela natureza das associações em questão como pela representação dos interesses dos profissionais no exercício da sua actividade económica, como por não se tratar de questões reguladas pelas ordens profissionais no exercício de prerrogativas de poder público, conformado pela definição estatal de critérios de interesse geral e dos princípios a que tal exercício estaria sujeito. E, como veremos, conclusão idêntica seria atingida quanto à aplicação da *excepção Wouters* às restrições concorrenciais que seriam objecto destes arestos.

IV. O CONCEITO DE DECISÃO DE ASSOCIAÇÃO DE EMPRESAS

IV.1. Enquadramento geral

Da mesma forma que o conceito de associação de empresas está funcionalmente relacionado com o conceito de empresa, também a qualificação de uma decisão de associação de empresas para efeitos de aplicação das regras de defesa da concorrência apresenta uma relação de dependência com a concretização das práticas de coordenação empresarial restritivas da concorrência.

Como vimos, a proibição das decisões de associações de empresas é apenas uma forma distinta de abranger condutas que, sendo imputáveis a uma organização autónoma das empresas, revestem a natureza de uma restrição concorrenciais horizontal, ou seja, de uma prática restritiva entre empresas do mesmo sector e no mesmo patamar da cadeia de produção ou distribuição de um bem ou serviço.

Sendo certo que as associações desenvolvem vários tipos de actividades, é naquelas que permitem ou constituem uma coordenação das empresas associadas que devemos concentrar as nossas atenções, ou seja, podendo as associações de empresas ser objecto de punição à luz do artigo 101.º do TFUE, os actos ou condutas por si adoptados que sejam reportados ao conceito de “decisão” mas que nada tenham que ver com a actividade económica ou com

o comportamento dos operadores económicos seus associados no mercado, naturalmente cairão fora do âmbito de aplicação da norma.

Desde logo, a primeira questão a suscitar prende-se com a forma que uma “decisão de associação de empresas” pode revestir; a segunda, claro está, com o seu conteúdo.

A prática e a jurisprudência europeias neste domínio são vastas, tendo a Comissão e os Tribunais concluído pelo preenchimento dos requisitos da proibição não apenas em relação às decisões formais assumidas pelas associações nos termos estipulados nos seus estatutos e de acordo com as regras definidas em termos de competência e representação externa, mas também outras manifestações que possam constituir uma forma de representação da vontade colectiva das empresas: a própria constituição da associação, a estipulação de regras relativas ao seu funcionamento, normas de conduta obrigatórias e recomendações não vinculativas podem, assim, configurar decisões de associações de empresas sujeitas à proibição do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, tal como os comunicados da associação ou declarações públicas dos seus representantes.

Para este efeito, uma decisão existe e pode ser imputada à associação, independentemente da sua forma, quer os respectivos associados a cumpram ou não⁶⁶, desde que se possa assumir que essa manifestação corresponde à expressão da vontade da associação de empresas. Como referido pelo Tribunal de Justiça, “*ainda que o seu texto a qualifique de ‘não obrigatória’, nem por isso a recomendação deixaria de revestir a natureza de ‘decisão’ de uma associação de empresas. Basta, para o efeito, que a recomendação seja conforme aos estatutos e que tenha sido levada ao conhecimento dos seus membros, com observância das regras exigidas, enquanto expressão da vontade da associação de empresas.*”⁶⁷.

Se a análise da *forma* da decisão da associação impõe que a realidade material em análise seja articulada com o conteúdo útil da proibição, impondo assim uma metodologia de análise funcionalista, o mesmo deverá ser concluído em relação ao *teor* ou *conteúdo* da decisão para determinarmos se a mesma constitui uma restrição objectiva da concorrência, *i.e.*, se pelo seu propósito ou conteúdo, “*limita a liberdade de uma ou mais empresas de determinar a sua*

66 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça IAZ, cit.

67 Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de Janeiro de 1987, *Verband der Sachversicherer c. Comissão*, processo 45/85, par. 26.

*política no mercado de maneira autónoma*⁶⁸ – ou se é susceptível de, tendo em conta o contexto jurídico e económico em que é adoptada, restringir a concorrência; em qualquer caso, a análise do *objecto* ou *efeito* restritivo da concorrência é necessariamente casuístico, não podendo limitar-se aos exemplos clássicos da *fixação de preços*, *repartição de mercados*, ou *limitação de produção*⁶⁹.

Considere-se, a este propósito, a eventual qualificação como *decisão de associação de empresas* de um conjunto de comportamentos encadeados, aptos ou tendentes a permitir a coordenação dos comportamentos das empresas no mercado, no âmbito das trocas de informações sobre o funcionamento de determinado sector. Sendo a disponibilidade da informação relativa ao funcionamento de um determinado mercado essencial para os operadores do mesmo (mas também para potenciais concorrentes e consumidores), a existência de intercâmbios de informação relevante, ou *sensível*, sobre as actividades das empresas, designadamente sobre clientes, quantidades e preços, permitindo às empresas envolvidas ter acesso a um conjunto de informação relevante que lhes permita predeterminar o comportamento dos seus concorrentes e reduzir o grau de incerteza, inerentes ao processo concorrencial, em especial quando essa informação é suficientemente desagregada e actual: um sistema de recolha de informações promovido por uma associação de empresas – legítimo, quando se trata da actividade de recolha e processamento de elementos estatísticos genéricos sobre o funcionamento dos sectores de actividade em que os associados estejam representados e que constitui um instrumento fundamental para o desempenho da missão das próprias associações – pode traduzir-se, efectivamente, num esquema de troca de informações entre empresas que tanto pode servir para facilitar a colusão de condutas no mercado, permitindo uma actuação concertada, como introduzir um grau de

68 Cf. Opinião da Advogada-Geral Verica Trstenjak, de 4 de Setembro de 2008, no processo C-209/07, *The Competition Authority c. Beef Industry Development Society*, par. 42.

69 Cf. Opinião da A-G V. Trstenjak, cit., par. 48 a 50: “o conceito de objectivo de restrição da concorrência também não pode ser reduzido a uma enumeração exhaustiva. Já o vocábulo ‘designadamente’ no artigo 81.º, n.º 1, CE, torna desde logo claro que as restrições à concorrência abrangidas pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, não estão limitadas às que são referidas no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE. Não podem, por isso, os objectivos de restrições à concorrência ser limitados aos exemplos referidos no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a c), CE. Além disso, a noção de objectivo de restrição da concorrência não pode ser reduzida à fixação de preços, à partilha de mercados ou ao controlo da produção. O facto de os Tribunais da Comunidade Europeia se terem ocupado em muitas decisões com estes tipos de restrições à concorrência não significa que acordos com uma finalidade diferente não possam ter como objectivo restrições da concorrência.”

transparência no funcionamento do mercado que condicione uma estrutura concorrencial assente na actuação independente dos operadores económicos⁷⁰.

Ponto assente é que as recomendações e outras manifestações (sejam elas públicas ou dirigidas apenas aos associados), que tenham por objectivo ou sejam susceptíveis de coordenar o comportamento das empresas subsumem-se na proibição do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, independentemente de quaisquer indícios relativos à existência de acordos ou práticas concertadas envolvendo tais empresas⁷¹; igualmente, tais manifestações de vontade colectiva não podem deixar de estar relacionadas com as actividades económicas desenvolvidas pelas empresas associadas⁷².

Mas essa relação com a actividade económica das empresas associadas é também condicional à adequação para a coordenação de condutas no mercado. De facto, a participação de uma associação num processo de negociação colectiva, ou no âmbito de mecanismos de concertação social, está certamente relacionada com a actividade económica das empresas associadas, mas essa participação, e as decisões (enquanto manifestações de exteriorização de vontade colectiva) aí tomadas não serão adequadas a coordenar o comportamento das empresas associadas no exercício da sua actividade económica, e como tal não serão susceptíveis de censura à luz da Lei da Concorrência ou do Tratado. Da mesma forma, quando estas associações são ouvidas no âmbito de processos legislativos ou, em relação a sectores sujeitos a regulação económica por parte de autoridades administrativas independentes, no âmbito da implementação ou revisão da respectiva regulação sectorial, as manifestações

70 Cf. Roques, 2009, e Bishop & Walker, 2010. Esta matéria passou ser objecto de tratamento específico pela Comissão, na sua Comunicação relativa às “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, cit. (cf. par. 55 ss.).

71 O que não impede, claro está, que perante tais indícios, tanto a associação como as empresas poderão ser responsabilizadas, respectivamente, pelas decisões, acordos e práticas concertadas em que estejam envolvidas, e que um acordo celebrado pela associação possa ser considerado, afinal, como um acordo entre as empresas membros da associação.

72 Questão que foi particularmente desenvolvida no Acórdão *Wouters*. Aí discutia-se a qualificação da Ordem dos Advogados neerlandesa como uma “associação de empresas”, por um lado, e a regulamentação relativa a “práticas multidisciplinares” como uma “decisão de associação de empresas”, por outro lado, tendo o Tribunal concluído que a Ordem dos Advogados neerlandesa ao conformar o exercício da profissão da advocacia (no caso, proibindo as chamadas práticas multidisciplinares, *i.e.*, de prestação de serviços de advocacia conjuntamente com outras actividades liberais, como contabilidade, auditoria ou outras), estava a agir enquanto associação de empresas nos termos e para os efeitos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, uma vez que “tal regulamento constitui a expressão da vontade de representantes dos membros de uma profissão para que estes adoptem um comportamento determinado no quadro da sua actividade económica” (par. 64).

imputáveis às associações, no estrito âmbito desses processos, também não serão passíveis de sujeição à proibição⁷³.

IV.2. A aplicação do conceito pelo Tribunal do Comércio de Lisboa

Assumindo expressamente a *osmose analítica* a que aludimos *supra*, o Tribunal do Comércio tem seguido a jurisprudência da União Europeia nos diversos arestos em que se pronuncia sobre decisões de associações de empresas, pugnando por uma análise funcionalista dos actos imputáveis às associações, independentemente da sua forma. Neste sentido, concluiu que “*as decisões de associações de empresas, na acepção dos identificados diplomas legais, poderão definir-se, entre outros, como actos de vontade colectiva emanados do órgão legal ou estatutariamente competente da respectiva associação, embora não necessariamente, uma vez que se deverá privilegiar, também neste domínio, uma interpretação com base na finalidade da proibição, bastando que se verifique uma exteriorização que reflecta, com precisão mediana e inteligível para os seus destinatários, o desejo ou a vontade dessa associação coordenar o comportamento dos seus membros. [...] Assim, a acepção de decisão de associação de empresas constante do artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 abrange necessariamente todo e qualquer comportamento que traduza uma orientação emitida por uma associação, seja qual for a forma externa que possa concretamente revestir, desde que tenha a susceptibilidade de exercer uma influência sensível sobre o jogo da concorrência no mercado em causa.”⁷⁴.*

De facto, a generalidade das manifestações de vontade colectiva consideradas restritivas da concorrência respeita directamente a questões relacionadas com as condições de exercício da actividade das empresas em causa: no processo *Agepor*, estava em causa a elaboração, aprovação e divulgação de tabelas de preços máximos para os serviços prestados pelos agentes de navegação, as quais, tendo uma remota origem na definição ministerial desses preços, passaram a ser elaboradas pela Associação para orientação dos respectivos associados⁷⁵; no processo *AIPL*, o Tribunal admitiu a qualificação de um sis-

73 Nos termos e condições que vimos *supra*, a propósito da jurisprudência *Arduino* do Tribunal de Justiça. De facto, nada impede que no âmbito de tais processos, ou por causa deles, não sejam identificados comportamentos qualificáveis como decisões de associações de empresas, e punidos como tal.

74 Cf. Sentença *AIPL*, cit., p. 32 a 33. Sublinhados no original.

75 É interessante notar a referência à defesa da Agepor quanto ao facto de a elaboração das referidas tabelas resultar de uma medida estatal. De facto, o Decreto-Lei n.º 76/89, de 3 de Março (que define o regime jurídico da actividade de agente de navegação) prevê, no seu artigo 15.º, que “1. O ministro responsável pelo sector portuário poderá fixar tabelas de tarifas máximas a aplicar pelos agentes de navegação, tendo em conta a proposta apresentada pela associação respectiva e o parecer que sobre a mesma for emitido

tema de troca de informações sobre preços, estabelecido mediante o envio de cartas pelo presidente de direcção aos associados a solicitar os preços praticados, como uma decisão de associação de empresas, sendo significativo que em tais cartas se exprimisse o objectivo de “*orientar o sector*”; finalmente, no processo *ANTRAM*, o Tribunal considerou que a recusa de prestação de serviços pelas empresas associadas no âmbito de uma disputa entre os transportadores rodoviários e a entidade gestora de um terminal de contentores com origem na compensação dos transportadores pelo tempo de espera excessivo no terminal constituía uma decisão de associação de empresas.

Nestes casos – com excepção da decisão proferida no processo *ANTRAM* – a determinação do nexu entre a associação de empresas, por um lado, e a manifestação de vontade colectiva encerrada no conceito de *decisão*, por outro, foi atingida de forma directa. Na decisão *ANTRAM*, todavia, o Tribunal considerou que o boicote referido configurava efectivamente uma decisão de associação de empresas, mas entendeu que não podia ser imputada à associação arguida, já que “*não se apurou que essa decisão tenha sido tomada pela arguida, no seio da arguida ou sob a sua égide*” (p. 24), muito embora tenha sido demonstrado que a decisão de recusa de prestação de serviços foi assumida por um grupo de empresas associadas, que foi comunicada à associação, no seio da qual essas empresas se reuniram e à qual foi solicitado apoio e suporte logístico, inclusivamente para a convocação e organização das reuniões do referido grupo de empresas e para a divulgação da sua decisão e que, finalmente, a associação divulgou as decisões no seu *site* e em diversos comunicados (p. 16 a 19). Manifestamente, neste aresto o Tribunal adoptaria uma posição excessivamente formalista – e não compaginável, *v.g.* com a decisão adoptada, apenas dois dias mais tarde, no processo *AIPL* – quanto à imputação de uma manifestação de vontade colectiva à associação por entender que, não obstante o seu envolvimento, não havia assumido formalmente aquela decisão⁷⁶.

pela autoridade portuária. 2. Compete à autoridade portuária desencadear o processo de fixação de tarifas máximas referido no número anterior, devendo para o efeito solicitar à Associação dos Agentes de Navegação a apresentação de uma proposta”. Neste caso, o Tribunal, referindo que o que estava em causa não era a elaboração de uma proposta de tabela a pedido das autoridades portuárias, mas sim a sua aprovação e divulgação pela associação independentemente de tal pedido, entendeu ser desnecessário desenvolver os critérios referidos na jurisprudência *Arduino*, embora citando-a (cf. p. 45).

⁷⁶ A jurisprudência da União Europeia oferece exemplos bastantes do sancionamento dos comportamentos coordenados de empresas que tenham participado em reuniões onde tal coordenação tenha sido discutida

Se nas decisões relativas a associações empresariais o enfoque parece residir na análise da própria forma ou teor da decisão, e na sua adequação enquanto restrição concorrencial, nos processos relativos a ordens profissionais é evidente, por um lado, uma maior atenção aos elementos que demonstram a liberdade e a autonomia das associações na adopção de medidas restritivas da concorrência, e por outro lado, a ponderação do interesse objectivo para a prestação da actividade que as justificaria, sendo então marcante a influência da jurisprudência *Wouters* na apreciação dos casos pelo Tribunal.

Sublinha-se, todavia, uma evolução qualitativa da natureza das práticas objecto de apreciação judicial: se as primeiras decisões dizem respeito, no essencial, à definição de tabelas de honorários pelas ordens profissionais envolvidas (matéria de facto em análise nas sentenças sobre a Ordem dos Médicos Veterinários, Ordem dos Médicos Dentistas e Ordem dos Médicos), a decisão mais recente envolvendo uma associação de profissionais (a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas) diz respeito a uma restrição que não tem por objecto ou como efeito a restrição da concorrência no mercado onde os profissionais associados oferecem os respectivos serviços, mas sim num mercado distinto, que apenas mediatamente se relaciona com aquele. Por outro lado, é também evidente uma evolução no percurso analítico empreendido pelo Tribunal entre a sua primeira decisão de aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência a associações de empresas (proferida a 14 de Dezembro de 2005, no processo *Ordem dos Médicos Dentistas*), e a sua decisão de 18 de Janeiro de 2007, no processo *Ordem dos Médicos*, estando esta mais próxima do percurso analisado *supra* a propósito da jurisprudência *Wouters*.

Assim, em *Ordem dos Médicos Dentistas*, o Tribunal concluiu que “a aprovação pela assembleia geral da OMD de um Código Deontológico bem como a aprovação pelo respectivo Conselho Directivo de uma tabela de nomenclatura e de valores relativos são, indiscutivelmente, decisões de uma associação de empresas. Trata-se, com efeito, em ambos os casos, de resoluções aprovadas por órgãos sociais da OMD, órgãos que a representam e vinculam, destinadas a todos os seus associados e tomadas no âmbito da defesa dos seus interesses. Logo, são decisões de uma associação de empresas” (p. 22).

No mesmo assento, o Tribunal concluiria que “a simples previsão no Código Deontológico da existência de tabelas de honorários a elaborar pela Ordem bem

(cf. Acórdãos *Suiker Unie* e *T-Mobile*, cit.), como das próprias associações organizadoras e facilitadoras de tal coordenação (cf. Acórdão *Belasco*, cit.).

como a referência expressa a que tal tabela tem de ser respeitada, tem por objecto interferir na livre fixação dos preços, ou seja, tem por objecto interferir na livre concorrência, ou seja, tem por objecto impedir a concorrência” (p. 25), sendo que “*esta decisão [aprovação de uma norma dos estatutos que prevê a existência de uma tabela de honorários] nem contribuiu para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços, nem para promover o desenvolvimento técnico ou económico, pelo que não está abrangida pelo art. 5.º que prevê os casos em que podem ser consideradas justificadas as práticas restritivas. Logo, a decisão em apreço não pode considerar-se justificada. Independentemente de qual foi o objectivo da criação da norma, o certo é que nunca se poderia considerar serem esses interesses legítimos já que, a partir do momento em que se violam disposições legais, designadamente as regras da concorrência, os interesses prosseguidos deixam de ser legítimos”* (p. 26).

Sendo certo que não se pode deixar de concordar com o teor da decisão – a aprovação de uma tabela de honorários ou a norma que prevê a sua aprovação são objectivamente restrições concorrenciais imputáveis a uma associação de empresas – a jurisprudência da União Europeia parece impor, nos casos das profissões liberais, que se determine em primeiro lugar se a restrição concorrencial é objectivamente necessária para o bom exercício da actividade, admitindo casos em que tais restrições podem ser consentidas. De facto, como vimos já, a aplicação do balanço económico (previsto no artigo 5.º da Lei da Concorrência) apenas poderá ocorrer posteriormente à avaliação da proporcionalidade da restrição, e apenas se esta não preencher os requisitos da *excepção Wouters*, matéria a que aliás o próprio Tribunal daria especial atenção na sua decisão de 12 de Janeiro de 2006, em que apreciaria novo recurso de impugnação de uma decisão condenatória da Autoridade, desta feita contra a *Ordem dos Médicos Veterinários*, tendo por objecto, igualmente, normas do Código deontológico destes profissionais que previam a aprovação de tabelas de honorários, e decisões da Ordem que efectivamente os aprovavam (matéria de facto semelhante à apreciada na sentença sobre a *Ordem dos Médicos Dentistas*), tendo o Tribunal concluído, *inter alia*, que “*não ficou demonstrada que essa fixação de preços seja necessária para a boa prossecução dos interesses dos médicos veterinários ou ao bom exercício da profissão”* (p. 33), trazendo à colação critérios de ponderação da adequação da restrição que respeitam a interesses meta-concorrenciais, e que como tal não se podem enquadrar no artigo 5.º da Lei da Concorrência.

Este raciocínio é melhor exemplificado no último aresto do Tribunal do Comércio de Lisboa relativo à fixação de tabelas de honorários por uma

ordem profissional, de 18 de Janeiro de 2007, no recurso de impugnação da decisão condenatória da Autoridade da Concorrência dirigido à Ordem dos Médicos.

Das três decisões adoptadas entre 2005 e 2007 relativas à sujeição das ordens profissionais à Lei da Concorrência, a sentença proferida no caso *Ordem dos Médicos* é, porventura, a que melhor plasma na jurisprudência nacional o percurso empreendido pelo Tribunal de Justiça na apreciação das decisões das associações de profissionais liberais, que encontrámos na jurisprudência *Wouters* e *Arduino*⁷⁷: começando por afastar a natureza pública da Ordem dos Médicos, e das medidas por si adoptadas, não obstante a sua natureza ou estatuto de associação pública, por entender que se trata, no que ao Direito da concorrência importa, de uma *associação de empresas* (p. 33 e 34 da sentença); depois, por considerar a prática em causa como estando *prima facie* abrangida pela proibição do artigo 4.º da Lei da Concorrência, já que, “*na espécie, a elaboração, aprovação e divulgação, por parte da arguida de uma tabela (Código) de preços mínimos e máximos, surge como uma decisão que tem por objecto restringir, de forma sensível, face à sua natureza e representativa no mercado em apreciação, o mercado português de prestação de serviços médicos, a concorrência no referido mercado. De facto, a mera existência dessas tabelas restringe, nos termos referidos, a livre concorrência entre os vários agentes que actuam no mercado, surgindo como um factor que inibe desde logo o livre jogo total de fixação de preços, decorrente da oferta e da procura, possuindo os vários agentes no mercado um elemento que permite prever qual a política de preços a ter em consideração pelos seus concorrentes*” (p. 38); finalmente, por ponderar os argumentos apresentados em justificação da prática, na perspectiva da sua adequação aos fins de interesse público que ditam uma regulação restritiva da concorrência, concluindo que “*a qualidade da prática, os interesses dos doentes e a dignidade da profissão, não são, nem podem ser assegurados, pelo preço do serviço médico prestado, devendo as mesmas ser asseguradas tendo em atenção os princípios de acesso à profissão e o cumprimento de regras deontológicas e não princípios economicistas, tendo a Ordem dos Médicos e os próprios consumidores mecanismos para evitar e afastar comportamentos que excedam ou violem essas regras no que respeita aos preços*” (p. 40)⁷⁸.

77 Uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal do Comércio em relação à submissão das ordens profissionais, e da Ordem dos Médicos em particular, à Lei da Concorrência enquanto associações de empresas pode ser encontrada em Sérvulo Correia *et al.*, 2010, já citado.

78 Adiante (p. 41) o Tribunal concluiria ainda que “*as regras de acesso à profissão, as regras profissionais, designadamente deontológicas e o facto de tal como é de conhecimento comum a procura, em geral ser*

Finalmente, a 29 de Abril de 2011, o Tribunal do Comércio adoptou a sua – até à data – última decisão tendo por objecto condutas imputadas a ordens profissionais como *decisões de associações de empresas*, envolvendo a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC).

Esta sentença foi proferida num recurso de impugnação da decisão condenatória da Autoridade da Concorrência, que considerou que a OTOC infringiu a Lei da Concorrência enquanto *associação de empresas* e enquanto *empresa*, imputando-lhe assim duas infracções distintas à Lei da Concorrência e ao TFUE, a título de artigo 4.º (decisão de associação de empresas) e artigo 6.º (abuso de posição dominante), no que, sublinhamos, constituiu a primeira decisão da Autoridade da Concorrência em que uma associação de empresas foi também considerada uma empresa, e uma sua conduta enquanto tal qualificada como um abuso de posição dominante⁷⁹.

Diferentemente do que foi objecto de apreciação nas decisões anteriores, as condutas imputadas à OTOC não diziam respeito à fixação de tabelas de honorários, mas sim à determinação das condições de manutenção na actividade de *técnico oficial de contas* e dos efeitos que tais regras causavam na actividade de outros operadores económicos. No caso, tratava-se da aprovação de um regulamento da OTOC destinado a regular as condições de formação profissional necessárias para assegurar a actualização dos conhecimentos dos técnicos de contas, impondo, *inter alia*, que apenas a formação obtida junto de entidades por si certificadas seria reconhecida para efeitos de preenchimento do número de horas de formação anual requeridas.

A questão aqui suscitada prendia-se com as condições a preencher por tais entidades formadoras para que a formação por si ministrada pudesse ser reconhecida pela OTOC, bem como pelo número de horas de formação que a ordem reservava obrigatoriamente para si, sendo claro o enquadramento proposto pelo Tribunal nesta matéria: “*na medida em que a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas estipula a obrigatoriedade de obtenção por todos os Técnicos Oficiais de Contas de uma média anual de 35 créditos em formação por ela pro-*

superior à oferta no mercado em causa, assim como a ausência de prova relativamente ao facto qualidade/preço, são suficientes, para por si só, proteger o consumidor relativamente aos excessos na fixação ou aplicação dos honorários e atingir os objectivos gerais de qualidade na prestação dos serviços médicos, defesa dos interesses dos doentes e dignidade da profissão, não se justificando a derrogação das normas jusconcorrenciais para conseguir esses objectivos”.

79 Não trataremos aqui das questões relacionadas com a qualificação da OTOC como empresa, nem da imputação a esta associação de uma conduta tipificável como um abuso de posição dominante, por extravasarem o objecto do nosso estudo.

movida ou aprovada, sendo 12 créditos anuais em formação exclusivamente por si ministrada e que a própria decide quem são as entidades que podem ministrar a formação, e quais as formações que atribuem créditos está, obviamente, a interferir com o regular funcionamento do mercado, influenciando a formação da oferta e da procura [...], ou seja, está a adoptar um comportamento que provoca distorções no mercado” (p. 45).

Perante o preenchimento da proibição do artigo 4.º da Lei da Concorrência, o Tribunal tratou ainda de apreciar os argumentos apresentados pela OTOC à luz da *excepção Wouters*, por um lado, e de preenchimento dos requisitos do balanço económico positivo, por outro. Assim, a OTOC havia alegado que as condições de acesso à prestação da formação obrigatória para os técnicos oficiais de contas visava prosseguir objectivos inerentes à profissão (a actualização permanente de conhecimentos), mas também, por essa via, a protecção dos consumidores e da própria administração fiscal, e que essas restrições preenchem ainda os requisitos do artigo 5.º da Lei da Concorrência, nomeadamente o da sua indispensabilidade. Todavia, o Tribunal entendeu o contrário, concluindo que “*para garantir o interesse dos consumidores e da administração não se vislumbram necessárias as limitações, designadamente em termos temporais, introduzidas pelas figuras da formação profissional e institucional, ínsitas no Regulamento, com exclusividade da segunda para a arguida, pelo que o argumento não procede” (p. 47).*

De facto, o Tribunal tratou aqui de apurar se as restrições impostas pelo regulamento de formação da OTOC eram necessárias e indispensáveis (*inerentes*) à boa prestação da actividade dos técnicos oficiais, ou seja, se apenas com o preenchimento daquelas condições poderia a formação ministrada preencher os objectivos propostos. Não tendo a OTOC justificado cabalmente a inerência das restrições para a formação adequada dos técnicos de contas, nem cumprido com o ónus de demonstração dos requisitos do artigo 5.º da Lei da Concorrência, o Tribunal considerou que tais restrições não seriam justificáveis.

Como defendemos *supra*, a jurisprudência *Wouters* não constitui um “livre-trânsito” para as associações profissionais deixarem de estar sujeitas ao âmbito de aplicação das regras de defesa da concorrência, apenas permitindo o seu afastamento quando as restrições em causa são necessárias à prossecução dos objectivos inerentes à regulação das actividades em causa; nem poderia ser de outra forma – ao admitir a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE temperada por considerações de proporcionalidade, o Tribunal apenas admitiu

que, tendo em conta as especificidades concretas de determinadas actividades económicas, se considerassem as situações em que as restrições concorrenciais são necessárias (porque são indispensáveis e porque não existem alternativas menos restritivas) à prossecução dos objectivos de interesse público que, desde logo, impõem a regulação dessas actividades. Em tudo o resto, tais actividades não podem deixar de estar, como as demais actividades económicas, submetidas às normas de defesa da concorrência.

V. CONCLUSÃO

Era nosso objectivo proceder à revisão da jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa em sede de apreciação das decisões da Autoridade da Concorrência dirigidas às associações de empresas, em aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência. A análise dos arestos emitidos por aquele Tribunal, desde 2005 permite verificar uma evidente consolidação em torno de restrições concorrenciais classicamente imputadas a associações de empresas, como sejam a fixação de tabelas de honorários. Ainda assim, e até pela expectável adaptação dos operadores económicos a este esteio jurisprudencial bem caracterizado, é evidente que a subsunção de comportamentos menos convencionais ou não tipificados expressamente na Lei da Concorrência poderá suscitar outros problemas de aplicação, ainda não suficientemente testados. Por isso mesmo, não deixam de ser assinaláveis as decisões do Tribunal do Comércio que incidiram sobre trocas de informações relativas a preços promovidas por associações de empresas (caso da sentença *AIPL*), ou sobre a criação de barreiras concorrenciais artificiais pelas associações, através dos seus poderes de auto-regulação profissional (no caso da sentença *OTOC*).

A análise das decisões de associações de empresas e ordens profissionais à luz dos princípios definidos na jurisprudência da União Europeia, desconsiderando o lastro histórico destas entidades entre nós e o tratamento que, noutras sedes, estas possam merecer, é bem o exemplo da consolidação do Direito da concorrência português em torno dos princípios e fundamentos do Direito europeu da concorrência, resultando numa elevada consistência das decisões proferidas pelo Tribunal do Comércio de Lisboa em sede de aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas consideradas restritivas da concorrência. A recepção do *acquis* da União Europeia pelo Tribunal do Comércio, mesmo nos casos em que não se identificam os pressupostos de aplicação das normas europeias, constitui assim um *leitmotiv* da jurisprudência nacional no âmbito do Direito da Concorrência.

BIBLIOGRAFIA

BISHOP, Simon & WALKER, Mike

2010 *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3.^a ed., Londres: Sweet & Maxwell.

BLUMENTHAL, William

2006 *A Primer on the Application of Antitrust Law to the Professions in the United States*, discurso proferido na 2006 Annual Fall Conference on Competition Law da Canadian Bar Association, 29 de Setembro de 2006, disponível em www.ftc.gov [consultado em: 30.7.2011].

CRUZ VILAÇA, J. L.

2006 “Introdução à nova legislação da concorrência – Vicissitudes dos projectos de modernização”, in Goucha Soares, António & Leitão Marques, Maria Manuel (orgs.), *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 13 ss.

DEISENHOFER, Thomas

2005 “Towards a Proportionality Test in the Field of the Liberal Professions?”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 3, pp. 25-33.

DEVLIN, Alan

2010 “Antitrust in an Era of Market Failure”, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 33, pp. 557-606.

FAULL, J. & NIKPAY, A. (orgs.)

2007 *The EC Law of Competition*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

FORRESTER, Ian S.

2006 “Where Law Meets Competition: Is Wouters like a Cassis de Dijon or a Platypus?”, in Ehlermann, C.-D & Atanasiu, I. (orgs.), *European Competition Law Annual 2004. The relationship between competition law and the (liberal) professions*, Oxford: Hart, pp. 271 ss.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

2010 *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 3.^a ed., 5.^a reimp. da ed. de Novembro de 2006, Coimbra: Almedina.

JONES, Alison e SUFRIN, Brenda

2008 *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

KORAH, Valentine

2007 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9.^a ed., Oxford e Portland: Hart.

LEIBOWITZ, Jon

2005 *The Good, the Bad and the Ugly: Trade Associations and Antitrust*, Discurso proferido na *Antitrust Spring Meeting* da *American Bar Association*, 30 de Março de 2005, disponível em www.ftc.gov [consultado em: 30.7.2011].

MENDES PEREIRA, Miguel

2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

MORAIS, Luís D. S.

2009 *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra: Almedina.

2006a *Empresas comuns/joint ventures no Direito comunitário da concorrência*, Coimbra: Almedina.

2006b “La défense de la concurrence au Portugal – les relations entre l’Autorité de Concurrence et les Autorités de régulation sectorielle – les sanctions en cas d’atteintes à la concurrence”, in Miranda, Jorge (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 127 ss.

MOREIRA, Teresa

2006 *Algumas considerações sobre o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002 – A descentralização da aplicação das regras de concorrência comunitárias*, separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra: Coimbra Editora.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

2000 “Descentralização do Direito comunitário da concorrência – uma visão pessoal”, in *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 24, pp. 190 ss.

ODUDU, O.

2006 *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford: University Press.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO

2008 *Potential Pro-competitive and Anti-competitive Aspects of Trade/Business Associations*, DAF/COMP(2007)45, Paris: OCDE.

ROQUES, Christian

2009 “L’échange d’informations en droit communautaire de la concurrence: Degré d’incertitude et jeu répété”, in *Concurrences Revue des Droits de la Concurrence*, n.º 3, disponível em www.concurrences.com [consultado em: 30.7.2011].

SÉRVULO CORREIA, J. M., MEDEIROS, Rui, FIDALGO DE FREITAS, Tiago & TAVARES LANCEIRO, Rui

2010 *Direito da concorrência e ordens profissionais*, Coimbra: Coimbra Editora.

VOSSESTEIN, A. J.

2002 “Annotation of Wouters and Arduino”, in *Common Market Law Review*, vol. 39, pp. 856-859.

WHISH, Richard

2008 *Competition Law*, 6.^a ed., Oxford: University Press.

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

Abril a Junho de 2011

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho

Cria o tribunal de competência especializada para propriedade intelectual e o tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão e procede à 15.ª alteração à Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, que aprova a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, à 4.ª alteração à Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o Regime Jurídico da Concorrência, à 5.ª alteração à Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, que aprova a Lei das Comunicações Electrónicas, à 2.ª alteração à Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, à 7.ª alteração à Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que aprova a Lei de Organização e Financiamento dos Tribunais Judiciais, à 1.ª alteração à Lei n.º 99/2009, de 4 de Setembro, que aprova o regime quadro das ordenações do sector das comunicações, à 23.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, à 15.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que regula as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora no território da Comunidade Europeia, ao Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, ao Código de Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, à 2.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, que estabelece o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores, e à 2.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2002/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Dezembro.

REGULAÇÃO

BANCO DE PORTUGAL

Lei n.º 19/2011, de 20 de Maio

Cria o sistema de acesso aos serviços mínimos bancários.

Aviso n.º 2/2011, de 10 de Maio

Altera o ponto 4 da Parte 2 do Anexo V do Aviso nº 5/2007, de 27.4.2007, que definiu as obrigações das instituições de crédito e empresas de investimento relativamente ao nível dos fundos próprios e aos limites dos riscos de crédito.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Lei n.º 36/2011, de 21 de Junho

Estabelece a adopção de normas abertas para a informação em suporte digital na Administração Pública, promovendo a liberdade tecnológica dos cidadãos e organizações e a interoperabilidade dos sistemas informáticos do Estado.

IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

VEÍCULOS

Lei n.º 11/2011, de 26 de Abril

Estabelece o regime jurídico de acesso e de permanência na actividade de inspecção técnica de veículos a motor e seus reboques e o regime de funcionamento dos centros de inspecção e revoga o Decreto-Lei n.º 550/99, de 15 de Dezembro.

Decreto-Lei n.º 59/2011, de 5 de Maio

Aprova o regulamento relativo aos sistemas anti-projecção de determinadas categorias de automóveis e seus reboques e transpõe a Directiva 2010/19/UE, da Comissão, de 9 de Março.

Lei n.º 18/2011, de 13 de Maio

Cria o regime jurídico da declaração de conformidade do motociclo histórico.

Decreto-Lei n.º 81/2011, de 20 de Junho

Regula elementos e características dos tractores agrícolas ou florestais de rodas, transpõe as Directivas 2010/22/UE e 2010/52/UE, ambas da Comis-

são, de 15 de Março e de 11 de Agosto, e procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 3/2002, de 4 de Janeiro, e à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 114/2002, de 20 de Abril.

TRANSPORTE RODOVIÁRIO

Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2011, de 5 de Abril

Adopta um conjunto de medidas de apoio dirigidas ao sector do transporte público rodoviário de mercadorias.

Decreto-Lei n.º 57/2011, de 27 de Abril

Estabelece o regime jurídico aplicável aos equipamentos sob pressão transportáveis e revoga o Decreto-Lei n.º 41/2002, de 28 de Fevereiro, transpondo a Directiva 2010/35/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Junho.

TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Lei n.º 16/2011, de 3 de Maio

Aprova o regime de certificação dos maquinistas de locomotivas e comboios do sistema ferroviário, transpondo a Directiva 2007/59/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro.

INAC – INSTITUTO NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

Regulamento n.º 348/2011, de 24 de Maio

Qualificação de dispositivos de treino artificial.

Regulamento n.º 349/2011, de 24 de Maio

Actividades de pirotecnia potencialmente perigosas para a navegação aérea.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Decreto-Lei n.º 58/2011, de 4 de Maio

Estabelece deveres de divulgação de informação relativa à avaliação ambiental, procedendo à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho, que estabelece o regime a que fica sujeita a avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente.

Decreto-Lei n.º 71/2011, de 16 de Junho

Actualiza os requisitos essenciais dos instrumentos de medição, transpondo a Directiva n.º 2004/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, e a Directiva n.º 2009/137/CE, da Comissão, de 10 de Novembro.

Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de Junho

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de Setembro, transpõe a Directiva n.º 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro, relativa aos resíduos, e procede à alteração de diversos regimes jurídicos na área dos resíduos.

Decreto-Lei n.º 83/2011, de 20 de Junho

Estabelece especificações técnicas para a análise e monitorização dos parâmetros químicos e físico-químicos caracterizadores do estado das massas de água superficiais e subterrâneas e procede à transposição da Directiva n.º 2009/90/CE, da Comissão, de 31 de Julho.

Decreto-Lei n.º 84/2011, de 20 de Junho

Procede à simplificação dos regimes jurídicos da deposição de resíduos em aterro, da produção cartográfica e do licenciamento do exercício das actividades de pesquisa e captação de águas subterrâneas, conformando-os com o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno.

Portaria n.º 174/2011, de 28 de Abril

Aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P.

Portaria n.º 212/2011, de 27 de Maio

Aprova a delimitação dos perímetros de protecção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Condeixa-a-Nova.

Portaria n.º 218/2011, de 31 de Maio

Aprova a delimitação dos perímetros de protecção de 12 captações de água implantadas nas margens do rio Vouga, concelho de Albergaria-a-Velha, constituindo as denominadas “Captações do Carvoeiro”.

Portaria n.º 222/2011, de 2 de Junho

Primeira alteração à Portaria n.º 72/2010, de 4 de Fevereiro, que estabelece as regras respeitantes à liquidação, pagamento e repercussão da taxa de gestão de resíduos.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência da União Europeia

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

JUDGEMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF 3 MAY 2011
IN CASE C-375/09, *TELE2 POLSKA*

*Carla Farinhas**

I. INTRODUCTION AND SUMMARY

On 3 May 2011, the European Court of Justice (“ECJ”) delivered its Grand Chamber ruling in case C-375/09, *Tele2 Polska*, on the powers of national competition authorities (“NCAs” or “NCA”) to find that Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”) has not been breached (“*Tele2 Polska* case”¹). The ECJ found that NCAs are not entitled to take formal decisions on the merits declaring that a particular conduct does not contravene EU competition rules.

The judgement was triggered by a reference for a preliminary ruling by the Polish Supreme Court on the interpretation of Article 5 of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002, which sets out the rules of procedure for the application of the competition rules laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (currently Articles 101 and 102 TFEU) (“Regulation No 1/2003”, also known as “the Modernisation Regulation”²).

Article 5 of Regulation No 1/2003, on the powers of the competition authorities of the Member States, reads as follows:

* Lawyer in the EU and competition practice group at *Sérvulo & Associados* (Lisbon). LL M, College of Europe.

¹ Judgment of the ECJ (Grand Chamber), of 3.5.2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, case C- 375/09, not yet reported.

² OJ L 1, 4.1.2003, p. 1-25.

“The competition authorities of the Member States shall have the power to apply Articles [101 and 102 TFEU] in individual cases. For this purpose, acting on their own initiative or on a complaint, they may take the following decisions:

- requiring that an infringement be brought to an end,*
- ordering interim measures,*
- accepting commitments,*
- imposing fines, periodic penalty payments or any other penalty provided for in their national law.*

Where on the basis of the information in their possession the conditions for prohibition are not met they may likewise decide that there are no grounds for action on their part.”

The issues raised by the Polish Supreme Court before the ECJ essentially concern the last paragraph of Article 5.

1. Background

Following an investigation to assess whether *Telekomunikacja Polska SA*, which had a dominant position on the market, had infringed Article 8 of the Polish competition law and consumer protection as well as Article 82 of the EC Treaty (currently Article 102 TFEU), the president of the Polish NCA (*Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji*) concluded that the conduct did not constitute an abuse of dominance and that, therefore, did not breach either national law or Article 102 TFEU.

As required by Article 11 of the Polish Law on competition and consumer protection, which provides that “(1) *the [President of the NCA] shall give a decision stating that a practice does not restrict competition if he does not establish that a breach has been committed of the prohibitions laid down in Articles 5 or 8*”, the NCA issued a decision declaring that the company did not breach the national provision in question. By contrast, on the matter of the infringement of Article 102 TFEU, the NCA closed the procedure without ruling on the merits on the ground that it was devoid of purpose.

Tele2 Polska sp. z o.o., a competitor of *Telekomunikacja Polska SA*, challenged the NCA’s decision. The District Court – Court for Competition and Consumer Protection (*Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów*) annulled the decision on the ground that the NCA should also have declared that the company did not breach Article 102 TFEU. The Warsaw Court of Appeal (*Sąd Apelacyjny w Warszawie*) upheld the judgement. The NCA then challenged the annulment decision before

the Polish Supreme Court (*Sąd Najwyższy*). It argued that NCAs are not empowered under Regulation No 1/2003 to adopt decisions declaring that a company's conduct is compatible with Article 102 TFEU.

In this context, the Polish Supreme Court decided to stay the proceedings and refer two questions to the ECJ for a preliminary ruling.

The first question related to whether Article 5 of Regulation No 1/2003 precludes NCAs from taking decisions formally stating that a practice does not amount to a breach of Article 102 TFEU if during the investigation they have formed the view that the company did not breach it.

Through its second question the Polish Supreme Court asked whether NCAs can rely directly on the second paragraph of Article 5 of Regulation No 1/2003 to decide that there are no grounds for action on their part even where national rules require them to close the proceeding by means of a non infringement decision.

2. *Opinion of Advocate General J. Mazák*

The ECJ generally followed Advocate General (“AG”) Mazák’s Opinion³.

AG Mazák first noted that the questions referred by the Polish Supreme Court on Article 102 TFEU should equally apply to the competence of NCAs to adopt negative decisions on the merits pursuant to Article 101 TFEU. Answers to the questions referred should, therefore, cover both Articles 101 and 102 TFEU⁴.

With regard to the first question referred, he emphasized that in order to ensure the uniform application of Articles 101 and 102 TFEU, Article 5 of Regulation No 1/2003 specifies the decisions NCAs may take and that it does not empower NCAs to declare formally that there has been no breach of those provisions⁵.

Under Article 5 NCAs may only “*decide that there are no grounds for action on their part*”. This wording should be interpreted as meaning the pronouncement of a decision that differs from one declaring that a practice does not restrict competition under Article 102 TFEU⁶. A different interpretation could lead

3 Opinion of Advocate General Mazák, delivered on 7.12.2010, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, case C-375/09, not yet reported.

4 §16.

5 §25.

6 §51.

to situations in which, by virtue of the principle of *ne bis in idem*, a negative decision by a NCA could prevent the European Commission (“Commission”) from later establishing an infringement⁷.

It would further follow from Article 10 of Regulation No 1/2003 that the Commission enjoys exclusive competence to adopt inapplicability decisions, at its own motion, on grounds of general interest and not with the view of closing a procedure in a specific case. These decisions are instrumental in ensuring the coherent application of EU competition rules and should be confined to exceptional cases so that they are not used as a replacement for the exemption decisions adopted under the abolished notification system set up by Council Regulation No 17 of 1962⁸.

Article 11(4) of Regulation No 1/2003 would also support the conclusion in that NCAs do not have competence to adopt negative decisions on the merits. Findings of inapplicability are not listed in a provision which stipulates that NCAs must inform the Commission before taking decisions that may impact on the uniform application of EU competition law⁹.

On the second question submitted by the referring court, the AG pointed out that Regulation No 1/2003, like all regulations, is directly applicable in the legal systems of the Member States and can constitute a direct legal basis for an NCA to close its proceedings by deciding that there are no grounds for action¹⁰. The fact that national rules do not expressly empower NCAs to adopt such a decision does not alter the obligations incumbent upon Member States under Articles 3 (1) and 5 of Regulation No 1/2003¹¹.

3. *Findings of the ECJ*

On the first point sought for preliminary ruling, the ECJ drew the attention to the different wording of the first and second paragraphs of Article 5 of Regulation No 1/2003. Whilst the first paragraph lists the decisions NCAs may take when, in the words of the ECJ, “*adjudicating on the substance*”, under

7 §30.

8 §34-47.

9 §48.

10 §56.

11 §55.

the second paragraph, the power of NCAs is limited to the adoption of decisions declaring that there are no grounds for action¹².

Article 10 of Regulation No 1/2003¹³ empowers (only) the Commission to take decisions declaring that Articles 101 and 102 TFEU do not apply. As per Recital (14) of its preamble, such findings of inapplicability may be issued (only) in exceptional cases, in particular where new types of agreements or practices are concerned and there is no established decisional practice or case law, in order to clarify the law and ensure that it is applied consistently across the EU¹⁴.

Negative decisions on the merits by NCAs could also undermine the cooperation mechanism between the Commission and NCAs established by Regulation No 1/2003 to ensure the uniform application of EU competition law. Such decisions could preclude the Commission from subsequently finding that the practice in question amounts to a breach of those rules¹⁵.

The ECJ therefore concluded that, *“it is thus apparent from the wording, the scheme of the Regulation and the objective which it pursues that the Commission alone is empowered to make a finding that there has been no breach of article 102 TFEU, even if that article is applied in a procedure undertaken by a national competition authority.”*¹⁶

¹² §21-23.

¹³ Article 10 of Regulation No 1/2003 on findings of inapplicability read as follows: “[w]here the Community public interest relating to the application of Articles [101 and 102 TFEU] so requires, the Commission, acting on its own initiative, may by decision find that Article [101 TFEU] is not applicable to an agreement, a decision by an association of undertakings or a concerted practice, either because the conditions of Article [101 (1) TFEU] are not fulfilled, or because the conditions of Article [101 (3) TFEU] are satisfied. The Commission may likewise make such a finding with reference to Article [102 TFEU]”; Recital (14) of the preamble notes that “[i]n exceptional cases where the public interest of the Community so requires, it may also be expedient for the Commission to adopt a decision of a declaratory nature finding that the prohibition in Article [101 TFEU] or Article [102 TFEU] does not apply, with a view to clarifying the law and ensuring its consistent application throughout the Community, in particular with regard to new types of agreements or practices that have not been settled in the existing case-law and administrative practice.”

¹⁴ §24-25.

¹⁵ §26-28.

¹⁶ §29; the ECJ dismissed the arguments put forward by the Czech Government in that it would be contrary to the purpose of Article 5 of Regulation No 1/2003 if NCAs were competent to adopt a decision finding that Article 102 TFEU had been infringed but not to declare that there had been no infringement. The Czech Government argued that Regulation No 1/2003 does not establish any hierarchy between the Commission and the NCAs as it is based on a relationship of horizontal cooperation (see AG Mazák Opinion above, footnote 3, §12).

On the second point sought for preliminary ruling by the Polish Supreme Court, the ECJ pointed out that, pursuant to Article 288 TFEU, Article 5 of Regulation No 1/2003 is directly applicable in all Member States. Hence, Article 5 precludes the application of a national rule requiring a procedure relating to the application of Article 102 TFEU to be brought to an end by means of a negative decision on the merits¹⁷.

II. COMMENTARY

1. *Decentralized application of Articles 101 and 102 TFEU*

Regulation No 1/2003 was adopted in order to modernise the procedural rules embodied in Council Regulation No 17 of 6 February 1962, in force for more than 40 years, and which for the first time governed how Articles 101 and 102 TFEU ought to be enforced (“Regulation No 17”)¹⁸. Regulation No 1/2003 applied from 1 May 2004 and abrogated Regulation No 17.

One of the key features of the reform undertaken by the new system is that it obliges NCAs and courts to apply both national competition law and Articles 101 and 102 TFEU to anticompetitive agreements, decisions by association of undertakings, concerted practices, and abusive conduct which affect trade between Member States, i.e., to all cases falling within the scope of application of EU competition law¹⁹.

Another fundamental change introduced by Regulation No 1/2003 is that it enables NCAs and courts to apply Articles 101 and 102 TFEU in their entirety²⁰. Most importantly, the centralised prior notification and administrative authorisation system set up by Regulation No 17 was replaced by a directly applicable exception system in which the NCAs and courts of

¹⁷ §31-35.

¹⁸ OJ 13, 21.2.1962, p. 204/62.

¹⁹ Article 3 (1) of Regulation No 1/2003 on the relationship between Articles 101 and 102 TFEU and national competition laws read as follows: “[w]here the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices within the meaning of Article [101 (1) TFEU] which may affect trade between Member States within the meaning of that provision, they shall also apply Article [101 TFEU] to such agreements, decisions or concerted practices. Where the competition authorities of the Member States or national courts apply national competition law to any abuse prohibited by Article [102 TFEU] they shall also apply Article [102 TFEU].”

²⁰ Recital (7) of Regulation No 1/2003.

the Member States have the power to apply not only Article 101(1) and Article 102 but also Article 101(3) of the TFEU²¹.

Regulation No 17 was based on direct applicability of the prohibition rule of Article 101 (1) TFEU (then, article 85 (1), and since 1999, article 81 (1) of the EC Treaty), and the Commission enjoyed exclusive competence to apply Article 101 (3) TFEU through formal decisions granting an exemption or negative clearance. Business agreements had, therefore, to be notified to the Commission in order to benefit from the exception contained in that provision.

Agreements caught by Article 101 (1) TFEU, and not benefiting from a block exemption Regulation, but which satisfy the conditions of Article 101 (3) TFEU are now directly valid and enforceable *ab initio*, without no prior affirmative decision by an authority being required²². Also, companies can now invoke this exception rule as a defence in proceedings conducted by the Commission, NCAs and courts^{23 24}.

2. Clarifications brought about by the Tele2 Polska case

To be obliged and able to apply Articles 101 and 102 TFEU in full, including Article 101 (3) TFEU, does not mean, however, the ECJ has clarified in the *Tele2 Polska* case, to have the power to formally find that those provisions do not apply to a particular agreement, decision or practice. Notwithstanding the system of parallel competences created by Regulation No 1/2003, this power still lies exclusively with the Commission, although inapplicability decisions are now limited to exceptional circumstances and are no longer

21 Recital (4) of Regulation No 1/2003.

22 Article 1 (2) of Regulation No 1/2003.

23 *Commission staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council - Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM (2009) 206 final - COM (2009) 574 final, of 29.4.2009 ("Commission 2009 staff working paper on Regulation No 1/2003")*, §10.

24 In the enforcement of Article 102 TFEU the Commission will also examine claims put forward by dominant firms in that their conduct is justified; "[a] dominant undertaking may do so either by demonstrating that its conduct is objectively necessary or by demonstrating that its conduct produces substantial efficiencies which outweigh any anticompetitive effects on consumers." [*Communication from the Commission - Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, of 9.2.2009, (2009/C 45/02), O) 2009 C 45/7, ("Commission 2009 Guidance on Article 102 TFEU")*, §28].

constitutive²⁵. In so many words, “*NCA*s do not have the power to bless, only to condemn.”²⁶

The furthest NCAs can go is to issue “procedural”²⁷ reasoned decisions certifying that there are no grounds for action on their part, which do not bind other enforcers or national courts²⁸, not only in a situation where the investigation has not produced sufficient evidence to prove that a breach of EU competition law has occurred, but also where the NCA finds that there is sufficient evidence of non infringement.

In particular, the decentralised application of Article 101 TFEU under Regulation No 1/2003 with regard to the application of the exception contained in Article 101 (3) TFEU has enabled NCAs to assess whether the conditions for its application are met or not. If they find those conditions are not satisfied they may adopt a prohibition decision, impose penalties, order interim measures, accept undertakings from the parties, or withdraw the benefit of a block exemption Regulation. By contrast, where they find that those conditions are satisfied they are required to issue a decision with a lesser legal value than the formal exemption decisions granted by the Commission under Regulation No 17.

This outcome appears to be in line with the powers Regulation No 1/2003 grants to the Commission itself.

Even the Commission, on the basis of Article 10 of Regulation No 1/2003, may take a decision of a declaratory nature finding that the prohibition in Articles 101 or 102 TFEU only in a very limited number of situations. Findings of inapplicability are understood as an instrument that institution may exceptionally use to set out its position in landmark cases²⁹, clarify the law for all companies that may find themselves in similar situations³⁰, and ensure its consistent application throughout the EU, “*namely: (i) to “correct”*”

25 Korah, 2004: 211-212.

26 Van Bael, 2010: 963.

27 Amato *et al.*, 2009: 14.

28 Commission 2009 staff working paper on Regulation No 1/2003, §34.

29 Explanatory Memorandum accompanying the initial proposal for Regulation No 1/2003, COM (2000) 582 final, of 27.9.2000, p.11.

30 *Ibid.*

the approach of a national competition authority; or (ii) to send a signal to the ECN about how to approach a certain case."³¹

The Commission's enforcement practice shows that where Article 101 (3) TFEU is likely to be fulfilled the case is often not pursued further under its system of priority setting; cases where Article 101 (3) TFEU aspects have been considered may also result in commitment decisions³²; only where the public interest of the EU so requires the Commission may find that Articles 101 or 102 TFEU are not applicable to a certain case³³.

The Commission has replied to those criticising its reluctance in initiating proceedings under Article 10, and calling for greater legal certainty through more positive enforcement, by stressing that "*the use of "Community public interest" in Article 10 excludes the adoption of such decisions in the interests of individual companies, to avoid this instrument being used as a replacement for the exemption decision under the old system.*"³⁴; and noting that "*the reform of the antitrust rules entailed a shift [...] to a system in which the emphasis is on general guidance that can be helpful to numerous undertakings and other enforcers.*"³⁵ It further explains that "*the extensive efforts of the ECN in promoting the coherent application of the EC antitrust rules have made its [Article 10] use unnecessary to date.*"³⁶

The ECJ largely confirmed the way the Commission understands its powers under Article 10.

As to the conclusion of the ECJ in that non infringement decisions by NCAs would risk undermining the cooperation system set out by Regulation No 1/2003³⁷, because the Commission could be precluded from subsequently making a finding of infringement in relation to that practice, we believe that statement should not lose sight of the information obligations in relation

31 *Commission 2009 staff working paper on Regulation No 1/2003*, §113.

32 *Ibid*, §26.

33 *Ibid*, §112.

34 *Ibid*, §113.

35 *Communication from the Commission to the European Parliament and Council - Report on the functioning of Regulation 1/2003 SEC (2009) 574 - COM (2009) 206 final*, of 29.4.2009, §9.

36 *Ibid*, §15; in its Report on competition policy for the year 2010, COM (2011) 328 final, of 10.6.2011, the Commission indicates at §145 that as in previous years it did not initiate in 2010 any proceedings with the view to ensuring coherency in decision making.

37 See above footnote 1, §26-28.

to ongoing cases, which also form part of the close cooperation mechanisms between the Commission and NCAs.

In accordance with Article 11 (3) of Regulation No 1/2003, NCAs must inform the Commission of their actions under Articles 101 and 102 TFEU before or without delay after the first formal investigative measure. Such information obligations presumably serve the purpose of enabling the Commission to regularly identify the ongoing cases it considers desirable to take up: pursuant to Article 11 (6) of Regulation No 1/2003 once the Commission opens its own proceedings, NCAs are automatically relieved of their competence to apply EU competition law; Recital (17) emphasises that if a NCA is already acting on a case and the Commission intends to initiate proceedings, it should endeavour to do so as soon as possible.

This framework ought to avoid systematic subsequent findings of infringement by the Commission in relation to cases already dealt with and closed, including by means of a no grounds for action procedural decision, by NCAs³⁸.

3. *Ambiguity of the second paragraph of Article 5 of Regulation No 1/2003*

Until this judgment of the ECJ it was not entirely clear how the second paragraph of Article 5 of Regulation No 1/2003, providing for a decision at national level stating that there are no grounds for action where the conditions for prohibition under Articles 101 or 102 TFEU are not met, should be interpreted.

In the 2000 Explanatory Memorandum accompanying the initial proposal for Regulation No 1/2003, the Commission generally emphasized that “*no competition authority forming part of the network can be empowered to adopt constitutive exemption decisions when applying the Community competition rules.*”³⁹

In its 2009 staff working paper on Regulation No 1/2003 the Commission noted, with regard to the application of Article 101 (3) TFEU by NCAs, that “*to the extent that notifications under national law persist and the parallel application of EC law pursuant to Article 3 of the Regulation is required in notified*

³⁸ In accordance with EU case law the application of the *ne bis in idem* principle is subject to the threefold condition of identity of the facts, unity of offender and unity of the legal interest protected (see judgment of the General Court, of 25.10.2005, *Danone v. Commission*, case T-38/02, ECR 2005, II, p. 4407, §185).

³⁹ See above footnote 29, p. 12.

*cases, national competition authorities cannot adopt exemption decisions in respect of Article [101 TFEU], pursuant to Article 5, last sentence. They only have the possibility to combine an exemption or clearance decision under national law with the “no grounds for action” conclusion envisaged by the last sentence of Article 5.”*⁴⁰

Despite the Commission’s understanding, there were voices arguing that the second paragraph of Article 5 of Regulation No 1/2003 was too ambiguous even to support the view that a “no grounds for action” decision could not amount to a constitutive exemption or negative clearance granted in the context of a prior notification and administrative authorization system⁴¹. Moreover, some Member States maintained exemption systems which applied irrespective of whether the agreements fell within the scope of application of Article 101 TFEU⁴².

There was also no consensus on whether NCAs could take formal non-infringement decisions at the end of an investigation, notably for the purposes of rejecting a complaint, declaring that there were no grounds for action on their part because, account taken of the evidence gathered and circumstances of the individual case under analysis, Articles 101 or 102 TFEU did not apply.

A great number of commentators were of the opinion that NCAs could not close a case by means of a declaratory decision to the effect that Articles 101 and 102 TFEU were inapplicable. They asserted that NCAs “*do not have the power to adopt non-infringement decisions similar to the decisions which the Commission may adopt under Article 10 of the Regulation*”⁴³; and that the “*Commission retains its specific role in clarifying the law*”⁴⁴; *the intention [...] seems to be to prevent NCAs from taking decisions [...] which might be binding on national courts*”⁴⁵. In Portugal, *Miguel Moura e Silva*, head of the department dealing with restrictive practices of the Portuguese Competition Authority (“PCA”), highlighted that inapplicability decisions did not figure in Article 5

40 See above footnote 23, §37.

41 Amato *et al.*, 2009: 14.

42 *Ibid.*

43 P.J. Wils, 2005: 8.

44 Ortiz Blanco, 2006: 105.

45 *Ibid.*

of Regulation No 1/2003, which stipulated the content of the decisions that NCAs may adopt⁴⁶.

But not all read Article 5 of Regulation No 1/2003 in this way. *Valentine Korah*, for instance, took the view that pursuant to the new system of enforcement under Regulation No 1/2003, “*the Commission, NCAs or national courts will be able to declare Article [101 (1)] inapplicable on the grounds set out in Article [101] (3).*”⁴⁷ Also, decisions by NCAs concluding an investigation by means of a non infringement decision under the EU rules on competition could be found⁴⁸.

As to the Commission, the 2009 staff working paper on Regulation No 1/2003 vaguely referred that where national rules require NCAs to close proceedings by means of a formal reasoned decision regard should be taken of the last sentence of Article 5: “*the conclusion of cases in which the national authority considered the conditions of Article [101(3) TFEU] to be fulfilled, depends on national procedural rules and practices. [...] [t]o the extent that a [reasoned] decision by the authority is formally required, it has to comply with the last sentence of Article 5, according to which the national competition authorities may decide that there are no grounds for action on their part.*”⁴⁹ Though further on in that paper the Commission indicates that it has the exclusive power to adopt findings of inapplicability decisions in accordance with Article 10 of Regulation No 1/2003.⁵⁰

4. Non infringement decisions vs. reasoned no grounds for action decisions

The statements of the Commission in the 2009 staff working paper on Regulation No 1/2003 appeared as a response to those sustaining that even if they were not expressly empowered to take inapplicability decisions, NCAs would inevitably adopt decisions following the wording of Article 10, in particular, where the investigation had been triggered by a complaint and the complainant was entitled to a decision explaining the grounds for rejection. The dismissal of the complaint could be motivated by a finding of the NCA in

46 Moura e Silva, 2008: 80.

47 Korah, 2004: 211-212.

48 See, for example, decision by the UK Office of the Rail Regulator (ORR), in the case *DB Schenker Rail (UK) Limited*, of 2.8.2010, §199.

49 See above footnote 23, §34.

50 *Ibid.*, §112.

that the conditions of Article 101 (1) or 102 TFEU were not fulfilled or that the conditions of Article 101 (3) TFEU were satisfied⁵¹.

The ECJ reasonably did not go as far as objecting to reasoned decisions by NCAs which conclude that there are no grounds for action on their part. It could not have gone that far. Hence, reasoned decisions may continue to give comfort to businesses, at least in the jurisdiction of the NCA in question, notably in proceedings before national courts in the context of private actions for damages and for the legal enforcement of agreements. The NCA's assessment of the facts will most certainly constitute a factor which national courts will take into account when examining whether the agreements or conduct in question are in accordance with Articles 101 and 102 TFEU⁵².

In the end, the distinction between a decision concluding that “*ORR's view is, on the basis of the evidence available, that DBS's conduct to date has not amounted to an infringement of Chapter II of the Act or of Article 102 of the Treaty*”⁵³; and another decision stating that, “*au vu des éléments exposés ci-dessus, les pratiques des laboratoires [...] ne peuvent être qualifiées d'abus d'une telle position [dominante] au sens des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article [102 TFEU], [...] en conséquence, il convient de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce et de prononcer un non-lieu à poursuivre la procédure*”⁵⁴, comes out as rather immaterial.

With regard to the assessment of Article 101 (3) TFEU conditions, the ECJ has held, in the landmark case *Consten and Grundig*, that even if the burden of proof in relation to those conditions lies on the parties⁵⁵, “*the undertakings are entitled to an appropriate examination by the Commission of their requests for article [101 (3) TFEU] to be applied. For this purpose, the Commission may not confine itself to requiring from undertakings proof of the fulfilment of the requirements for the grant of the exemption but must, as a matter of good administration, play its part, using the means available to it, in ascertaining the relevant facts and circumstances. Furthermore, the exercise of the Commission's*

51 Ortiz Blanco, 2006: 105.

52 Judgment of the Court of Justice, of 10.7.1980, *Procureur de la République and others v Bruno Giry and Guerlain SA and others*, joined cases 253/78 and 1 to 3/79, ECR 1980, p. 2327, §13.

53 See above footnote 47.

54 See decision by the French NCA, 05-D-72, of 20.12.2005 “*relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments*”, §277-278.

55 This rule is currently enshrined in Article 2 of Regulation No 1/2003.

*powers necessarily implies complex evaluations on economic matters. A judicial review of these evaluations must take account of their nature by confining itself to an examination of the relevance of the facts and of the legal consequences which the commission deduces there from. This review must in the first place be carried out in respect of the reasons given for the decisions which must set out the facts and considerations on which the said evaluations are based.*⁵⁶

Similar reasoning requirements should extend to the application of Article 101 (3) TFEU by NCAs in the context of national proceedings, and arguably also in what concerns the claims put forward by dominant firms in that their conduct is justified⁵⁷.

5. Portuguese competition law

We do not anticipate the *Tele2 Polska* judgement to have significant implications in Portuguese competition law.

The PCA is not required to give a decision stating that a practice does not restrict competition if it does not establish that a breach has been committed. In this situation, Article 25 (where a statement of objections has not been issued) and Article 28 (where the PCA has issued a statement of objections) of Portuguese Law No 18/2003 on competition⁵⁸ require the PCA to adopt a decision closing the procedure, which does not equal to an “acquittal” decision.

Portuguese Regulation No 9/2005 does implement a voluntary prior evaluation procedure with regard to anticompetitive agreements, decisions by associations of undertakings and concerted practices (“Portuguese Regulation No 9/2005”⁵⁹) whereby companies can obtain from the PCA a declaration in that the prohibition of Article 4 (1) of Portuguese Law No 18/2003 on competition (a provision similar to Article 101 (1) TFEU) does not apply, or that the conditions set out in Article 4 (3) thereof (a provision similar to Article 101 (3) TFEU) are met⁶⁰.

56 Judgment of the Court of Justice, of 13.7.1966, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, joined cases 56 and 58-64, ECR 1966, p. 299, P. 347.

57 *Commission 2009 Guidance on Article 102 TFEU*, §28.

58 Diário da República, I Série-A, n.º 134, 11.6.2003, p. 3450.

59 Diário da República, II Série, n.º 24, 3.2.2005, p. 1746.

60 Article 2 (1) of Portuguese Regulation No 9/2005.

Nevertheless, Article 1 (2) of that Regulation expressly determines that the procedure is not applicable where the agreements, decisions by associations of undertakings and concerted practices are also covered by the scope of application of Article 101 TFEU. Its preamble explains that pursuant to the directly applicable exception system envisaged by Regulation No 1/2003, the prior evaluation procedure under Portuguese Regulation No 9/2005 ought to be limited to those cases falling outside the scope of EU competition law because trade between Member States is not affected.

REFERENCES

BOOKS

KORAH, Valentine

2004 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8.^a ed., Oxford: Hart Publishing.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial*, Lisboa: Almedina.

ORTIZ BLANCO, Luis

2006 *EC Competition Procedure*, 2.^a ed., New York: Oxford University Press.

VAN BAELE, Ivo, BELLIS, Jean- François

2010 *Competition Law of the European Community*, 5.^a ed., The Hague: Kluwer Law International.

WEBSITES

AMATO, Filippo, ARMATI, Leonardo, MEROLA, Massimo, MORGAN DE RIVERY, Eric

2009 “Relationship between EC Competition Law and National Competition Law”, Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe: Time for a Review of Regulation 1/2003?, Global Competition Law Centre Conference, 11 & 12 June 2009, in *Concurrences*, n.º 3, online: www.concurrences.com [consultado em: 10.7.2011].

WILS, Wouter P.J.

2005 “The reform of competition law enforcement brought about by Regulation No 1/2003 – Will it work?”, in *Concurrences*, n.º 4, online: www.concurrences.com [consultado em: 10.7.2011].

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – ABRIL A JUNHO DE 2011

elaborado por André Forte

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (1.º Juízo) de 29.04.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 938/10.7TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contra-ordenação).

Recorrente: *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.*

Sumário: julga parcialmente procedente o recurso interposto, decidindo i) absolver a arguida da prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelos artigos 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e 82.º do TCE; ii) condenar a arguida pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelos artigos 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, 81.º, n.º 1, do TCE e 43.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, na coima de noventa mil euros; iii) declarar nulas e de nenhum efeito as disposições do Regulamento da Formação de Créditos da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas; iv) determinar a publicação, a expensas da arguida, de um extracto da decisão na III série do Diário da República e num jornal diário de circulação nacional; e v) condenar a arguida nas custas do processo.

Normas relevantes: arts. 4.º, 6.º, 43.º, 44.º e 51.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, 3.º, 8.º, 18.º e 32.º do RGCO, 80.º, al. a), e 81.º, al. e), da Constituição da República Portuguesa, 3.º, n.º 1, al. g), 4.º, n.º 1, 81.º e 82.º do TCE.

Decisão Sumária do Tribunal Constitucional, de 09.06.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 336/2011 (recursos de despachos do Tribunal de Comércio de Lisboa e de acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa).

Recorrentes: *Abbott – Laboratórios, Lda.* e *Menarini Diagnósticos, Lda.*

Sumário: decide não conhecer dos objectos dos recursos interpostos pelas recorrentes.

Normas relevantes: art. 280.º, n.º 1, al. *b)*, da CRP; art. 70.º, n.ºs 1, al. *b)*, 2 e 4, 72.º, n.º 2, 76.º, n.º 1, e 78.º-A da Lei do Tribunal Constitucional.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO — ABRIL A JUNHO DE 2011

elaborado por José Renato Gonçalves

CMVM

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.^a Secção, de 6 de Abril de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 1724/09.2 TFLSB.L1, do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual fora impugnada a decisão da CMVM que condenara o BCP – Banco Comercial Português, S. A., em seis coimas previstas e punidas pelos arts. 388.º-1, al. *a*) e 389.º-1, al. *a*), do CVM, e em cúmulo jurídico na coima única de 5 milhões de euros, suspensa na sua execução pelo valor de 2,5 milhões de euros pelo prazo de dois anos. O recorrente apresentou um “requerimento probatório”, indeferido em adiência de julgamento por despacho, que foi objecto de recurso. No recurso da sentença, o *BCP – Banco Comercial Português, S. A.* pediu a declaração de nulidade, a revogação e a substituição da sentença (e da decisão da CMVM) por vício de fundamentação, por insuficiência para a sentença da matéria de facto provada quanto à imputação subjectiva, por falta de pronúncia sobre vícios arguidos, por errada aplicação do Direito (designadamente quanto à obrigação de consolidação de contas, quanto ao âmbito e ao sentido do dever de informação objecto de sanção contra-ordenacional), por concurso aparente de contra-ordenações e por outros vícios da acusação e da decisão final da CMVM (incluindo a ausência de uma fase formal de acusação ou de investigação), incorrectamente julgados pelo tribunal *a quo*, configurando, em seu entender, a violação de várias normas constitucionais e internacionais.

Recorrente: *BCP – Banco Comercial Português, S. A.*

Tipo de ilícito: violação dos deveres de comunicação ou divulgação de informação completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita (contra-ordenação muito grave).

Sumário: o recurso foi julgado improcedente e a sentença integralmente confirmada. O acórdão foi objecto de recurso para o Tribunal Constitucional [ver anotação posterior].

Normas relevantes: arts. 1.º, 2.º, 8.º, 13.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, n.º 1, 27.º, 32.º e 266.º, n.º 2 da CRP, art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 14.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, arts. 7.º, 245.º, 360.º, n.º 1, als. *e)* e *f)*, 361.º, n.ºs 1, al. *f)* e 2, 381.º, 388.º, n.º 1, al. *a)*, 389.º, n.ºs 1, al. *a)* e 3, alíneas *b)* e *c)*, 401.º, n.º 1, 408.º, n.º 1, al. *c)* do CVM (Código dos Valores Mobiliários), arts. 119.º, al. *d)*, 122.º, n.º 1, 123.º, n.º 1, 125.º, 126.º, n.ºs 1 e 2, als. *a)* e *d)* e 3, 241.º, 262.º, 283.º, n.º 3 e 379.º do CPP, arts. 33.º, n.º 1, 41.º, n.ºs 1 e 2, 43.º, 50.º, 54.º, n.ºs 1 e 2, 58.º e 75.º do RGCO.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (2.º Juízo, 3.ª Secção) de 15 de Abril de 2011, proferida no âmbito do Processo n.º 464/09.7 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM que condenara a recorrente pela prática a título doloso de duas contra-ordenações por violação dos deveres de divulgação imediata de informação, através do Sistema de Difusão de Informação (SDI) da CMVM – Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários, “relativa à ocorrência de negociações entre a recorrente e a PDVSA – Petróleos da Venezuela, S. A., com vista à assinatura de um acordo” e de informação relativa à mudança de presidente da comissão executiva e de vice-presidente do conselho de administração.

Recorrente: *Galp Energia – S. G. P. S., S. A.*

Tipo de ilícito: violação do dever de divulgação imediata de informação.

Sumário: o recurso foi julgado parcialmente procedente e, consequentemente, a arguida foi condenada ao pagamento de uma coima no valor de 35 mil euros pela prática a título negligente de uma contra-ordenação prevista e punida pelos arts. 24.º, n.ºs 1, al. *a)* e 2, 388.º, n.ºs 1, al. *a)* e 3, 394.º, n.º 1, al. *i)*, 401.º e 402.º do CVM.

A arguida recorreu da sentença para o Tribunal da Relação.

Normas relevantes: arts. 248.º-1, 388.º, n.º 1, al. *a)* e 3 e 394.º-1 al. *i)* do CVM e arts. 51.º e 59.º do RGCO.

Decisão sumária n.º 301/2011 do Tribunal Constitucional, de 19 de Maio de 2011, proferida no âmbito do Processo n.º 367/2011, 1.ª Secção, tendo por objecto o recurso do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção, de 6 de Abril de 2011 (respeitante ao Processo n.º 1724/09.2 TFLSB.L1, do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, em que foi impugnada a decisão da CMVM que condenou o BCP – Banco Comercial Português, S. A., em seis coimas previstas e punidas pelos arts. 388.º, n.º 1, al. a) e 389.º, n.º 1, al. a) do CVM), o qual julgara improcedente o recurso e confirmara integralmente a sentença [cfr. anotação anterior], sobre cinco questões de inconstitucionalidade.

Recorrente: *BCP – Banco Comercial Português, S. A.*

Objecto do recurso: apreciação da conformidade constitucional de várias normas sobre valores mobiliários [identificadas na anotação antecedente ao Acórdão da Relação de Lisboa, 3.ª Secção, de 6 de Abril de 2011].

Sumário: o Tribunal decidiu não tomar conhecimento do objecto do recurso, designadamente porque os enunciados normativos formulados pelo recorrente não correspondem aos critérios adoptados pelo Tribunal da Relação no seu acórdão.

Normas relevantes: arts. 1.º, 2.º, 13.º, 20.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, 27.º, 29.º, n.ºs 1 e 3, e 32.º, n.ºs 1, 2, 5, 8 e 10 da CRP, art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 14.º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU e arts. 70.º, n.ºs 1, al. b), 2 e 3, 72.º, n.ºs 1, al. b), e 2, 75.º, 75.º-A e 78.º-A da Lei do Tribunal Constitucional.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção, de 1 de Junho de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 1725/09.0 TFLSB.L7, do 1.º Juízo do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual fora revogada a decisão da CMVM de aplicação à arguida, Sumol + Compal, S. A., de três coimas previstas e punidas pelos arts. 388.º, 389.º, 394.º e 400.º do CVM. Não se conformando com a sentença, o Ministério Público e a CMVM recorreram invocando designadamente os vícios de (i) insuficiência para a sentença da matéria de facto provada, de (ii) contradição insanável entre a fundamentação e entre esta e a decisão e de (iii) deficiente fundamentação e falta de exame crítico dos factos “não provados”.

Recorrente: *Ministério Público e CMVM*

Tipo de ilícito: violação do dever de divulgação imediata de factos relevantes.

Sumário: os recursos interpostos foram julgados procedentes, tendo sido declarada a nulidade da sentença e, parcialmente, do julgamento, bem assim ordenado o reenvio dos autos para novo julgamento, limitado a um conjunto de questões especificadas, por *(i)* insuficiência para a sentença da matéria de facto provada, quanto à imputação subjectiva, por *(ii)* contradição insanável entre a fundamentação e entre esta e a decisão e por *(iii)* deficiente fundamentação e falta de exame crítico dos factos “não provados”.

Normas relevantes: arts. 410.º, n.º 2, als. *a)* e *b)*, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, als. *a)* e *c)* do CPP.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – ABRIL A JUNHO DE 2011

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 03.05.2011, proferido no âmbito do Processo C-375/09

(pedido de decisão prejudicial).

Partes: *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów / Tele2 Polska sp. z o.o., actualmente Netia SA.*

Acordos, decisões e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-240/07.

Partes: *Heineken Nederland BV, Heineken NV / Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-235/07.

Partes: *Bavaria NV / Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito dos Processos T-212/08 e T-204/08.

Partes: *Team Relocations NV e o. / Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-211/08.

Partes: *Putters International NV / Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-210/08.

Partes: *Verhuizingen Coppens NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito dos Processos T-209/08 e T-208/08.

Partes: *Gosselin Group NV, Stichting Administratiekantoor Portielje* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-199/08.

Partes: *Ziegler SA* / Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-197/06.

Partes: *FMC Corp.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-196/06.

Partes: *Edison SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-195/06.

Partes: *Solvay Solaxis SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-194/06.

Partes: *SNLA SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-192/06.

Partes: *Caffaro Srl* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-191/06.

Partes: *FMC Foret, SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-186/06.

Partes: *Solvay SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-185/06.

Partes: *L'Air liquide, société anonyme pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 07.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-217/06.

Partes: *Arkema France, Altuglas International SA, Altumax Europe SAS* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 07.06.2011, proferido no âmbito do Processo T-206/06.

Partes: *Total SA, Elf Aquitaine SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 17.05.2011 proferido no âmbito do Processo T-343/08.

Partes: *Arkema France* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 17.05.2011, proferido no âmbito do Processo T-299/08.

Partes: *Elf Aquitaine SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.04.2011, proferido no âmbito do Processo T-461/07.

Partes: *Visa Europe Ltd, Visa International Service* / Comissão.

Questões processuais

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.6.2011, proferido no âmbito do Processo C-360/09

(pedido de decisão prejudicial).

Partes: *Pfleiderer AG / Bundeskartellamt*.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas

RECENSÃO

Joanna Goyder, *EU Distribution Law*, Fifth Edition, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.

elaborado por Ricardo Bayão Horta

A AUTORA

Joanna Goyder é advogada em Bruxelas, especializada em direito da concorrência e direito comercial. É formada em Direito pela Universidade de Cambridge e em Direito Europeu pela Université Libre de Bruxelles e pelo European University Institute em Florença. Joanna Goyder é Autora de várias obras nas áreas de Direito europeu da concorrência e dos acordos de distribuição.

SINOPSE DA OBRA

A Autora apresenta-nos a 5.^a edição da sua obra *EU Distribution Law*, inicialmente publicada em 1992. Como a própria indica no seu prefácio, a obra pretende ser um guia para a aplicação do Direito da União Europeia (UE) a acordos de distribuição, encontrando-se dividida em sete grandes capítulos, incluindo uma parte final de quatro Apêndices que contêm a legislação mais relevante.

O primeiro capítulo inicia com um conjunto de noções básicas e essenciais sobre Direito da UE, designadamente sobre a natureza jurídica da União, as suas instituições, as fontes materiais e formais de Direito da UE, e as relações entre direito europeu e direito nacional de cada Estado-membro, em

concreto à luz dos princípios de efeito directo da ordem jurídica europeia nas ordens jurídicas nacionais de cada Estado-membro e de primazia do direito da UE sobre cada um dos direitos nacionais. Este capítulo termina com um conceito de *EU distribution law* proposto pela Autora.

O segundo capítulo contém um conjunto de noções básicas e fundamentais sobre Direito europeu da concorrência. Aqui, a Autora “disseca” os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) nas suas componentes substantiva – por recurso à letra de cada normativo – e procedimental – por recurso ao disposto no Regulamento 1/2003¹.

Apenas com o terceiro capítulo a Autora inicia a sua dissertação – ainda que de âmbito geral – sobre o tema central da obra: os acordos de distribuição². Fá-lo por referência à aplicação do Direito europeu de concorrência aos mesmos e, em concreto à luz dos artigos 101.º e 102.º TFUE, e de isenções por categoria, em particular por recurso ao Regulamento n.º 330/2010 sobre restrições verticais e correspondentes Orientações³.

Os capítulos quarto, quinto e sexto abordam, respectivamente, três tipos específicos de acordos de distribuição: acordos de distribuição selectiva; acordos de franquia; e acordos de agência⁴. À semelhança do que ocorre no capítulo terceiro, também a análise de cada uma destas modalidades de acordos

1 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, publicado no Jornal Oficial n.º L 001 de 04 de Janeiro de 2003, pp. 0001-025.

2 Enquanto acordos celebrados entre um fornecedor e um distribuidor relativo à distribuição de determinado bem ao longo da cadeia de valor

3 Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, publicado no Jornal Oficial nº L 102 de 23 de Abril de 2010 pp. 0001-0007, e correspondentes Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de Maio de 2010, publicadas no Jornal Oficial C 130 na mesma data, pp. 1-46.

4 Os acordos de distribuição selectiva implicam que os distribuidores integrados em determinada rede de distribuição acordem em se abster de revender os bens que distribuem fora da sua rede. Os critérios de selecção dos distribuidores para integrarem uma rede desta natureza constituem um elemento-chave do sistema, podendo envolver critérios de natureza qualitativa ou quantitativa. Este sistema representa um recurso comum em redes de distribuição de produtos de luxo ou que ostentem um direito de propriedade intelectual com uma notoriedade não desprecienda. No caso de acordos de franquia, o franqueador licencia a utilização dos direitos de propriedade intelectual dos seus produtos a uma rede de retalhistas (franqueados) jurídica e financeiramente independentes daquele, criando assim a aparência de uma rede uniforme de distribuição de produtos e serviços. Por último, o acordo de agência implica uma relação jurídica através da qual o agente é incumbido de negociar e/ou de celebrar contratos para a compra e/ou venda de produtos ou serviços por conta de outra pessoa (comitente) e no âmbito dos quais não assume qualquer risco financeiro significativo.

de distribuição é feita à luz do artigo 101.º TFUE e das aplicáveis disposições de isenções por categoria.

De salientar que o capítulo quarto sobre acordos de distribuição selectiva inclui uma secção autónoma relativa a acordos verticais e práticas concertadas no sector dos veículos automóveis⁵, e o capítulo sexto sobre acordos de agência uma secção dedicada à Directiva relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais⁶.

Finalmente, no capítulo sétimo da obra é apresentado um conjunto de reflexões sobre o eventual impacto prático que a aplicação do actual regime das restrições verticais e, bem assim, o processo de reforma do artigo 102.º TFUE podem vir a ter na celebração e implementação de acordos de distribuição. Ainda neste capítulo, a Autora aborda um leque variado de temas (*v.g.* crescente poder do lado da procura, vendas através da internet, *enforcement* a nível da UE e nacional, pedidos de indemnização civil por violação de regras da concorrência, e importância de uma sólida análise económica) os quais, atendendo à evolução do modo como os agentes económicos os têm percebido e enquadrado nos seus modelos de negócio assentes em acordos de distribuição, afiguram-se merecedores de um conjunto de reflexões.

COMENTÁRIO

A obra de Joanna Goyder constitui um indispensável instrumento de auxílio na interpretação e aplicação de uma das mais complexas e influentes matérias, por um lado, de política macroeconómica e comercial da União Europeia – na qual se inclui a política de concorrência – e, por outro, na definição do modelo de negócio que cada agente económico entende melhor se adequar ao mercado onde actua.

A importância para os agentes económicos de uma análise clarividente do regime jurídico europeu aplicável a acordos de distribuição é tanto maior quanto a necessidade premente dos fornecedores venderem os seus bens aos distribuidores e estes aos retalhistas.

5 Regulamento (UE) n.º 461/2010 da Comissão, de 27 de Maio de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector dos veículos automóveis, publicado no Jornal Oficial n.º L 129 de 28 de Maio de 2010 pp. 0052-0057.

6 Directiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986, publicada no Jornal Oficial n.º L 382 de 31 de Dezembro de 1986 pp. 0017-0021.

Neste sentido se poderá afirmar que um regular, eficiente, completo e harmonioso funcionamento da cadeia de valor dependerá, em grande escala, de uma clara percepção e adequação do conjunto de regras jurídicas às realidades micro e macroeconómicas que por aquelas se regem.

E é sobre este ponto de ordem que a presente obra de Joanna Goyder traz um contributo da maior relevância.

A um tempo, pela própria sistematização da obra, iniciada por três capítulos que, não obstante a sua natureza introdutória e geral, apresentam o tratamento das respectivas matérias de forma crescentemente mais específica: o primeiro capítulo aborda o Direito europeu geral; subsequentemente passando no segundo capítulo para a disciplina mais específica do Direito europeu da concorrência; e, terminando no capítulo terceiro numa abordagem ainda mais específica sobre o regime geral dos acordos de distribuição.

Apenas quando este último termina passa a uma análise específica e individualizada de três modalidades de acordos, a saber: acordos de distribuição selectiva; acordo de franquia; e acordo de agência.

A outro tempo, é igualmente de enaltecer a inserção no início de cada capítulo de um conjunto de ideias-chave que não só sumariam o capítulo em causa, como a clareza da linguagem usada nessas ideias-chave habilita leitores tecnicamente menos especializados a abordar cada capítulo já munido de algumas bases essenciais para assimilar os respectivos conteúdos. Simultaneamente inclui, ainda no início de cada capítulo, um conjunto de referências a textos-chave essenciais, destinado a auxiliar numa melhor compreensão do capítulo em questão, designadamente artigos relevantes do TFUE, legislação e actos emanados das instituições da UE, prática decisória da Comissão e jurisprudência dos Tribunais da UE.

Esta forma pragmática de sistematização e organização possibilita que um leitor possa ter acesso a um conteúdo altamente complexo, mas exposto e explicado de uma forma muito clara, inteligível e bem sintetizada, fundamentada não apenas em legislação e actos complementares (essencialmente nos capítulos um a três), mas também em jurisprudência dos Tribunais da UE e prática decisória da Comissão Europeia (essencialmente nos capítulos quatro a seis).

Não pretendendo aqui ser simplista na sua apreciação, a obra de Joanna Goyder apresenta-se-nos como um guia de referência rápida no qual o leitor – possivelmente na sua maioria tecnicamente menos especializado quanto ao regime jurídico europeu aplicável a acordos de distribuição – possa encontrar respostas claras, concisas e, face aos mais recentes desenvolvimentos legisla-

tivos de 2010 em matéria de restrições verticais, plenamente actualizadas no que toca aos temas abordados.

Aspecto curioso que ilustra bem o cariz pedagógico e informativo desta obra prende-se com a advertência patente no início do capítulo três *Distribution Agreements* na qual se faz notar que “*An understanding of the basic substantive and procedural rules of EU competition law is essential background to this chapter and those that follow. Readers not familiar with these are recommended to start by reading chapter two [EU Competition Law]*”. A mesma advertência repete-se em cada uma das análises individuais dos capítulos quatro a seis: “*It is essential that this chapter be read in conjunction with chapter three [Distribution Agreements] for a full understanding of the treatment...*” do tema do capítulo específico que irá iniciar.

De notar, porém, que as aludidas características de clareza, síntese e inteligibilidade que tornam esta obra um “valor seguro” quanto aos temas que aborda, não são acompanhadas por uma componente de apreciação crítica da Autora – praticamente ausente – sobre aqueles mesmos temas.

Por outro lado, considerando que as regras e princípios subjacentes ao Direito da concorrência constituem um elemento indispensável na apreciação do regime jurídico dos acordos de distribuição – basta lembrar que a sua análise é feita à luz dos artigos 101.º e 102.º TFUE e dos Regulamentos de isenção por categoria – julga-se ter a obra ficado aquém do seu objectivo total quando, comparativamente com as análises individuais de distribuição selectiva, franquia e agência, apenas de forma geral e superficial são abordados os restantes tipos de restrições verticais em acordos de distribuição – marca única, distribuição exclusiva, fornecimento exclusivo, gestão por categoria, e subordinação – ou as tão complexas implicações que possam resultar de um acordo de distribuição que combine duas ou mais destas restrições.

Por último, a referência obrigatória do Direito da concorrência no tratamento e análise da temática sobre acordos de distribuição de todo a converte na única dimensão a poder e dever ser considerada para o efeito. Assim, matérias relacionadas com outras e tão variadas dimensões de análise a acordos de distribuição, como sejam as 4 liberdades fundamentais da UE (principalmente liberdade de circulação de mercadorias e liberdade de estabelecimento), ou como fiscalidade, protecção do consumidor, e direitos de propriedade intelectual, não encontram, completa ou praticamente, qualquer referência ao longo da obra, porventura retirando-lhe maior riqueza de âmbito e objecto.

Sem prejuízo destes reparos, não se pode deixar de enaltecer o interesse e a mais-valia que a obra aqui apresentada traz para o universo dos profissionais e comunidade académica do Direito da UE em geral e do Direito europeu da concorrência, mas também, e muito em especial, para o universo de agentes económicos.

De facto, considerando que o sucesso destes últimos no exercício das respectivas actividades económicas tende em muito a basear-se no recurso a acordos de distribuição, um rigoroso, claro, completo e actualizado conhecimento do regime jurídico aplicável poderá representar a diferença entre uma relação comercial economicamente promissora mas com marcas de ilegalidade, e uma relação comercial economicamente não tão promissora mas integralmente conforme à lei.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS – Abril a Junho de 2011

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

A. ORSULOVA, D. RAUS – *Competition Law in the Slovak Republic*, The Hague/ London/New York: Kluwer Law International, 2011.

BERT KEIRSBILCK – *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.

CARON BEATON/WELLS, BRENT FISSE – *Australian Cartel Regulation – Law, Policy and Practice in an International Context*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

CHRISTOPHER W. JONES – *EU Energy Law: Volume II, EU Competition Law and Energy Markets*, 3.^a ed., Deventer: Claeys & Casteels Publishing

E. BERTELSEN/M. KOFMANN/J. MUNK PLUM – *Competition Law in Denmark*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.

ELEANOR M. FOX /ABEL M. MATEUS – *Economic Development: The Critical Role of Competition Law and Policy: Economics, Political Economy and Industrial and Trade Policies / Competition Law and Its Architecture*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH – *Economics for Competition Lawyers*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

HANS HENRIK LIDGARD (ORG.) – *National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law – From Maglite to Pirate Bay*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.

HERBERT HOVENKAMP – *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, 4.^a ed., St. Paul. Minnesota: West, 2011.

HUBERT BUCH-HANSEN/ANGELA WIGGER – *The Politics of European Competition Regulation: A Critical Political Economy Perspective*, Oxford/ New York: Routledge, 2011.

IVO VAN BAEL – *Due Process in EU Competition Proceedings*, The Hague/ London/New York: Kluwer Law International, 2011.

- JONATHAN PARKER/ADRIAN MAJUMDAR – *UK Merger Control*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.
- JOSEF DREXL – *More Common Ground for International Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2011.
- JOSEF DREXL/WOLFGANG KERBER/RUPPRECHT PODSZUN (orgs.) – *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- JUNG-WON HYUNG, KYUNG-MIN KOH – *Competition Law in the Republic of Korea*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- JÜRGEN BASEDOW/JRG PHILIPP TERHECHTE/LUBOS TICH – *Private Enforcement of Competition Law*, Berlin: Nomos Publishers, 2011.
- JÖRG PHILIPP TERHECHTE – *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2011.
- KEVIN COATES – *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- LORENZO FEDERICO PACE (org.) – *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- MARC P. PHILIPP – *Intellectual Property Related Generic Defense Strategies in the European Pharmaceutical Market: Implications of the EU Commission's Sector Inquiry from an IP, Competition Law and Economic Perspective*, Berlin: Nomos Publishers, 2011.
- MARIATERESA MAGGIOLINO – *Intellectual Property and Antitrust: A Comparative Economic Analysis of U.S. and EU Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- MARK JEPHCOTT – *Law of Cartels*, 2.^a ed., Bristol: Jordan Publishing, 2011.
- MARTIN REES – *Cartel Enforcement Worldwide*, London: CMP Publishing, 2011.
- MICHAEL A. CARRIER – *Intellectual Property and Competition (Critical Concepts in Intellectual Property Law)*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- MICHAEL A. UTTON – *Cartels and Economic Collusion: The Persistence of Corporate Conspiracies*, Edward Elgar Publishing, 2011.
- S. PARTHASARATHY – *Competition Law in India*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- SANDRA MARCO COLINO, *Competition Law of the EU and UK*, 6.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.

STEVE ANDERMAN/HEDVIG SCHMIDT – *EU Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

VAN BAELE & BELLIS – *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*, 5.ª ed., The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.

REGULAÇÃO

BRUNO FERREIRA – *Contratos de Crédito Bancário e Exigibilidade Antecipada*, Coimbra: Almedina, 2011.

FILÍPE MATIAS SANTOS – *Divulgação de Informação Privilegiada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

HUGO MOREDO SANTOS – *Transparência, OPA Obrigatória e Imputação de Direitos de Voto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

JOSÉ CARLOS DE JESUS PEDRO – *As Franquias nos Seguros – Preços versus comportamentos*, Lisboa: Vida Económica, 2011.

PAULO CÂMARA/ANA FILIPA MORAIS ANTUNES – *Ações sem valor nominal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

C&R

ACTUALIDADES

ACTUALIDADES

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

EVENTOS E CONFERÊNCIAS

Realizados

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Seminário “Fuel Prices: Deconstructing the Myth”

Lisboa, 27 de Junho de 2011

A convite da Autoridade da Concorrência, William E. Kovacic, membro do Conselho da *Federal Trade Commission* (EUA), proferiu em Lisboa o seminário “*Fuel Prices: Deconstructing the Myth*”.

O Seminário foi dedicado ao tema da política de concorrência e combustíveis líquidos nos EUA, tendo sido abordados temas como a evolução dos preços dos combustíveis líquidos, o paralelismo e o fenómeno comumente designado por “*foguetes e plumas*” (“*rockets and feathers*”).

No Seminário, William Kovacic começou por descrever as diferentes intervenções do ponto de vista da regulação e da concorrência no sector dos combustíveis líquidos nos EUA. Em seguida, referiu-se mais concretamente à actividade da *Federal Trade Commission* neste domínio, que, até ao momento, não encontrou indícios de colusão neste sector nos EUA.

Mais informação disponível em: <http://www.concorrenca.pt/>.

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)

Conferência Internacional “A Articulação entre Direitos de Propriedade Industrial e a Defesa da Concorrência nos Mercados de Produtos Farmacêuticos” *5 de Maio de 2011*

Integrando o Ciclo Anual de *Workshops* e Conferências associadas ao Oitavo Curso de Pós-Graduação em Direito da Concorrência e Regulação, a Conferência contou com as intervenções do Doutor Arjen Meij (Ex-Juiz do Tribunal de Primeira Instância/TPI, actual Tribunal Geral, no Luxemburgo;

Juiz no TPI à data da prolação do Acórdão “AstraZeneca”, de 1 de Julho de 2010); Professor Doutor Oliveira Ascensão (Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDL); Dr.^a Monica Alfaro (Comissão Europeia – DGCOM); Dr. Luc Gyselen (*LLM Harvard School of Law/LLM College d’Europe/Arnold & Porter Brussels*); Dr. Gonçalo Anastácio (Mestre em Direito FDL/*Partner* da SRS Advogados).

Seminário Internacional “Jogos de Azar na UE – Liberdade de Prestação de Serviços, Harmonização de Regulações Nacionais ou Monopólios Naturais?”

15 de Junho de 2011

Integrando o Ciclo Anual de *Workshops* e Conferências associadas ao Oitavo Curso de Pós-Graduação em Direito da Concorrência e Regulação, o Seminário contou com a intervenção do Professor Torsten Stein, Professor de Direito Europeu e Direito Internacional e Director do Instituto de Estudos Europeus da Universidade de Saarland.

Conferência Internacional – Perspectivas de Reforma da Regulação Bancária

1 de Julho de 2011

Integrada no Curso de Pós-Graduação relativo à Reforma da Regulação Financeira, a Conferência, promovida pelo IDEFF, juntamente com o Instituto Europeu (IE) da Faculdade de Direito de Lisboa e o Instituto Superior de Gestão Bancária – ISGB (Associação Portuguesa de Bancos), contou com as seguintes intervenções: Professor Doutor Pedro Duarte Neves (Vice-Governador do Banco de Portugal); Professor Doutor António de Sousa (Presidente da Associação Portuguesa de Bancos); Professor Doutor Charles Goodhart (London School of Economics); Professor Doutor Peter Nyberg (Director-Geral de Mercados Financeiros do Ministério das Finanças da Finlândia, Coordenador da recente “Comissão de Investigação sobre o Sector Bancário na Irlanda” e ex-consultor do FMI). A apresentação do tema e dos oradores coube ao Professor Doutor Luís Silva Morais (Vice-Presidente do IE e do IDEFF).

A realizar

Nacionais

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)

Na área da Regulação e Concorrência, o IDEFF promoverá nos próximos tempos algumas iniciativas relevantes, assim finalizando o ano lectivo de 2010-2011. Destas iniciativas, destacamos as seguintes:

Conferência Internacional sobre situação e perspectivas de reforma da regulação e supervisão do sector segurador

28 de Outubro

Integrada no Curso de Pós-Graduação relativo a Reforma da Regulação Financeira, a conferência terá organização conjunta com o Instituto Europeu (IE). A iniciativa terá lugar na Culturgest, pelas 15h. Contará com uma apresentação do tema e dos oradores pelo Professor Doutor Luís Morais (Vice-Presidente do IE e do IDEFF) e terá como oradores principais o Dr. Gabriel Bernardino (Presidente da Autoridade Europeia de Seguros e de Fundos de Pensões – EIOPA), o Professor Dário Focarelli (Univ. la Sapienza – Roma) e o Dr. Fernando Nogueira (Presidente do ISP – nome a confirmar).

Conferência Internacional “Regulação e supervisão bancárias – novas perspectivas na União Europeia”

Data a indicar

Integrada no Curso de Pós-Graduação relativa à Reforma da Regulação Financeira, a conferência terá organização conjunta com o IE. A apresentação do tema e dos oradores ficará a cargo do Professor Luís Morais e serão seus oradores principais o Dr. Vítor Constâncio (Vice-Presidente do BCE) e o Professor Lars Nyberg (Conselho do Banco Central da Suécia).

Workshop Internacional “Arbitragem e mecanismos alternativos de resolução de litígios em direito da concorrência e no domínio do direito dos consumidores (novas perspectivas na sequência da Consulta da UE sobre ‘collective redress’)”

Data a indicar.

ANO LECTIVO 2011/2012

O IDEFF prepara já também o próximo ano lectivo.

Uma das iniciativas que desde já cumpre assinalar, pela sua novidade e actualidade, é a realização de um “Ciclo Anual de Seminários e Workshops referentes ao funcionamento de Mercados de Dívida Pública”, onde serão abordados e tratados, por reputados especialistas nesta área, os problemas referentes aos mercados de dívida pública soberana na União Europeia (em com o Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público). As datas e os locais serão oportunamente divulgados.

Associado ao Curso Relativo à Reforma da Regulação Financeira (na lectivo 2011-2012), o IDEFF irá também promover um “Ciclo de Workshops os quais versarão sobre matérias de grande relevância na actualidade”, tais como: *i)* papel, funcionamento e a organização das agências de notação financeira; perspectivas de evolução futura, designadamente no quadro da União Europeia; *ii)* Testes de ‘stress’ à banca e seu enquadramento; mecanismos de liquidação de instituições bancárias. Este Ciclo terá lugar entre Março e Maio de 2012.

Por último, o IDEFF realizará o já habitual Ciclo Anual de Seminários e Workshops associados à Pós Graduação de Concorrência e Regulação, e que serão aqui oportunamente divulgados.

Para actualização da informação sobre todas estas iniciativas e inscrições, consulte-se o sítio www.ideff.pt.

Internacionais

Pharmaceuticals and Competition Law 2011

Bruxelas, 18 de Outubro de 2011

Organizada pela *Global Competition Review*, nesta Conferência serão analisados os principais desenvolvimentos no sector farmacêutico.

Mais informação disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/events/1340/pharmaceuticals-competition-law-2011/>.

17th Annual “Competition Law & Regulation in the Telecoms, Internet & Broadcasting Sectors” 2011

Bruxelas, 26 – 27 de Outubro de 2011

A *IBC Legal* promove esta conferência para discussão dos desenvolvimentos mais relevantes no sector das telecomunicações, internet e teledifusão,

incluindo temas como “*net neutrality*” e a implementação do novo enquadramento regulatório das comunicações, bem como auxílios de Estado, controlo de concentrações e aplicação das regras da concorrência a motores de busca.

Mais informação disponível em: <http://www.informaglobalevents.com/event/Competition-Law-and-Regulation-in-the-Telecoms-Internet-and-Broadcasting-Sectors-Conference-2011>.

Seventh Annual Conference “Ten Years of the Effects-Based Approach in EU Competition Law: State of play and Perspectives”

Bruxelas, 27 – 28 de Outubro de 2011

A Conferência, organizada pelo *Global Competition Law Centre* (GCLC) do *College of Europe*, irá abordar temas como o âmbito da abordagem baseada nos efeitos nos domínios das práticas restritivas da concorrência e do controlo de concentrações, bem como a análise pelo objecto e pelo efeito à luz dos artigos 101.º e 102.º TFUE e questões relacionadas com teorias de dano e prova, entre outros.

Mais informação disponível em: <http://www.coleurope.eu/template.asp?pagename=gclcseventhannual>.

Annual Forum on European State Aid Law 2011

Trier, 27– 28 de Outubro de 2011

A edição de 2011 deste Fórum Anual, organizado pela ERA – Academy of European Law, incidirá sobre a reforma das regras europeias de auxílios de Estado aplicáveis aos serviços de interesse económico geral, as novas regras sobre auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos aos bancos em condições normais de mercado, e o sector da aviação, entre outros temas.

Mais informação disponível em: <http://www.era.int>.

5th St.Gallen International Energy Forum

St.Gallen, 10 – 11 de Novembro de 2011

Nesta conferência, irão ser debatidos a política de energia europeia, a resolução de litígios sobre energia e o futuro da política externa na área da energia, entre outros tópicos.

Mais informação disponível em: <http://www.sg-ief.com/>.

Antitrust Law Leaders Europe 2011

Bruxelas, 15 – 16 de Novembro de 2011

Esta Conferência é organizada pela *Global Competition Review*, não estando ainda disponibilizada informação adicional.

Mais informação disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/events/1317/antitrust-law-leaders-europe-2011/>.

20th Anniversary “Advanced EU Competition Law”

Bruxelas, 22 – 23 de Novembro de 2011

Nesta conferência, apresentada pela *IBC Legal*, irão ser passados em revista os mais recentes desenvolvimentos ao nível da política da concorrência na União Europeia, nas suas diversas vertentes, incluindo cartéis, artigos 101.º e 102.º TFUE, controlo de operações de concentração de empresas e auxílios de Estado.

Mais informação disponível em: <http://www.informaglobalevents.com/event/advanced-eu-competition-law-brussels-conference-2011>.

NOTAS CURRICULARES

CARLA FARINHAS

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2003). Concluiu um LL.M em Direito Europeu no Colégio da Europa, Bruges (2005). É advogada da Sérvulo & Associados desde Junho de 2011, onde integra a área de Europeu e Concorrência da sociedade em Lisboa. Entre 2005-2008 e entre 2009-2011, fez parte da área de Concorrência & UE da Vieira de Almeida & Associados. Entre 2008-2009, trabalhou como advogada associada da McKenna Long & Aldridge, em Bruxelas, no departamento de *Corporate* (assuntos de concorrência), bem como no departamento de *Environment, Energy & Product Regulation*. Realizou um estágio no Tribunal de Justiça da União Europeia, no Gabinete do Juiz britânico Konrad Schiemann, entre 2006-2007. Foi advogada estagiária da Marques Mendes & Associados entre 2003-2004.

Carla Farinhas is Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (2003). She also obtained an LL.M in European Law from the College of Europe, Bruges (2005). She is a lawyer at Sérvulo & Associados since June 2011, where she joined the European and Competition practice group of the firm in Lisbon. From 2005 to 2008 and from 2009 to 2011, she worked with the Competition & EU practice group of Vieira de Almeida & Associados. From 2008 to 2009 she was an associate in the Corporate department (competition matters), and in the department for Environment, Energy & Product Regulation, at the Brussels office of the law firm McKenna Long & Aldridge. She was a trainee at the European Court of Justice in Luxembourg, in the Cabinet of the British Judge Konrad Schiemann, from 2006-2007 and at Marques Mendes & Associados, in Lisbon, from 2003-2004.

CRISTINA CAMACHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2001), onde também concluiu o Mestrado em Direito (2009). Titular do Diploma de Especialização em Política da Concorrência pelo Instituto Nacional de Administração (2004). Advogada (com inscrição suspensa). Desde 2004, é jurista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Práticas Restritivas (2004-2008) e no Gabinete de Relações Internacionais (desde 2008).

Cristina Camacho is Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (2001), where she also concluded her Masters in Law (2009). She holds the Diploma of Specialization in Competition Policy by the National Administration Institute (2004). Lawyer (suspended registry at the Portuguese Bar Association). Since 2004, she is a legal advisor at the Portuguese Competition Authority, in the Department for Restrictive Practices (2004-2008) and in the International Relations Bureau (since 2008).

DAMIEN NEVEN

Professor de Economia no *Graduate Institute of International and Development Studies* (Genebra). Doutorado pelo *Nuffield College* da Universidade de Oxford, Damien Neven obteve o Mestrado em Economia e Licenciatura em Geografia pela Universidade de Lovaina. Lecionou na INSEAD, na Universidade de Bruxelas, no Colégio da Europa e na Universidade de Lausanne. As suas principais áreas de investigação são economia da concorrência e integração económica internacional. Recentemente tem centrado a sua atenção nesta última, com especial interesse no direito e na economia da aplicação da lei e coordenação internacional. Foi Economista-Chefe da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, em Bruxelas, de Setembro de 2006 a Maio de 2011.

Professor of Economics at the Graduate Institute in Geneva. PhD, Nuffield College, Oxford, Damien Neven obtained a Master's degree in Economics and a BA in geography from the University of Louvain. He has been teaching at INSEAD, the University of Brussels, the College of Europe and the University of Lausanne. His main research areas are competition economics and international economic integration. He has recently been focusing on the latter with a special interest for the law and economics of enforcement and international coordination. He has acted as Chief Competition economist at the directorate general for competition of the EU commission in Brussels from September 2006 until May 2011.

DEOLINDA DE SOUSA

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1992), pós-graduada em Regulação e Concorrência na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006) e mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Desde 1994, exerceu igualmente advocacia nas áreas de Direito Comercial, Direito Administrativo e Direito dos Contratos Públicos. Foi Advogada do quadro da EP – Estradas de Portugal, S.A. (1996-2007). É desde 2007 advogada na Autoridade da Concorrência.

Deolinda de Sousa is Graduate in Law from University of Lisbon Law School (1994), Postgraduate in Regulation and Competition Law from University of Coimbra Law School (2006) and Master's student in Law from the Faculty of Law at the New University of Lisbon. Since 1996, she also practised in the fields of Corporate Law, Public Law and Public Procurement Law. She was previously a lawyer at the Portuguese Road Authority (1996-2007) (EP – Estradas de Portugal, S.A.). She is a lawyer at the Portuguese Competition Authority since 2007.

DONALD I. BAKER

Sócio fundador da *Baket & Miller PLLC*, foi colaborador da *Antitrust Division* do *U.S. Department of Justice* durante nove anos (1966-75), antes de se tornar o único membro do quadro de pessoal a ser nomeado pelo Presidente dos EUA como *Assistant Attorney General in Charge of the Antitrust Division* (1976-77). Foi Professor de Direito na *Cornell Law School* (1975-1978) e é actualmente *Adjunct Professor* de Direito na *George Washington University Law School* (desde 2010). Depois de colaborar como sócio em Washington em duas das principais sociedades de advogados (1978-1994), fundou com Todd Miller em Washington uma sociedade de advogados independente, especializada em assuntos de *antitrust*, política de concorrência e direito internacional. Donald Baker estudou em (i) *the Woodrow Wilson School* da Universidade de Princeton, (ii) *Corpus Christi College* da Universidade de Cambridge e (iii) *Harvard Law School*. Recebeu o *Prémio Global Competition Review's Lifetime Antitrust Achievement Award* em 2011.

A founding partner of Baker & Miller PLLC, served for nine years on the staff of the U.S. Department of Justice Antitrust Division (1966-75) before he became the only member of the career staff to be nominated by a U.S. President to be Assistant Attorney General in Charge of the Antitrust Division (1976-77). He

was Professor of Law at Cornell Law School (1975–1978), and is now Adjunct Professor of Law at The George Washington University Law School (since 2010). After serving as a Washington partner of two major law firms (1978–1994), he founded with Todd Miller an independent Washington law firm specializing in antitrust, competition policy and international law issues. Mr. Baker was educated at (i) the Woodrow Wilson School at Princeton University, (ii) Corpus Christi College at the University of Cambridge and (iii) Harvard Law School. He received the Global Competition Review's Lifetime Antitrust Achievement Award in 2011.

DOROTHÉE SERZEDELO

Jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência portuguesa desde 2008. Antes de ingressar na Autoridade da Concorrência, trabalhou como advogada em três sociedades de advogados internacionais em Lisboa, Londres e Paris, onde se especializou em Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual. É Advogada em França e em Portugal (com inscrições suspensas) e foi aceite como *Solicitor* em Inglaterra e Gales (inscrição suspensa). Licenciada em Direito, DESS (equivalente francês do LL.M) em Direito Comercial e Europeu (Universidade de Paris XI) e LL.M em Direito da Propriedade intelectual (Universidade de Londres, *Queen Mary College*).

Dorothee Serzedelo is a legal adviser at the Portuguese Competition Authority (Restrictive Practices Department) since 2008. Prior to her career at the Portuguese Competition Authority, she worked as a qualified lawyer in three international law firms in Lisbon, London and Paris, where she specialised in competition and intellectual property laws. She is a member of the Portuguese and French Bars (suspended registrations) and was admitted as a Solicitor in England and Wales (suspended registration). She holds a DESS (French equivalent of an LL.M) in Business and European Law (University of Paris XI) and an LL.M in Intellectual Property Law (University of London, Queen Mary College).

EDWARD A. JESSON

J.D. Candidate na Faculdade de Direito da Universidade de Miami (2012). Estagiário de Verão na *Baker & Miller* (2011). Estagiário junto do Juiz Presidente do Distrito Sul da Florida, Stephen T. Brown, de Janeiro a Maio de 2011.

University of Miami School of Law, J.D. Candidate, 2012. Baker & Miller Summer Clerk, 2011. Intern to Chief Magistrate Judge for the Southern District of Florida Stephen T. Brown, January, 2011 – May, 2011.

FERNANDO PEREIRA RICARDO

Licenciado em Direito (1989), pós-graduado em Estudos Europeus (1991) e Mestre em Direito das Comunidades Europeias (1996) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde leccionou Direito Comunitário, Direito Internacional Económico, União Económica e Monetária, Relações Económicas Internacionais e Economia Política. Advogado (inscrição suspensa). É, desde 2009, jurista na Autoridade da Concorrência.

Fernando Pereira Ricardo is Graduate in Law (1989), Postgraduate in European Studies (1991) and Master in European Community Law (1996) from the University of Lisbon Law School, where he taught European Community Law, International Economic Law, Economic and Monetary Union, International Economic Relations and Political Economy. Lawyer (suspended registration). Since 2009, he is legal adviser at the Portuguese Competition Authority.

HANS ZENGER

Hans Zenger é Consultor Sénior na *Charles River Associates*. Anteriormente, foi membro da equipa do Economista Chefe na Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia e investigador associado no Departamento de Economia da Universidade de Munique. Publicou extensamente em revistas científicas de concorrência e economia.

Hans Zenger is a Senior Consultant with Charles River Associates (CRA). Prior to joining CRA, he was a member of the Chief Economist's Team at DG Competition, and a research associate in the Department of Economics at the University of Munich. He is widely published in competition and economics journals.

JOÃO ILHÃO MOREIRA

Licenciado e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Regulação e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da mesma Faculdade. Cumpriu a sua primeira experiência profissional durante um período de seis meses na Comissão Europeia, realizando desde essa data estágio de advocacia na Sociedade PLMJ – A. M. Pereira Sáragga Leal, Oliveira Martins, Júdice e Associados.

Graduate and Master from the University of Coimbra Law School. Post-graduate in Competition and Regulation from the Center for Studies on Public Law Regulation of the same Faculty. Started his professional experience at the European Commission for a period of six months and has since worked as a Trainee-Lawyer at PLMJ – A. M. Pereira Sáragga Leal, Oliveira Martins, Júdice e Associados.

JOÃO PATEIRA FERREIRA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2002, tendo realizado uma pós-graduação em Estudos Jurídicos e Económicos da União Europeia pela Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne (2006). Concluiu o seu mestrado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2007). Desde 2006, é Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, onde tem leccionado as disciplinas de Economia, Direito da Economia, Relações Económicas Internacionais, Direito da União Europeia e Finanças Públicas, entre outras. Até 2007 exerceu igualmente advocacia nas áreas de Direito da Concorrência, Regulação e Supervisão Financeira, e Direito Comercial. Desde 2007 desempenha funções na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Práticas Restritivas.

João Pateira Ferreira is Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (2002). He is Postgraduate in European Union Law and Economics by the University of Paris I Panthéon-Sorbonne (2006). In 2007, he concluded his Master's degree in the University of Lisbon Law School, where he teaches Economics, Economic Law, International Economic Relations, European Union Law and Public Finances, among others, since 2006. Until 2007, he also practiced law in the fields of Competition Law, Securities, Exchange and Banking Law, and Corporate Law. In 2007 he joined the Portuguese Competition Authority as legal adviser for the Restrictive Practices Department.

JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO

Licenciado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009). Conclusão, no ano lectivo de 2009/2010, da parte escolar do Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Empresariais na mesma Faculdade. Exerce, desde Setembro de 2009, as actividades de consultor jurídico e de advogado-estagiário. Na sua actividade profissional dedica-se preferencialmente ao Direito Comercial e Societário.

Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (2009). He has Completed Masters training course in 2009/2010 from the same University. He is currently a Legal Adviser and a Trainee-lawyer since September 2009. In his professional activity, he has worked mainly in Commercial and Corporate Law.

JORGE RODRIGUES

Doutorado e Mestre em Economia – com especialização em Econometria – pela Universidade Livre de Bruxelas, trabalhou no Banco Central Europeu de Outubro de 2002 a Maio de 2003 e é actualmente Economista Sénior na Autoridade da Concorrência desde Outubro de 2003. Tem publicações nas áreas da economia do trabalho e da política de concorrência. Os seus interesses actuais na investigação abrangem questões gerais de índole jusconcorrencial e assuntos mais específicos relativos aos sectores do petróleo e derivados, produtos agro-alimentares e da grande distribuição alimentar.

He is Ph.D and Master in Economics – with a specialization on Econometrics – from the Free University of Brussels, he has worked at the European Central Bank from October 2002 to May 2003, and he is a Senior Economist at the Portuguese Competition Authority since October 2003. He has publications on labour economics and on the field of competition policy. His current research interests range from general issues on antitrust conducts to specific sector issues on oil and fuels, food commodities, and large food retailing groups.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Mestre em Ciências Jurídico-Comerciais pela Universidade Católica Portuguesa (1989), Doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (1992). Estagiário da Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas, 1987), investigador e assistente do Instituto Universitário Europeu (Florença, 1988), bolseiro do INIC (Lisboa, 1986-1989), professor convidado e/ou visitante em diversas universidades estrangeiras (Bona em 1988, Tóquio em 1989, Londres em 1992, Connecticut em 1999, Fontainebleau em 2002, Madrid em 2003, São Paulo em 2004, Copenhaga em 2007, Frankfurt em 2008, Luxemburgo em 2009, Viena em 2010, etc.). Membro do *European Model Company Law Group* (desde 2007), *International Law Association* (1988-1995), *Association Internationale de Droit des Assurances* (desde 2009), *Sociedade Científica da Universidade Católica* (desde 2000), entre outras. Autor de mais de uma centena de monografias e artigos, publicados em editoras

portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, alemãs, italianas, holandesas e norte-americanas.

He is *Master in Law in 1989 (Portuguese Catholic University, Lisbon) and Ph.D in Law in 1992 (EUI, Florence, Italy)*. Amongst his previous activities: *Researcher and Teaching Assistant Professor of Law at the European University Institute (Florence, 1988), invited Lecturer at several Universities (Bonn, Tokyo, London, Madrid, São Paulo, Fontainebleau, Caracas, Luxembourg, Frankfurt, Vienna, Copenhagen, etc.), former external consultant of the Bank of Portugal. Barrister of the Portuguese Bar Association (Lisbon) and member of several law associations (International Law Association, Association Internationale de Droit des Assurances, European Model Company Law Group, Sociedade Científica of the Portuguese Catholic University, among others)*. He is the author of several books and studies in the areas of *Commercial Law, Company Law, Capital Market Law, Banking Law, Legal Theory and Philosophy of Law, published in Portuguese, American, Brazilian, French, German, Dutch, Spanish, and Italian editors*.

LUÍS D. S. MORAIS

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). É Vice-Presidente do Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal (IDEFF) da FDUL e Vice-Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica e do Instituto Europeu, ambos da FDUL. Cátedra *Jean Monnet* em regulação económica (atribuída pela Comissão Europeia). Entre outras actividades profissionais, foi Vogal do Conselho Directivo do Instituto de Seguros de Portugal e membro do Conselho Superior do Ministério das Finanças. Advogado e Jurisconsulto. É autor de numerosas publicações nos domínios do Direito da Economia, do Direito da Concorrência e do Direito da União Europeia.

Professor of the University of Lisbon Law School (FDUL). He is Vice-President of the Institute of Economic Financial and Tax Law (IDEFF) of FDUL and Vice-President of the Institute for Legal Cooperation and of the European Institute, both of FDUL. He holds an 'Ad Personam' Jean Monnet Chair in economic regulation. Among other professional engagements, he has been a Member of the Board of Directors of the Portuguese Supervisory Authority of Insurance and Pension Funds and Member of Economic and Financial Council of the Ministry of Finance. Attorney-at-Law and Legal Consultant. He has published extensively in the fields of Economic, Competition Law and EU Law.

RICARDO BAYÃO-HORTA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2000). Grau *LL.M – Master of Laws in Commercial and Corporate Law*, atribuído pela Faculdade *Queen Mary*, Universidade de Londres (2003). Advogado (inscrição suspensa). Estágio no *Office of the General Counsel* do *European Bank for Reconstruction and Development* (2003). Jurista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Controlo de Concentrações (2003-2010) e no Gabinete de Estudos Económicos e Acompanhamento de Mercados (desde Maio 2010). Membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu.

Ricardo Bayão Horta is law graduate from the Portuguese Catholic University Law School (2000). LL.M – Master of Laws in Commercial and Corporate Law from Queen Mary College, University of London (2003). Lawyer (with suspended registry at the Portuguese Bar Association). Internship at the Office of the General Counsel of the European Bank for Reconstruction and Development (2003). Legal adviser at the Portuguese Competition Authority's Merger Department (2003-April 2010) and at the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring (as from May 2010). Member of the Portuguese Association of European Law.

SARA RODRIGUES

Licenciada (1999) e Mestre (2010) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Na mesma Faculdade, pós-graduou-se em Direito do Trabalho (2000), Ciências Jurídico-Criminais (2001) e Direito da Concorrência e Regulação (2009) e especializou-se em Ciências Jurídico-Forenses (2008). Leccionou Economia Política nessa Faculdade (1999/2000). Advogada (com inscrição suspensa). Exerce desde 2007 as funções de Jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência.

Sara Rodrigues is Graduate (1999) and Master (2010) in Law from the University of Lisbon Law School, where she has also obtained Post-Graduate Studies in Labor Law (2000), Criminal Sciences (2001) and Competition and Regulation (2009) and a Diploma of Specialization in Forensic Law Sciences (2008). At the same Law School, she taught Political Economy (1999/2000). Layer (suspended registry at the Portuguese Bar Association). Since 2007, she is a legal adviser at the Portuguese Competition Authority, in the Department for Restrictive Practices.

Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço electrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço electrónico revista@concorrencia.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço electrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço electrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIRECÇÃO

João Espírito Santo Noronha/Luís Silva Morais

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Manuel Sebastião

Membros:

António Avelãs Nunes

António Menezes Cordeiro

Augusto Silva Dias

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Berger

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

Floriano Marques

François Souty

Frederic Jenny

Geraldo Prado

Gerhard Dannecker

Germano Marques da Silva

Giorgio Monti

Harry First

Heike Schweitzer

Ioannis Kokkoris

João Ferreira do Amaral

Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias

José António Veloso

José Danilo Lobato

José Luís da Cruz Vilaça

José de Faria Costa

José de Oliveira Ascensão

José Lobo Moutinho

José Manuel Sérvulo Correia

Jürgen Wolters

Keiichi Yamanaka

Klaus Rogall

Laurence Idot

Luís Cabral

Luís Greco

Manuel da Costa Andrade

Manuel Lopes Porto

Marco Bronckers

Maria Fernanda Palma

Mark Zöller

Miguel Moura e Silva

Miguel Nogueira de Brito

Miguel Poiares Maduro

Nicolas Charbitt

Oswald Jansen

Patrick Rey

Paulo Câmara

Paulo de Pitta e Cunha

Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO REDACTORIAL

Presidente: Paulo de Sousa Mendes

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira	Francisco Costa Cabral
André Forte	Nazaré da Costa Cabral
Catarina Anastácio	José Renato Gonçalves
Cristina Camacho	Sérgio Gonçalves do Cabo
Fernando Pereira Ricardo	

Editores:

Concorrência e Regulação – Geral

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

Direito comunitário e comparado da concorrência

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

Concentrações

António Gomes

Direito contra-ordenacional e processual penal

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Regulação e concorrência no sector financeiro

Luís Máximo dos Santos

Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas

Ana Amante

Regulação e concorrência no sector energético

Gonçalo Anastácio

Regulação e concorrência no sector dos transportes terrestres

António Mendonça Mendes

Regulação e concorrência no sector da aviação civil

António Moura Portugal

Regulação no sector da protecção ambiental

António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

Sector empresarial público/gestores públicos/privatizações

Tânia Cardoso Simões

Contratos económicos/contratos públicos

Nuno Cunha Rodrigues

Economia

António Pedro Santos/João Gata/Paulo Gonçalves

Econometria

Jorge Rodrigues

Secretariado Executivo:

Lurdes Morgado

Natália Leite

